

## A tríade constitucional – materialidade, realidade e forma

Paulo Ferreira da Cunha<sup>1</sup>

**Resumo:** É normal falar-se nos manuais de Direito Constitucional das dimensões formal, material e real da Constituição. Contudo, é mais raro utilizar essas categorias na prática, fazendo-as dialogar, numa perspetiva não só jusconstitucional como mesmo pós-disciplinar. Não é nem um jogo conceitual, uma *ars combinatoria*, mas a convocação de paradigmas muito esclarecedores dos problemas concretos do estatuto jurídico do político.

**Palavras Chave:** Constituição formal, constituição material, constituição real, democracia, cidadania.

**Abstract:** It is normal to speak in Constitutional Law manuals of the formal, material and real dimensions of the Constitution. However, it is rarer to use these categories in practice, making them dialogue, not only from a jus-constitutional perspective, but also from a post-disciplinary perspective. It is not even a conceptual game, an *ars combinatoria*, but the summoning of paradigms that shed light on the concrete problems of the juridical status of politics.

**Keywords:** Formal constitution, material constitution, real constitution, democracy, citizenship.

“Wenn Sie, meine Herren, den Vortrag, den ich Ihnen zu halten die Ehre hatte, nicht nur festhalten und sorgfältig durchdenken, sondern ihn zu allen seinen Konsequenzen fortentwickelnd entwickeln, so werden Sie zum Besitz aller Verfassungskunst und aller Verfassungsweisheit gelangen. Verfassungsfragen sind ursprünglich nicht Rechtsfragen, sondern Machtfragen; die wirkliche Verfassung eines Landes existiert nur in den reellen tatsächlichen Machtverhältnissen, die in einem Lande bestehen; geschriebene Verfassungen sind nur dann von Wert und Dauer, wenn sie der genaue Ausdruck der wirklichen in der Gesellschaft bestehenden Machtverhältnisse sind – das sind die Grundsätze, die Sie festhalten wollen. (...) Halten Sie diesen Vortrag fest, so werden Sie, meine Herren, wenn Sie je wieder in die Lage kommen, sich selbst eine Verfassung zu geben, wissen, wie man da zu verfahren hat und wie nicht mit dem Vollschieben eines Blattes Papier, sondern nur damit etwas getan ist, wenn man an den tatsächlichen Machtverhältnissen ändert”.

Ferdinand Lassalle – *Über Verfassungswesen*, Berlin, 1862

### I. Regime e Constituições

Um regime é uma regra de vida; no caso, uma ordem jurídica e política. O regime democrático é a norma geral de convivência: feita de dimensões mais técnicas, como o apuramento de votos, representatividade, e de elementos que acabam por ter uma coloração ética. Como dizia Antero de Quental, democracia é promoção da igualdade social e económica, na base da liberdade política. Regime democrático é tudo isso, pois.

---

<sup>1</sup> Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Portugal. Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (funções suspensas para dedicação à magistratura).

Mas a noção de regime abeira-se e confunde-se de algum modo com dimensões que normalmente se acolhem às “outras constituições” (material e real) que vivem na Constituição (formal)<sup>2</sup>.

O médico e parlamentar Manuel Canijo desenvolveu uma abordagem relativamente inusitada (mas, em alguns aspetos, muito certa) em que, utilizando o conceito de regime, nos introduz, à sua maneira, à problemática da relação entre as várias componentes da fundamental tríade constitucional – entre o textual, o real e o ideal ou de raiz na Constituição em sentido lato:

“O que é o regime? O regime é o corpo vivo da nação portuguesa – por mais escandaloso que isto seja para as mentalidades jurídicas que tradicionalmente nos tutelam. Formalmente, o regime deverá ser instrumento legal adequado ao regime real, adequado à vontade latente e à vontade expressa em actos e em votos, do povo português”<sup>3</sup>.

Neste trecho estão presentes, na visão do autor eventualmente podendo escandalizar os juristas (os quais, nos nossos dias, perderam completamente a centralidade de outrora, substituídos por uma mentalidade de tecnocratas e economicistas – e com quase nada já se escandalizarão, ao que cremos), algumas preocupações que veremos desenvolverem-se ao longo deste estudo: “corpo vivo da nação” (que será certamente a constituição material), conexão entre regime formal e regime real (ou constituição formal e constituição real), “vontade latente” (constituição material e poder constituinte<sup>4</sup> em potência) e “vontade expressa em actos e em votos” (constituição real, poder constituinte em ato, etc.).

Pouco faltará para dizer, dissipando mistérios, que o regime é a constituição, ou, talvez melhor, cada forma concreta do constitucional, cada constituição na sua idiosincrasia. Com as suas dimensões formal, real e material.

---

<sup>2</sup> Para bem precisar estas noções (e entendê-las de forma dialogante entre si), pode (re)ler-se a síntese (remetendo a vários e entrecruzados sentidos que entre elas se foram estabelecendo) de EHRHARDT SOARES, Rogério — *Direito Constitucional: Introdução, o Ser e a Ordenação Jurídica do Estado*, in *Instituições de Direito*, vol. II. *Enciclopédia Jurídica*, org. de Paulo Ferreira da Cunha, Coimbra, Almedina, 2000, máx. p. 77 ss..

<sup>3</sup> CANIJO, Manuel — *Textos de...*, Lisboa, Colibri, 1997, p. 149.

<sup>4</sup> Cf., v.g., MÜLLER, Friedrich — *Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, trad. port. de Peter Naumann, *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *O Poder Constituinte*, 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 2005; PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral — *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, Faculdade de Direito, 1994; BRITO, Miguel Nogueira de — *A Constituição Constituinte. Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000; AMARAL, Maria Lúcia — *Poder Constituinte e Revisão Constitucional*, “Revista da Faculdade de Direito de Lisboa”, vol. XXV, 1984; MARTINS, Afonso d’Oliveira — *O Poder Constituinte na Génese do Constitucionalismo Moderno*, “Estado & Directo”, n.os 5-6, 1990; SANCHEZ VIAMONTE, Carlos — *El Poder Constituyente*, Ed. Argentina, 1957; MORTATI, Costantino — *Studi sul Potere Costituente e sulla Riforma Costituzionale dello Stato*, Milão, Giuffrè, 1972; VEGA, Pedro — *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985; NEGRI, Antonio — *The Constituent Power*, trad. cast. de Clara de Marco, *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias / Prodhufi, 1994; KLEIN, Claude — *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996; DUHAMEL, Olivier — *Pouvoir constituant*, in *Dictionnaire constitutionnel*, dir. de Olivier Duhamel / Yves Mény, Paris, PUF., 1992, pp.777-778; BERLIA, Georges — *De la compétence des assemblées constituantes*, “Revue du droit public”, 1945, pp. 353-365; CONI, Luís Cláudio — *A Internacionalização do Poder Constituinte*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2006.

## II. Tipos de abordagens no Direito

Recuemos um pouco para algum enquadramento metodológico.

Em alguns domínios do Direito, e o Direito Constitucional não foge à regra, o volume gigantesco de dados (legislativos, doutrinários e jurisprudenciais), além das notícias sobre os eventos com conexão jurídica e as ficções (e mitos) em seu torno, é de tal forma avassalador, muito para além do que a memória e a resistência humanas consentem, que frequentemente há aí um conhecimento sedimentar, acumulativo, por camadas sucessivas de dados ou conhecimentos. Quem não se lembra, para o *Corpus Iuris Civilis*, da teoria das “massas”?<sup>5</sup> E, apesar de tudo, esse monumento justinianeu seria ainda bastante manuseável, pelos critérios atuais.

Há, assim, uma tendência para acumular informações e conhecimentos, mas nem tanto para os criticar e cotejar. Temos sublinhado, por exemplo, que nem sempre se tirava a completa consequência, para os tempos modernos, e para a análise diacrónica geral, da teoria (e “adquirido” lassalleano) “conceito histórico-universal de constituição”<sup>6</sup>, havendo quem começasse a ver constitucionalismo apenas na versão moderna deste. Ignorando o constitucionalismo histórico, tradicional, natural, consuetudinário, etc.

Em suma, há um *deficit* de diálogo entre vários aspetos teóricos, que, a desenvolver, esclareceria muitos dos elementos hoje isolados e meramente acumulados. Do mesmo modo, esta falta de diálogo contribui para visões cristalizadas dos conceitos, muitas vezes não se fazendo dialogar a teoria com a realidade. Em Direito Constitucional, para mais, dispomos de um manancial muito rico de exemplos práticos na História Constitucional<sup>7</sup>. Infelizmente, em alguns países, ela desapareceu ou liofilizou-se, e noutros existe na órbita exclusivamente historiográfica, sem dela aproveitar a Teoria Constitucional, que com ela tanto teria a ganhar.

O diálogo com exemplos e com realidades em geral é essencial para a própria compreensão mais profunda dos conceitos, que por vezes de apresentam de forma descarnada, excessivamente abstrata. E com uma grande falta de dinamismo na interpretação.

À abordagem sedimentar, não dialogante em si, nem com as realidades mutáveis, deve preferir-se a dialética, crítica, dinâmica.

### III.A Constituição real é dinâmica

No âmbito do conceito operativo, verdadeiro vetor teórico (mas com implicações práticas) ou paradigma<sup>8</sup> “constituição real” há muito a aprender sob o impacto da realidade. Não se devem considerar os vários elementos em presença na constituição real de uma forma rígida, dada de uma vez para sempre, estática.

---

<sup>5</sup> CRUZ, Sebastião — *Direito Romano*, I. *Introdução*. Fontes, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, ed. Autor, 1980.

<sup>6</sup> LASSALLE, Ferdinand — *O que é uma constituição política?*, trad. port., Porto, Nova Crítica, 1976.

<sup>7</sup> Cf., desde logo, os nossos *Para uma História Constitucional do Direito Português*, Coimbra, Almedina, 1995 (esgotado); *Raízes da República. Introdução Histórica ao Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006. Não se limitando ao Direito Constitucional, *História do Direito*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2019 (em colaboração com Joana de Aguiar e Silva e António Lemos Soares).

<sup>8</sup> Para este conceito, cf. o já clássico KUHN, Thomas S. — *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962.

Por alguma razão certas vezes se fala, quanto a este conceito, de “paralelogramo de forças”, sobretudo políticas. Mas que também podem ser sociais *tout court*.

São, com efeito, forças que entre si interagem, e a constituição real não é a simples resultante, o vetor derivado dos recíprocos ou mútuos equilíbrios, mas engloba os próprios vetores conflitantes de que aquele resulta. A constituição real não é um mero resultado, que começasse numa dinâmica, mas desembocasse numa situação estática, uma simples síntese da luta entre tese e antítese. Não é o resultado final (porque não há resultado final), é a própria mutável equação, que sempre existe em equilíbrio instável.

Por isso se tem de compreender e desculpar esse aparente absurdo que é, hoje em dia – em que se pode dizer em geral o que apetece a quem diz – tanto se falar, sempre, permanentemente, em crise (e por vezes com cores trágicas, incendiárias). Sim, a crise é permanente. E quando for mais tranquila, aí temos mil e um profetas da desgraça para capitalizarem politicamente ou terem maior venda ou audiência, a inventar obtusas interpretações do normal decorrer da dialética democrática para afirmar a tenebrosa crise. Se fossem sinceros, se fossem para levar a sério, dir-se-ia que as suas mentalidades não eram, assim procedendo, de modo nenhum democráticas, mas autoritárias ou totalitárias<sup>9</sup>, porque à mais pequena manifestação de discordância entre forças ou personalidades naturalmente diversas, já estão a gritar *aqui-del-rei*. É sintomático que alguns tenham saudades de uma pretensa estabilidade monárquica (só muito absolutista quiçá os satisfaria, e mesmo assim, sempre houve *complots*<sup>10</sup> e afins) e outros de estados pseudo estáveis, como o Estado Novo, que, contudo, tinha uma rotação de pessoal político em cargos governativos bastante significativa (só que nem sempre apercebida).

Evidentemente que a teoria constitucional não é muito da predileção dos normais opinadores; mas, se o fosse, já imaginamos que diriam que a pobre constituição real está a ferro e fogo. Está sempre em ebulição, tanto quanto o está (naturalmente) a sociedade.

Em teoria, pelo menos, diferentes elementos e diversos embates entre eles poderiam ter como resultado (datado, momentâneo – pois nada aqui é definitivo) a mesma “soma algébrica”, representado pelo mesmo “valor”. Numericamente, simplificando,  $2+2 = 4$ , mas também  $3+1 = 4$ , ou  $1+1+1+1 = 4$ , ou até  $4+0 = 4$ , etc. Mas nenhuma dessas expressões é efetiva e realmente sinónima de outra.

Uma constituição real engloba as parcelas todas que se manifestam e que estão silenciosas, mas existem. Seria uma radiografia (ou ecografia, ou eco doppler...) sócio-política, obviamente vista com coloração jurídico-política, constitucional.

---

<sup>9</sup> Em geral, cf. VOVILLE, Michel – *Ideologies and Mentalities*, in *Culture, Ideology and Politics*, ed. por Gareth Stedman Jones / Raphael Samuel, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1982; ARENDT, Hannah – *The origins of Totalitarianism*, New York, 1951; BARROS, Roque Spencer Maciel de – *O Fenômeno Totalitário*, São Paulo, Edusp / Itatiaia, 1990; ARON, Raymond – *Démocratie et totalitarisme*, Paris, Gallimard, 1965; REVEL, Jean-François – *Ni Marx ni Jésus – La tentation totalitaire – La Grâce de l'Etat – Comment les démocraties finissent*, ed. rev. e aumentada, Paris, Robert Laffont, 1986.

<sup>10</sup> Cf., recentemente, o Dossier *Complotisme. Pourquoi raconte-t-on des histoires*, in “Philosophie Magazine”, n.º 169, maio de 2023, p. 39 ss..

#### IV. *Imagem estática da constituição real*

Mesmo que em teoria se admitam as aludidas correlações dinâmicas na constituição real, por vezes revela-se como demasiado forte (ou insensível, empírica, espontânea, automática, como um reflexo condicionado teórico – como o positivismo legalista é a filosofia espontânea dos juristas) uma pressuposição estática daquela categoria. Tal pressuposição, em termos latos, identifica esta dimensão constitucional com uma sociedade (ou, na linguagem marxista, “formação social”, se se preferir), encarada do ponto de vista jurídico-político. Ou, de forma mais simplificada ainda, ver-se-ia, num certo tempo e lugar, como quase sinónimo de “constituição real”, nada mais, nada menos, que a própria “sociedade”. Regime, vista de uma perspetiva mais política, como dissemos; sociedade num plano mais sociológico. As aproximações vão-se fazendo, e por vezes sobrepondo ou divergindo, consoante os ângulos de visão.

Resta saber como se concebe, e em especial como concebe quem com estes temas lida (juristas, e sobretudo constitucionalistas) esse ente ao mesmo tempo objetivo e subjetivo (objetivável e subjetivável), *a sociedade*. E *mutatis mutandis* para a conceção que privilegia a perspetiva do regime, e assim sucessivamente para outras abordagens.

Do mesmo modo que, em geral, os leigos em Ciências Sociais não distinguem História de *estória* e de historiografia<sup>11</sup> (nem tampouco de Memória<sup>12</sup>), também lhes escapa a distinção entre o social e o sociológico, bem como um sem-número de conceitos e subtilezas da Sociologia, que propiciam, na visão dos factos sociais, lunetas de análise bem mais apuradas que as do senso comum<sup>13</sup>. E a sociologia das constituições, paredes meias (ou quase intramuros) da “constituição real” (talvez um seu olhar privilegiadamente analítico) é hoje fundamental base para analisar questões constitucionais, não meramente descritivas, mas já com dimensão axiológico-política, ou dela se abeirando<sup>14</sup>.

Seja como for, é caso para perguntar, mesmo: a sociedade que está em causa na constituição real é uma construção impressionista, uma “ideia” meramente nocional de sociedade, sem rigor, ou é uma elaboração muito complexa, sociológica (com focalização no plano sincrónico), ou historiográfica (com enfoque no plano diacrónico), ou ainda essa realidade “absoluta” (mas sempre inalcançável) que seria a sociedade *em si*, como ela seria “mesmo”, por assim dizer “numericamente”, para além e acima das suas abordagens mais superficiais, mais fenoménicas (ou meramente intuitivas)?

Esta última opção, pretensamente mais profunda, deve ser descartada no nosso tipo de análise, por conter muito de incognoscível.

As perspetivas sociológica ou historiográfica rigorosas também não serão sempre alcançáveis pelos juristas, mas uma simples abordagem simplesmente leiga, do pretenso “senso comum”, igualmente não nos convirá.

---

<sup>11</sup> Cf., v.g., BLOCH, Marc — *Apologie pour l'histoire ou le métier d'historien*, port. de Maria Manuel Miguel e Rui Grácio, *Introdução à História*, 2.ª ed., trad. Lisboa, Europa-América, 1974; VEYNE, Paul — *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1971, trad. port., *Como se escreve a História*, Lisboa, Edições 70, 1987. E o nosso “Da História, da História do Direito e do seu Estudo”, in *História do Direito*, em colaboração com Joana Aguiar e Silva e António Lemos Soares, reimp., Coimbra, Almedina, 2010.

<sup>12</sup> LE GOFF, Jacques — *Memória*, in *Enciclopédia* (Einaudi), 1. *Memória-História*, ed. port., Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984

<sup>13</sup> DURAND, Gilbert — *Les grands textes de la sociologie moderne*, Paris, Bordas, 1969; sobre a “epopeia” da sociologia, no plano histórico-“filosófico”, v. ARON, Raymond — *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967, trad. port. de Miguel Serras Pereira, *As Etapas do Pensamento Sociológico*, Lisboa, Círculo de Leitores, 1991.

<sup>14</sup> CASIMIRO FERREIRA, António — *Sociologia das Constituições. Desafio Crítico ao Constitucionalismo de Exceção*, Porto, Vida Económica, 2019.

Nesse “senso comum”, hoje em dia infiltra-se multidão de preconceitos, alimentados por *fake news*<sup>15</sup>, por ideologias insidiosas e muito distantes do “bom senso”, colocando as pessoas mais distraídas, mais ingênuas, menos letradas e sobretudo menos críticas à mercê de unilateralismos, ódios, dogmas dignos dos piores tempos das trevas. Não se pode ter da sociedade a imagem distorcidíssima que, infelizmente, povoa a cabeça de muitos que estudaram pouco (e sobretudo pensaram escassamente), e vivem ao sabor da propaganda explícita ou implícita de que são alvo.

Felizmente ainda há quem não seja servo do que lhe é bombardeado, e consiga elevar-se da massa e pensar pela própria cabeça. Esses constituirão uma camada social cada vez mais rara, transversal a diferenças classistas, em que o bom senso, a racionalidade e a abertura de espírito predominam. Pode dizer-se que esse setor social é afinal a versão atual da “classe média” (em que se identificava mediana fortuna e médio discernimento e ponderação – hoje, a fortuna não tem quase nada a ver com o assunto, embora posses nem muito exageradas nem muito limitadas possam aconselhar a pensar melhor – ou ser caução que mais o permita, em regra) que muitos, no passado, viram como esteio dos governos moderados, ou da própria democracia (ou república).

A sociedade da constituição real será vista (ou entre-vista) algures no meio caminho entre as visões mais formalizadas das ciências sociais e as melhores perspectivas de entre as produzidas pelo bom senso de quem não se encontra colonizado mentalmente. Em matéria de Ciências Sociais (não só Sociologia e História, mas ainda Antropologia, Demografia, Geografia Humana, etc.), o jurista e em particular o constitucionalista não será (ou não deverá ser) nem um leigo absoluto (embora fosse bem melhor que algumas destas matérias ao menos se estudassem mais nas próprias Faculdades de Direito – nem só de tecnicismo vive o jurista; e resta saber se aprende mesmo esse tecnicismo sem o cimento da problematização e do alargamento de horizontes), nem um rigoroso especialista (que, aliás, teria tendência a uma insularização temática, e não a abordagens abrangentes, pós-disciplinares).

E assim sendo, nesta sempre mais ou menos incómoda mas móvel posição, o jurista e o constitucionalista em particular não poderá ter uma imagem estática (nem compartimentada) da constituição real, mas verá o seu dinamismo, no fervilhar de forças sempre em confronto.

A sociedade-constituição real não é uma cidadezinha de brinquedo, ou de jogo antigo e ainda elementar de computador, com as funções económicas rudimentares a funcionar, abaladas por uma ou outra catástrofe natural cíclica, mas imprevisível (nesses jogos, havia sobretudo incêndios, predação por animais selvagens, etc.), ou humana (invasões, ataques inimigos – curiosamente não nos lembramos de doenças e menos ainda pandemias). Com algumas, poucas, dimensões simbólicas (construção de monumentos, por exemplo) e aparentemente sem grandes conflitos e correspondentes preocupações sociais. Admitimos que haja (temos quase a certeza de que existem) jogos mais complexos, com as suas próprias pressuposições e preconceitos (recordamo-nos de um jogo, aliás excelente, em que não se podiam fazer de freiras professoras por, supostamente, não terem aprendido uma profissão... mas seria

---

<sup>15</sup> Embora sem esse nome, o *quid* é já conhecido de há muito. Só que não atingiu a onda avassaladora de hoje, que acaba por se encontrar e engrossar o caudal da “pós-verdade” (um conceito em si já incrível para o bom senso, que vai escasseando). Recorde-se, por exemplo, este passo de VERÍSSIMO, Erico — *O Senhor Embaixador*, Lisboa, Livros do Brasil, 1988 (1.ª ed. Brasileira, 1965), p. 17: “Pertencem a uma era em que os correspondentes escreviam sobre os acontecimentos. Vocês os modernos querem competir com Deus Nosso Senhor. Não só procuram dar hoje as notícias de amanhã como também se avocam o direito de, na falta de notícias, criarem acontecimentos, para depois poderem escrever sobre eles!”.

interessante ver o contexto). Jogos mais explicitamente de poder ou de estratégia / guerra certamente envolvem outros vetores mais.

Mas, o que para aqui nos importa, é sublinhar que pode haver, há certamente, algumas concepções (ainda que espontâneas, “inconscientes”) da sociedade e da constituição real como se foram um mapa de casas e poucos equipamentos coletivos, pessoas mais ou menos anónimas, sem rosto e sem sentimentos, sem alma e aspirações, num agitar diário sem visíveis dimensões políticas, no sentido denso da palavra política.

A agitação, a correria, nalguns desses jogos é um espelho da pressa de agora, que fez a alguns indígenas brasileiros, perguntar aos antropólogos: “Porque vocês se afligem tanto, trabalhando sem descanso, como se as árvores fossem deixar de dar frutos?”<sup>16</sup>

Não nessa amálgama quase sem sentido útil que, louvando-se no *zoon politikon* de Aristóteles, ou não, amalgama político e social, ou afirma, num “mantra” revolucionário ou “politiquês”, a roçar o totalitário, nas suas maiores implicações, que “tudo é político”.

#### V. *Constituição real com sentido denso de política*

É mais movimentada e colorida a sociedade real, que, praticamente, no seu *quid*, se confunde com a constituição real. São diferentes formas de ver a mesma coisa. Esses vetores de forças de que teoricamente se fala são reais, atuam, jamais se revelam inócuos. Aí há política, e a política, na sua criatividade sempre em mudança, baralha as regras do jogo permanentemente.

Poderia, no tempo presente (não vamos aqui curar de como teria sido antes), afirmar-se, sem dúvida, que a agitação da constituição real, em muitos casos, contrariaria a constituição material<sup>17</sup>, a qual se pressupõe que propenderia para uma outra estabilidade e ponderação.

Se se identifica a constituição material com uma espécie de Direito Natural<sup>18</sup> constitucional de um dado tempo e lugar, raramente se pensará num Direito Natural mutável (teoria que também existe, como se sabe, desde logo com Stammler; aliás, a própria natureza humana tem variações – *Natura hominis est mutabilis*: Villey contou quinze vezes esta tese em S. Tomás de Aquino<sup>19</sup>), mas antes em grandes, sólidos, permanentes valores e princípios. Embora a expressão se arrisque a ser mal entendida, por conotações próximas de má memória, poderá ainda, com todas as cautelas, sintetizar-se que a constituição material é a feição mais profunda, a compleição essencial de um Povo; ou, da mesma forma que Montesquieu fala, em geral, e universalmente, de *Espírito das Leis*, seria o espírito de um Estado, do seu Povo, etc..

---

<sup>16</sup> RIBEIRO, Darcy — *Ensaios Insólitos*, 3.ª ed., São Paulo, Global, 2015, p. 35.

<sup>17</sup> Cf., v.g., MORTATI, Costantino — *La Costituzione in Senso Materiale*, Milão, Giuffrè, 1940, reed. 1998, com um Prólogo de Gustavo Zagrebelsky; BARTOLE, Sergio — *Costituzione Materiale e Ragionamento Giuridico*, “Diritto e Società”, 1982, p. 605 ss.

<sup>18</sup> Sobre o Direito Natural a bibliografia é sufocantemente enormíssima. Algumas abordagens de síntese e atualidade podem colher-se nos nossos *Rethinking Natural Law*, Berlin / Heidelberg, Springer, 2013, Prefácio de Virginia Black, *Droit naturel et méthodologie juridique*, Paris, Buenos Books International, 2012, Prefácio de Stamatios Tzitzis, além dos nossos manuais de Filosofia do Direito em português.

<sup>19</sup> VILLEY, Michel — *Abrégé de droit naturel classique*, in *Leçons d’Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 139.

É admissível que esse espírito, esse modo-de-ser, possam ainda comportar alguma mobilidade e contradição, mas em regra se conceberão como características, peculiaridades até distintivas de outros povos.

Daí que, como afluíramos, seja quase inevitável, ainda que não se aprofunde muito o que se entende por constituição material, considerar que a constituição real muda e a constituição material fica, permanece. Traduzindo a questão em termos mais chãos e político-jornalísticos, se não se tiver uma visão mais abrangente e englobante da complexidade das movimentações destas realidades-conceitos, será fácil considerar que a constituição real no momento x ou y do país A ou B será *anticonstitucional*, com relação ao que se pressupõe ser a estável e perene configuração do Estado. O que, como se viu, é uma perspectiva errada, pelo menos em democracia, em que faz parte da estabilidade e do “regular funcionamento das instituições democráticas” (normalmente apontado a pensar no artigo 195.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, com propriedade ou muito frequentemente sem ela) a existência de polémicas, dissensos, etc. Desde que não haja atropelos, por exemplo, das funções e poderes do Estado, devidamente separados, articulados, e colaborantes, mesmo nas suas eventuais (e naturalíssimas) divergências.

Vivemos tempos universais de profunda agitação. Mas não nos precipitemos a fazer comparações, porque em muitas épocas anteriores assim foi também. Talvez que a paz na Europa Ocidental a seguir à II Guerra Mundial e a queda do Muro de Berlim e o desmembramento do COMECON nos tenham induzido em erro, sonhando com mais paz e mais perene do que a constituição real mundial nos pode dar, pelo menos por uns bons tempos ainda.

Nestes tempos difíceis, e que podem piorar ainda muito, há um grande mal-entendido sobre as apreciações e atitudes. Tem-se tendência para considerar acomodados, quietistas e até reacionários (ou, pelo menos, conservadores ou tradicionalistas) quantos preferem conservar um dente, tratando-o, por vezes longa e penosamente, a arrancá-lo, reparar um utensílio ou uma máquina a deitá-los fora e comprar outros (certamente menos duráveis), ou seja, os que têm um pendor para a prudência, preferindo não arriscar (senão em situações kairológicas) saltos no escuro e muito menos dispostos a suportar o custo de ovos partidos (ou vidas ceifadas) em nome de novas omeletas, ou ordens novas (“novas ordens”).

Embora, em alguns setores, também não se aprecie muito a palavra “revolução”, conotada com os piores horrores (desde a Revolução Francesa à Russa, mesmo à pacífica “Revolução dos Cravos”...), o que frequentemente enfileira numa geral reescrita da História por alguns, chegando a exageros e mesmo a deformações grotescas em tudo o que pode abeirar-se dos seus dogmas ideológicos, a verdade é que “revolução” ainda é um vetor de valia para muitos. E não só para os explicita e ativamente revolucionários. Desde logo, é preciso saber encarar a História na sua multiplicidade... Já não falando nas novas conotações e associações da palavra, como é posto em relevo por Armand Mattelart:

“A linguagem revolucionária emigrou para o campo do liberalismo, que transformou a noção de ‘revolução da informação’ em uma expressão com pretensões totalizantes: revolução nas relações diplomáticas, revolução nas questões militares, revolução administrativa”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> MATTELART, Armand — *Histoire de la société de l’information*, Paris, La Découverte, 2001, trad. port., *História da Sociedade da Informação*, São Paulo, Loyola, 2002, p. 139.

Muitos opõem à referida plácida e prudente moderação, como forma de encarar o mundo e como guia para a ação pessoal e coletiva, um outro paradigma: a atitude e o pensamento revolucionário, que noutros socioletos se transmuta em “radical”, quer no sentido de extremista, quer no de não compromissório. Karl Marx já tinha pensado nessa categoria do radicalismo, mas como atitude primeira: “Radikal sein ist die Sache an der Wurzel fassen. Die Wurzel für den Menschen ist aber der Mensch selbst.” – afirma<sup>21</sup>. Mas uma coisa é considerar ou tomar as coisas pela raiz e outra é cortá-las pela raiz. Mesmo o radicalismo pode ser mais ou menos moderado. Ao considerar o Homem como a sua própria raiz, na introdução da sua *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, Marx remete-nos para um céu aberto de possibilidades e dificuldades. No limite, pode-se conceber que o Homem aniquile o próprio Homem, mate a sua raiz ou a pretenda radicalmente mutar? Uma visão um pouco livre da questão poderia ver, neste diálogo com as raízes, a origem dos problemas do totalitarismo, que alguns (na versão coletivista, não na nazi-fascista<sup>22</sup>) consideram já marxiano, e outros leninista e/ou ulterior. Mas essas são outras polémicas, de outras searas.

O radical ou revolucionário “puro” (não um amoral / imoral sedento apenas de poder que inventa, efabula, mistifica fins excelentes para, maquiavelicamente, justificar com eles os mais hediondos meios – que, esses sim, já são os seus fins) parece-nos, tudo bem ponderado, apenas um espírito mais ousado que o (vamos assim chamar-lhe) “moderado”, igualmente ético, bem-intencionado, mas mais prudente. Menos ativo e ativista.

O que é vital, porém, esclarecer é que o revolucionário autêntico não faz Jacques, motins, revoltas na Bounty, golpes de estado que mudam apenas os fugazes rostos no poder, etc. Uma revolução é uma mudança realmente “astronómica”, uma reviravolta profunda, não meramente política (ou “superestrutural”, no léxico marxiano).

Portanto, um agitador que queira mudar múltiplas coisas (mas não as grandes coisas), isto e aquilo, mas coisas pontuais, ou de *lana caprina*, ou com objetivos corporativos, mesquinhos, “recuados”, não muda nada de fundo. Por isso é que algumas causas, sem dúvida assentes em dimensões ou questões parcelares, mas com alguma visão da necessidade de desfraldar bandeira mais englobante, federaram interesses e esforços.

Porém, em geral, as reivindicações parcelares, por vezes justíssimas, mas sem um rasgo de enquadramento mais alargado, não são revolucionárias e por vezes nem sequer reformistas, mas pontuais, localizadas, podendo, se satisfeitas, até melhorar a vida de alguns. Mas nada mais. Em nada colidindo com as infraestruturas, e com a ordem instituída (mais que a constituição formal, com a constituição real até – porque, em muitos casos, esta está aquém daquela, quando a constituição formal é uma constituição moderna e cidadã, por exemplo), algumas agitações, por vezes capazes de parar os países quando atacam em setores nevrálgicos, não mudam essencialmente as coisas. Não se duvida que possam ser justíssimas, como se disse, mas acabam por representar um *Ersatz* de algo maior, mais articulado, e mudam algo, afinal, “para que tudo fique na mesma”.

---

<sup>21</sup> MARX, Karl — *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung (1843-1844)*, in *Werke*, Berlim, Dietz, vol. I, 1976, p. 385.

<sup>22</sup> Cf., v.g., além de obras já citadas sobre o totalitarismo, KERSHAW, Ian — *Retour sur le totalitarisme, le nazisme et le stalinisme dans une perspective comparative*, « Esprit », Janeiro- Fevereiro, 1996

## VI.O Contraste com a Constituição Material

Hoje, quando as grandes narrativas (metanarrativas<sup>23</sup>) e forças que as representavam, embora não tenham recolhido ao *caixote do lixo da História*, como queria um primeiro pós-modernismo filosófico<sup>24</sup>, se encontram bastante debilitadas e em alguns casos até desacreditadas, muito do protagonismo é desempenhado pelo populismo e pela demagogia de vários matizes, que nem sequer precisam de “fazer ementas para as tasquinhas do futuro” propondo utopias, limitando-se a chavões que inflamam as massas descontentes. É um descer abaixo de zero da ideologia, que aliás recorda, *mutatis mutandis*, tempos bem sombrios do passado.

Será que há inscrito na constituição material um canteiro de ervas daninhas ou mesmo carnívoras? Será que o pluralismo dessa categoria e a verificação do cair em tentação autoritária / totalitária ao longo dos tempos nos deve fazer vislumbrar uma vertente sombria mesmo na “alma nacional” (para retomar o título do jornal republicano de António José de Almeida)?

E assim se começa a compreender que a invocação não detalhada, mas mais simplesmente retórica, da constituição material (por vezes não explícita, mas apenas implícita, ou falando-se, por exemplo, de uma dada versão de “normas constitucionais inconstitucionais”<sup>25</sup>) pode ser, nesta ordem de ideias, uma fraqueza-força. Não vai um democrata invocar um mito da sociedade ideal (ou utopia)<sup>26</sup> que comporte em si sementes da sua própria destruição, senão de forma muito vaga. Do mesmo modo tiradas nacionalistas que remetem para um “espírito” nacional, muitas vezes numa mitologia histórica, não podem falar explicitamente em constituição material sem por arrasto ao menos trazerem muitos elementos diferentes – desde logo, os fatores democráticos na formação de Portugal<sup>27</sup>. Também é muito temerário querer limitar a um estilo ou a uma só mensagem uma qualquer filosofia nacional, pondo de parte o que não se enquadre nessas tendências, ainda que possam ser dominantes<sup>28</sup>. E noutros países não será, decerto, muito diferente.

---

<sup>23</sup> JAMESON, Fredric — Prefácio a *The Postmodern Condition: Report on Knowledge*, Minneapolis, The Univ. of Minnesota Press, 1984, p. XXIII, *apud* BONSIPEPE, Gui — *Design e Democracia. Design, Cultura e Sociedade*, São Paulo, Blucher, 2011, p. 20: “As Grandes Narrativas são aquelas que querem sugerir, ou fazer acreditar, que é possível uma alternativa, algo radicalmente além do capitalismo”.

<sup>24</sup> LYOTARD, Jean-François — *A Condição Pós-Moderna*, trad. port. de José Navarro, revista e apresentada por José Bragança de Miranda, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Gradiva, 1989. Não apenas Lyotard diagnosticou o fim das metanarrativas. Um diagnóstico semelhante pode encontrar-se, por exemplo, em LIPOVETSKY, Gilles — *L'Empire De L'Éphémère*, Paris, Gallimard, 1987, trad. port., *O Império do Efêmero*, São Paulo, Companhia das Letras, 2009, p. 288: “Hoje a atração exercida pela fraseologia revolucionária dissipou-se. Os relatos escatológicos já não excitam ninguém, estamos muitos bem instalados no reino terminal da moda do sentido”.

<sup>25</sup> BACHOF, Otto — *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, trad. portuguesa de J. M. Cardoso da Costa, Atlântida, Coimbra, 1977; GOMES CANOTILHO, J. J. — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998, máx. p. 1104.

<sup>26</sup> MUCCHIELLI, Roger — *Le Mythe de la cité idéale*, Brionne, Gérard Monfort, 1960 (reimp. Paris, P.U.F., 1980).

<sup>27</sup> CORTESÃO, Jaime — *Os Factores Democráticos na Formação de Portugal*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Livros Horizonte, 1984

<sup>28</sup> Cf., entre muitos, FERREIRA, João, O. F. M. — *Existência e fundamentação geral do problema da Filosofia portuguesa*, Braga, Ed. Franciscana, 1965; ARRIAGA, José de — “A Filosofia Portuguesa. 1720-1820”, in *História da Revolução Portuguesa de 1820*, nova ed., pref. e notas de Pinharanda Gomes, Lisboa, Guimarães Editores, 1980 (corresponde, na antiga ed., a vol. I, Livro II, Cap. III - “Movimento intelectual”, pp. 331-435); THOMAS, Lothar — *Contribuição para a história da filosofia portuguesa*, Lisboa, Livraria Clássica Edit., 1944; TEIXEIRA, António Braz — *Algumas Notas sobre a Filosofia Portuguesa*, in “Clube do Coleccionador”, n.º 2, 1966, Junho-Agosto, p. 5; Idem — *O Essencial sobre A Filosofia Portuguesa (sécs. XIX e XX)*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2008; RIBEIRO, Álvaro — *O Problema da Filosofia Portuguesa*, Lisboa, Inquérito, 1943; GOMES, Pinharanda — *Dicionário de Filosofia Portuguesa*, Lisboa, Dom Quixote, 1987; Idem — *História da*

## VII. Diálogos da Constituição real e da Constituição material

Os agentes jurídicos têm de estar sempre atentos ao seu tempo (constituição real), mas também às invariantes axiológicas (como lhes chamaria Miguel Reale<sup>29</sup>) e outras (presentes na constituição material), para além de conhecerem bem e serem capaz de hermenêutica justa da constituição formal.

Não se lhes pede ativismo judicial<sup>30</sup> (nem do lado da judicatura, nem do lado do Ministério Público, nem do lado da advocacia...), mas também não inação, inércia, passadismo, etc. Há prudência e equilíbrio a manter. Dir-se-á que, no exercício das profissões jurídicas, se não se quiser delas fazer militância (e resta saber quais os limites deontológicos para tanto...), terão de assumir não propriamente uma atitude conservadora, mas sem dúvida uma ação moderada, equilibrada. Não cremos que seja pelo Direito que virá qualquer revolução.

Cremos até que a mais profunda das revoluções regeneradoras teria que vir da cultura e do espírito, que convertessem comportamentos, e não apenas os submetessem a um verniz efêmero. O Direito poderá, aqui e ali, contribuir para mudanças, indicando alguns caminhos, mas não pode nem deve ser uma engenharia social, procurando mudar as Pessoas através da ameaça e da concretização de punições.

Se há alguns seres primários que se coíbem eficazmente de assumir comportamentos socialmente nocivos pelo simples medo, muitos há que são praticamente indiferentes às ameaças. Não é criminalizando o que desagrada ao legislador (mais ou menos utopista) e punindo quem saia dos trilhos de uma sociedade idealizada, que se muda em profundidade a natureza humana, que se transmuta o ser de cada pessoa. O Direito tem um alcance limitado, quer na prevenção geral quer na especial, nomeadamente.

A constituição real também é constituída pela psique das pessoas e pelos seus comportamentos em sociedade. O Direito não pode ferir concepções sociais enraizadas. Pode ser que estas sejam até retrógradas e mereçam (reclamem mesmo) alteração. Mas vai sempre haver problemas se o Direito levar a fio de espada a mudança de mentalidades. Pode fazê-lo até um certo ponto, mas tem de ser subtil, e acompanhar a sua cruzada de outras formas de promoção da mudança. Só em casos muito drásticos poderá usar o seu *argumentum baculinum*.

Vem-nos sempre à mente o exemplo do fumo, ou do consumo de carne. Impor a todos, a ferro e fogo, o vegetarianismo ou a abstenção do fumo só pode ter como consequência o que ocorreu com a lei seca nos EUA: um forte contributo para o florescimento do gangsterismo (ou, hoje, algo de semelhante). Al Capone, fornecendo o fruto proibido, considerava-se (e certamente não seria o único) o “amigo público n.º 1”...

Não é que não acreditemos que, muito provavelmente, não seriam dois belos objetivos para a humanidade. A verdade é que o Direito não pode perseguir a virtude em si mesma, a máxima perfeição ou pureza. Tem de lidar com algumas imperfeições das pessoas. Conciliar com homicídios, violações, roubos? Claro que não. Mas há mil e uma práticas humanas menos excelsas que devem estar sob a asa do princípio de

---

*Filosofia Portuguesa*, vols. I. *A Filosofia Hebraico-Portuguesa*, Porto, Lello, 1981; II. *A Patrologia Lusitana*, Porto, Lello, 1983; III. *A Filosofia Árabe-Portuguesa*, Lisboa, Guimarães Editores, 1991; PAIM, António — *Das Filosofias Nacionais*, Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, F. C. S. H., 1991; Idem — *Filosofias Nacionais*, in *Logos*, II, Verbo, Lisboa, 1990, col. 626 ss., etc.

<sup>29</sup> REALE, Miguel — “Invariantes Axiológicas”, in *Estudos de Filosofia Brasileira*, Lisboa, Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, 1994

<sup>30</sup> RAMOS, Elival da Silva — *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010; GOMES CANOTILHO, J. J. — *O Direito dos Pobres no Ativismo Judicial*, in *Direitos Fundamentais Sociais*, São Paulo, Saraiva, 2010, máx. p. 33.

alguma discricionariedade de investigação, alguma aplicação, ao menos, do chamado princípio da oportunidade em processo penal<sup>31</sup>. E uma coisa são ilegalidades e especificamente crimes e outra são menores virtudes... O Direito não é uma máquina de fazer santos, mártires, heróis, sábios...

O reconhecimento dessas dimensões a que chamamos “constituição real” e “constituição material” tem implicações para o comportamento dos juristas, naturalmente, mas talvez elas sejam ainda mais salientes num aviso à navegação dos políticos, que em geral se tornam legisladores, e podem ter a tentação de tudo querer transformar. Como dizíamos, não fazendo sequer uma revolução, mas instalando confusão com uma inflação legislativa pontualíssima, para tentar apagar fogos que, por vezes, na verdade se atijam.

Quando não possui um conhecimento no terreno muito profundo, acompanhado de honesto estudo (e preparação) e discernimento que normalmente só se adquire com a experiência, o legislador não possui a clarividência necessária, nem tem ciência infusa capaz de prever os problemas resultantes da sua intervenção. Se não se aconselhar (sem se deixar envolver...) pelas pessoas que estão na prática, que conhecem o setor a que a legislação se dirige, se não refletir, antecipar problemas, se a legislação não for amplamente discutida, mesmo publicamente, com participação ampla de várias forças políticas e do público em geral, se depois não se fizer uma síntese harmonizadora e inteligente e também concorde com a Constituição (até para, desde logo, evitar inconstitucionalidades) a nova legislação será por vezes mais mal que remédio.

Não se pretende com isto, evidentemente, enaltecer o imobilismo, evitar leis novas. Nada disso. O que se quer é que se façam boas leis, tendo desde logo presente o velho dito nacional, que tanto se tem aplicado: “pensada lei, pensada malícia”. É preciso prevenir seriamente, eficazmente, as hermenêuticas tortuosas que procuram desvirtuar e utilizar as leis *pro domo*. Transformá-las, afinal, em privilégios (leis privadas) para alguns e contra outros.

Mas não é só nas vestes de legisladores que os políticos têm a ganhar com uma justa consideração, como pano de fundo, daquelas aludidas dimensões da Constituição.

Na verdade, ousaríamos dizer que tais categorias são úteis, se não mesmo imprescindíveis, a toda a atividade política, como enquadramentos gerais, ao menos.

Talvez aquela referida ideia de que a constituição real não é uma cidadezinha de brinquedo seja a primeira a enfatizar. Um político cumpridor da Constituição poderia ter uma visão relativamente ingénuo (pelo menos muito pouco sagaz) do equilíbrio social e do jogo dos poderes, se não se lhe abrissem perspectivas mais amplas, nomeadamente para ver o *law in action*, não apenas o *direito nos livros* (ou no livro Constituição formal). A constituição real é ao mesmo tempo o *direito em ação* na dimensão constitucional (jurídico-política) e a sociedade em ação, não estática, não rígida, não fixista, não ucrónica ou atemporal. Mas, na sua historicidade, quer dizer, também, na sua intrínseca conflitualidade. O que significa ainda que não está esse bom político perante uma sociedade de anjos.

É natural que os políticos que conseguem ir superando os vários obstáculos de representação (e outros) nos respetivos partidos (a menos que caíam de cima na

---

<sup>31</sup> Cf. o clássico estudo de COSTA ANDRADE, Manuel — Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo), in *O Novo Código de Processo Penal*. Jornadas de Direito Processual Penal (org. CEJ), Coimbra, Almedina, 1988, p. 317 ss.. Mais recentemente, por exemplo, PEREIRA, Cláudio José — *Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002. Esta última já nos parece menos evidente...

política, quais “paraquedistas”, como por vezes se diz – por feitos socialmente tidos por relevantes, sendo assim os tais valores que a “classe política” vai buscar à “sociedade civil”) se foram já capacitando de que a constituição real não é uma comunidade angélica. E, portanto, presume-se que se foram, ao longo da sua carreira, adaptando, com banhos de realismo, nomeadamente aos “defeitos” da sociedade que querem representar.

Vejam-se, no caso português, os “defeitos” nacionais já elencados por Pascoaes, entre os quais se evidencia a inveja<sup>32</sup>, e a psicanálise mítica de Portugal de Eduardo Lourenço (com a esquizofrénica oscilação entre complexo de superioridade e inferioridade)<sup>33</sup>. E já os estudos de Fernando Pessoa (onde relevam as questões de especiais obediência e conformismo)<sup>34</sup>. Ou, mais recentemente, as reflexões de José Gil<sup>35</sup>. Sem esquecer a “natureza inquieta e contenciosa dos portugueses”<sup>36</sup>. É também esclarecedor, e conexo, analisar as causas da decadência nacional e do atraso português (que por vezes chega a ser avanço, nas voltas e reviravoltas da História)<sup>37</sup>, assim como o culto das aparências, da ostentação e dos títulos (nobiliárquicos e agora académicos)<sup>38</sup>. Mas em toda essa complexa e fascinante questão de procurar idiosincrasias (em que cada vez menos acreditamos, a não ser de forma simbólica, ideológica ou residual – tudo muito perigoso) é necessário não tomar nunca a nuvem por Juno. Serão os portugueses melancólicos (“merencórios”, se disse)? Sê-lo-ão intrinsecamente, ou tê-lo-ão sido só em tempos de miséria? Uma passagem interessante de Simone de Beauvoir faz-nos duvidar desse traço pretensamente ontológico nacional. E restaria ainda saber como se transcreveriam essas características todas, que referimos, no plano constitucional... Diz a autora de *Les Mandarins*:

“Encontrei ali amigos portugueses de Lionel, todos adversários do regime; falaram-me com raiva de Valéry, que em Portugal só quisera ver o céu azul e os gerânios em flor. E todas aquelas baboseiras sobre o mistério e a melancolia da alma portuguesa! Em 7 milhões de portugueses, há 70 mil que comem até se saciarem: as pessoas são tristes porque têm fome”<sup>39</sup>.

---

<sup>32</sup> PASCOAES, Teixeira de — *Arte de Ser Português*, nova ed. com prefácio de Miguel Esteves Cardoso, Lisboa, Assírio & Alvim, 1991.

<sup>33</sup> LOURENÇO, Eduardo — *O Labirinto da Saudade. Psicanálise Mítica do destino Português*, Lisboa, Dom Quixote, 1978.

<sup>34</sup> PESSOA, Fernando — *Sobre Portugal. Introdução ao problema nacional*, recolha de textos de Dr.<sup>a</sup> Maria Isabel Rocheta e Dr.<sup>a</sup> Maria Paula Morão, introdução e organização de Joel Serrão, Lisboa, Ática, 1979; Idem — “Da Ibéria e do Iberismo”, in *Ultimatum e Páginas de Sociologia Política*, recolha de textos: Maria Isabel Rocheta e Maria Paula Morão, introdução e organização de Joel Serrão, Lisboa, Ática, 1980.

<sup>35</sup> GIL, José — *Portugal, Hoje. O Medo de Existir*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Relógio D’Água, 2005 (1.<sup>a</sup> ed. em 2004).

<sup>36</sup> De um texto produzido aquando da criação da Casa e Relação do Porto, *apud* RIBEIRO, Aquilino — *Geografia Sentimental*, nova ed., Lisboa, 1983, p. 100: “Sendo próprio da natureza inquieta e contenciosa dos portugueses inclinarem-se a demandas e trapaças, forjadas na oficina de suas malícias, ódios, invejas e malquerenças, no que excedem todas as nações do mundo (...)”.

<sup>37</sup> PEREIRA MARQUES, Fernando — *Sobre as Causas do Atraso Nacional*, Lisboa, Coisas de Ler, dezembro de 2010; QUENTAL, Antero de — *Causas da Decadência dos Povos Peninsulares*, 6.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Ulmeiro, 1994.

<sup>38</sup> Para algumas curiosas raízes históricas, v.g. CEREJEIRA, Doutor M. Gonçalves — *O Renascimento em Portugal. I. Clenardo e a Sociedade Portuguesa*, 4.<sup>a</sup> ed., revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1974.

<sup>39</sup> BEAUVOIR, Simone de — *La Force des choses*, trad. port., *A Força das Coisas*, Amadora, Bertrand, 1978, p. 31. “Lionel” é Lionel Roulet, cunhado de Simone de Beauvoir, refugiado (assim como a sua irmã) em Portugal depois da capitulação francesa de 1939. Cf. VILHENA MESQUITA, José Carlos —

E, contudo, pode ser que haja algo mais que isso, simplesmente<sup>40</sup>. Porém, até que ponto tais questões idiossincráticas psicológicas ou sociológicas podem ter implicações constitucionais, nomeadamente no exercício do poder constituinte, é matéria tão complexa que só nisso indiretamente e vagamente se fala, muito raramente, em regra como efeito de discurso.

A arte (não só para Portugal) estará em conhecer bem os preconceitos da sua época, e assim os conhecendo, não os contrariar demasiado, nem os seguir em excesso, como já recomendava Montesquieu: “Il faut bien connoître les préjugés de son siècle afin de ne les choquer pas trop, ni trop les suivre”:<sup>41</sup>.

Ler e reler quer *A Capital*, de Eça de Queiroz, quer *A Queda de um Anjo*, de Camilo Castelo Branco<sup>42</sup>.

A condição política é muito complexa e sempre sujeita a crítica e a perdição. A comunicação social de hoje (em todas as suas facetas e ramificações), impiedosa e com olhos e ouvidos por toda a parte, não passa nada em claro, a menos que alguém (sabe-se lá por que razão) lhe tenha caído em boas graças. Em geral, não. Em geral, o político teria que ser a própria contradição – mais que sagaz como a serpente e cândido como a pomba<sup>43</sup>, o que já é um preceito muito difícil de seguir.

Não se recomenda o maquiavelismo (aliás, Maquiavel não seguiu os seus próprios conselhos... e teve uma carreira política medíocre e há mesmo quem diga que morreu envenenado, embora na altura já não representasse perigo para ninguém<sup>44</sup>). Mas tem que se entender que a “ética insaciável” de alguns comentadores obrigaria a conseguir sol na eira e chuva no nabal. Nunca nada está bem. Nunca nenhuma atitude recolhe, para alguns, aquiescência, menos ainda aplauso. Salvo quando se pressinta uma vaga de fundo social que apoie algo. E assim, opinadores que deveriam contribuir para formar opinião, funcionam ao contrário: captando no ar as angústias e os lamentos e sobretudo as imprecações não pensadas daqueles, de entre o Povo, que estão mais irados. São uma espécie de funesto coro da tragédia.

Antes de mais, o político tem de ter muita serenidade, para arrostar com as críticas (e antes, e na génese de muitas delas, as incompreensões – algumas puramente factuais e cognoscitivas ou de inteligência, outras de insensibilidade, outras mais graves ainda, etc.<sup>45</sup>) de tudo e todos. Tem de saber bem o que realmente quer, e (são as regras do jogo) tem de sintonizar o que quer com os anseios dos que nele potencialmente votarão. Não pode, todavia, vergar-se de forma oportunista ao que

---

"Simone de Beauvoir no Algarve. Um episódio nas relações luso-francesas", *Actas do 6º Congresso do Algarve*, vol. 1, Silves, Racal Clube, 1990, pp. 137-141.

<sup>40</sup> Cf., algumas indagações no nosso *Mysteria Ivris. Raízes Mitosóficas do Pensamento Jurídico-Político Português*, Porto, Legis, 1999.

<sup>41</sup> MONTESQUIEU — “Maximes générales de politique”, XVIII, in *Mes Pensées, Oeuvres complètes*, texto anotado e apresentado por Roger Caillois, vol. I, Paris, Gallimard, Bibl. da Pléiade, 1949, reimpr. 2004, p. 1151.

<sup>42</sup> QUEIROZ, Eça — *A Capital*, in *Obras de...*, vol. III, Porto, Lello, 2007, p. 19 ss.; CASTELO BRANCO, Camilo — *A Queda de um Anjo*, nova ed., Porto, Civilização, 2012.

<sup>43</sup> Cf. Mt. X, 16.

<sup>44</sup> Cf., v.g., BURNHAM, James — *Los maquiavelistas, defensores de la libertad*, trad. cast., Buenos Aires, Emecé ed., 1953; BIGNOTTO, Newton — *Maquiavel Republicano*, São Paulo, Loyola, 1991 e os nossos “Maquiavel, a autonomização do político”, in *Repensar a Política. Ciência & Ideologia*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007 e “Maquiavel”, in *Filosofia do Direito e do Estado*, 2.ª ed., Belo Horizonte, Forum, 2021, p. 181 ss..

<sup>45</sup> Afirma significativamente VILLEY, Michel — *Réflexions sur la Philosophie et le Droit. Les Carnets*, PUF, Paris, 1995, p. 5 (I, 16) : « Les fautes de l’intelligence entraînent, il est vrai, la plupart des fautes de conduite, des vices. Mais il faut voir si des défaillances morales ne sont pas aussi à l’origine des erreurs intellectuelles : ce doit être généralement le cas. Nous pensons ce que nos désirs mauvais, au point de départ, nous ont inclinés à penser ; nous pensons mal par orgueil, paresse, jalousie, égoïsme, concupiscence ».

pressupõe ser a voz da constituição real, momentânea. Tem de apelar para o que de melhor haja na constituição material.

E importa deixar claro que a constituição material não é apenas raiz, mas um pouco também utopismo, princípio esperança. Como observou Heinrich Ahrens:

“Uma constituição, para estar em harmonia com o espírito político e social d’uma época, não deve ser a expressão pura e simples do que já existe; não deve ser somente, como de ordinário se crê, o produto ou a fórmula dos costumes, dos hábitos e da consciência atual d’um povo; pelo contrário, deve sempre, por meio dos seus princípios, anteceder o estado social, por ser debaixo da direção dos seus princípios que um povo deve desenvolver-se, ou completar a sua educação. Isto também é exigido pelo princípio do Direito”<sup>46</sup>.

E mais tarde Konrad Hesse considerou que a *força normativa da Constituição* (que entendemos como elemento também da parte dinâmica da constituição material) não se reconduz ou se esgota na adaptação (ainda que inteligente) a uma realidade pré-estabelecida. Assim exprime, a dado passo (mas é útil ler o texto completo) esta posição não fixista:

“A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que assenta na natureza singular do presente (...). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.”<sup>47</sup>

Assim haja, para além da vontade de poder (*Wille zur Macht*), a vontade de constituição (*Wille zur Verfassung*). Não de uma forma desenraizada e voluntarista, mas com os pés assentes no solo da natureza das coisas (*natura rerum*)<sup>48</sup>.

Sem embargo do que dissemos anteriormente (são coisas perfeitamente compatíveis entre si), devemos, ao contrário dos sistemáticos demolidores (que sempre descortinam, em todos os eventos da normal constituição real em democracia, terríveis crises e abalos assustadores das instituições) compreender que a política é a *arte do possível* (como terão dito originalmente Otto von Bismarck (1815-1898) ou Léon Gambetta (1838-1882)).

Se o clima de “queima” de protagonistas políticos democráticos persistir, só quem tiver a resistência dos obstinados candidatos a ditadores ficará no terreiro da disputa política. Há quem saiba fazer outras coisas para além da política, e bem, e por vezes até lucrativamente, e apenas esteja nela por abnegação e, talvez, um tudo-nada de legítima vaidade, absolutamente desculpável, dado o real sacrifício que é lutar pela coisa pública. Ora estes que não dependem da política para viver podem vir a desertar ainda mais, e a qualidade piorará. É inevitável.

Sendo a política *arte do possível*, não se pode deixar de entender que haja aferições do comportamento de alguns à própria maneira de ser do seu público, ou, se

---

<sup>46</sup> AHRENS, Heinrich — *Curso de Direito Natural ou Philosophia do Direito segundo o estado actual da Sciencia em Allemanha*, trad. do francês por Francisco Candido de Mendonça e Mello, Lisboa, Typ. Viuva Rodrigues, 1844, p. 94.

<sup>47</sup> HESSE, Konrad — *Die normative Kraft der Verfassung*, Tubinga, Mohr, 1959, trad. port. de Gilmar Ferreira Mendes, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19.

<sup>48</sup> *Idem, ibidem*, pp. 19-20.

preferirmos, à forma da constituição real. Se se quer governar, legislar, administrar... um povo com as características x ou y, não se pode simplesmente fazê-lo por racional e fria subsunção dos artigos da Constituição. Tem de procurar-se alguma empatia com o Povo, da forma como ele é – com as suas qualidades e defeitos, se preferirmos usar essa clássica dicotomia. No fundo, mais inocuamente, dir-se-ia que a política tem de adaptar-se, qualquer que seja a constituição formal, à idiossincrasia do Povo. E a constituição formal também tem de se adaptar a essa idiossincrasia... Todavia, esta adaptação não pode resvalar para descurar o interesse do Povo (e as responsabilidades dos governantes) em nome da sua imediata sedução com soluções fáceis e populares<sup>49</sup>.

Pereira Menaut fez um dia uma *boutade* curiosa, dizendo (salvo erro) que preferia ser julgado por leis soviéticas, mas com juízes ingleses, que noutros países com as suas leis, e com os seus magistrados<sup>50</sup>. Os juízes ingleses são uma emanção da constituição real britânica, que ao Professor de Santiago inspiraram grande confiança. As leis, mais abstratas, seriam menos importantes. São afinal a tradução da constituição formal. O real sobreleva, na prática, o formal.

Discute-se hoje o que realmente quereria significar a política de *panem et circenses*, cuja expressão foi consagrada nas *Sátiras* de Juvenal. A verdade é que, numa sociedade com tanta dependência de distrações e prazeres, a dimensão “circo” não nos é nada estranha. Não basta, porém, *pão e circo* para uma sociedade funcionar: nem para o corpo, nem para o espírito. Melhores as palavras do compromisso de um Papa romano, que prometeu pão e Justiça. Sendo que há aqui tautologias simbólicas: para Brecht, a Justiça é o pão do Povo.

Por isso, sendo a Constituição “pão nosso de cada dia” (como disse o Ministro do Supremo Tribunal Federal, STF, do Brasil, Edson Fachin), a Justiça (em todas as suas dimensões, incluindo, evidentemente, a jurídica e a social e política<sup>51</sup>) é um farol essencial e dela nos nutrimos. Compreende-se assim como ela seja uma pedra de toque, que precisa de ser defendida, porque é um último reduto, não apenas da Constituição e das Leis, mas da própria paz quotidiana do cidadão, que é uma espécie de pão do espírito.

Não basta ao político abster-se nos casos que estão *sub judice*. Não se intrometer já é um princípio, e é preciso que ninguém se intrometa, sem prejuízo dos direitos de informação (e outros) que existem em certas circunstâncias. Mas não basta essa abstenção. A Justiça, ao contrário do que alguns pensam, e até proclamam, não se governa a si mesma. Está muito dependente (desde logo financeiramente) de outras instâncias (e tem direito a que com ela colaborem – artigo 202.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa), em que os políticos, sim, decidem.

Tanto a Constituição material como a real são panos de fundo em que ecoam as palavras da Constituição formal – os tribunais administram a *Justiça em nome do Povo* (artigo 202.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa). Mas, neste caso os Tribunais, que não são sujeitos entre nós a votação, e devem respeito ao Povo, através do cumprimento da Constituição e aplicação das leis, não vão pactuar com lisonjas às massas, nem ceder a quaisquer forças. Porque precisamente o seu sentido reside na sua comunicação direta com a normatividade, e o Povo. Ora, quando se fala em Povo nesse artigo da Constituição não pode deixar de se pensar na sua atualização social

---

<sup>49</sup> Interessante, a este propósito, DEBRAY, Régis — *L'État séducteur*, Paris, Gallimard, 1993.

<sup>50</sup> Uma perspetiva geral do autor sobre o constitucionalismo britânico, PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos — *El Ejemplo Constitucional de Inglaterra*, Madrid, Universidad Complutense, 1992.

<sup>51</sup> O Professor brasileiro Ribeiro dos Santos foi dos que enfatizou, no seu *Programa de Filosofia do Direito* (pp.177-178) que “Toda justiça é social uma vez que a existência humana é sempre coexistência”, fundamentando a sua teorização em Tomás de Aquino, de resto.

concreta na constituição real, e na sua existência ontológica (como dado e como sonho), como constituição material.

É esse rigoroso, escrupuloso, cumprimento do seu dever que se espera da Justiça. Só assim ela merece o seu nome. Infelizmente, não há uma suficiente pedagogia cívica que prepare os cidadãos (cidadãos de parte inteira e não meros indivíduos egoístas, para recordar a dicotomia de Billaud-Varenne) para os bens e os males desta atitude nada consonante com a sociedade do espetáculo<sup>52</sup> em que vivemos. E em que a Justiça, mesmo quando atacada, tem muitas vezes dificuldade sequer em responder, decerto, desde logo, porque não era habitual uma tal “popularização” de questões por vezes altamente técnicas, que requerem muita ponderação e discussão (e nem sempre consenso) entre especialistas.

Mas há coisas imparáveis e irreversíveis. Ou que só se matizarão com uma maior consciência e civismo. Por isso, é necessário não que a Justiça se politize, se torne populista ou demagógica, mas que seja capaz de, designadamente com o auxílio de técnicos de comunicação especializados no seu seio, comunicar as suas razões, traduzindo-as para os leigos, ou apenas semiletrados, que não compreendem a sutileza de muitas questões.

A solução não é fazer reformas brutais de ablação de direitos e garantias a torto e a direito (embora haja algumas que podem ser usadas com abuso, e talvez necessitem de aperfeiçoamento – nomeadamente no que tange a litigância de má fé – pelo interesse geral da sociedade), nem conceber o Direito como uma forma meramente expedita de soluções apressadas e injustas, porque pouco ponderadas, para sacrificar à mania da produtividade, velocidade e de uma pseudoeficácia, divindades do nosso tempo. A solução passa por maior investimento nas pessoas, mais pessoas, mais bem formadas, mais vocacionadas, mais motivadas, com apoios institucionais e informáticos robustos, e algumas reformas legislativas com ponderação, que tirem as lições da prática.

Ou seja, mais uma vez, tendo atenção a princípios e valores de fundo, presentes na Constituição material, e experiência da vida constitucional concreta, que também é a vida das leis e dos tribunais, a constituição real.

A consideração da Constituição real é, afinal, em si mesma e nas sugestões metafóricas que engendra, um convite a que se dê atenção ao que realmente se passa, à dimensão social da realidade, não de forma sociologista, mas com respeito pela letra e espírito da Constituição formal, e nas balizas mais gerais do novo “Direito Natural” constitucional, a constituição material.

Vários comentadores começam a reconhecer que algumas abordagens mediáticas de matérias jurídicas e constitucionais (além das já consabidas *fake news* mais puramente políticas) não possuem correspondência com a realidade. São sensacionalismo e posições “de parte”. É importante que se procurem e apreciem estas posições iconoclastas. São preciosas, nos tempos que correm.

Tudo é, afinal, neste tipo de problemas, uma *questão de arte e tempo*. E em grande medida da consciência cívica dos cidadãos e dos que por eles e para eles falam, escrevem e atuam. Uma parábola de um pensador político britânico sobre como conseguiam ter uma democracia há tanto tempo, sem sequer terem tido a necessidade de forjar uma Constituição codificada reza assim, nas palavras do poeta José Gomes Ferreira (1900-1985). Como o faziam eles, então?: “Da mesma maneira que a relva.

---

<sup>52</sup> DEBORD, Guy — *La société du spectacle*, Paris, Gallimard, 1992.

A receita é igual: prepara-se o terreno, semeia-se a relva, rega-se, apara-se e depois deixam-se passar os séculos”<sup>53</sup>.

Precisamos desse cuidado, desse carinho, dessa técnica, dessa arte, e dessa paciência com a nossa Constituição, nas suas diversas, dinâmicas e dialogantes dimensões.

Recebido para publicação em 05-05-23; aceito em 12-05-23

---

<sup>53</sup> GOMES FERREIRA, José — “Máscara Ardente”, in *Revolução Necessária. Intervenção Sonâmbula*, Lisboa, Círculo de Leitores, 2004, p. 26.