



**DEPARTAMENTO DE DIREITO
DOUTORAMENTO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”**

**VICISSITUDES DA CONSTITUIÇÃO E O INFLUXO DO COSTUME:
MEIO DEMOCRÁTICO DE CONSOLIDAÇÃO OU CORROSÃO DA
CONSTITUIÇÃO ESCRITA?**

Tese para a obtenção do grau de Doutor em Direito

Autor: Luiz Carlos Avila Junior

Orientador: Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário e Professora Doutora Luciene Dal Ri

Número do candidato: 30000287

fevereiro de 2024

Lisboa



VICISSITUDES DA CONSTITUIÇÃO E O INFLUXO DO COSTUME: MEIO DEMOCRÁTICO DE CONSOLIDAÇÃO OU CORROSÃO DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA?

Tese apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autônoma de Lisboa como parte das exigências para obtenção do título de Doutor em Direito - especialidade em Ciências Jurídicas

Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário e Professora Doutora Luciene Dal Ri, orientadores

fevereiro de 2024

Lisboa



Ao meu querido filho, Felipe R. Avila,

Nesta jornada, onde as páginas da vida se desdobram como as de um romance vasto e imprevisível, dedico cada palavra, cada descoberta desta tese. Em cada linha, uma reflexão sobre as mudanças que nos cercam, as transformações que testemunhamos e as de que somos chamados a participar. A você, credor de amanhã, quero transmitir a sabedoria de estar sempre aberto, de acolher as vicissitudes do tempo e da vida com coragem e esperança. Que estas palavras sirvam de bússola, guiando-te pela importância de nunca nos rendermos à estagnação, de sempre questionarmos, aprendermos e, acima de tudo, sonharmos. Sonharmos com um mundo onde cada mudança, por menor que seja, constrói um futuro mais justo e belo. Este trabalho é um testemunho da minha crença na transformação, um convite para que, juntos, sejamos arquitetos de um amanhã melhor. Que as ventanias da mudança, por vezes suaves, por vezes turbulentas, te inspirem a voar alto, sempre em busca de horizontes novos e esperançosos.

AGRADECIMENTO

Ao alcançar este significativo marco na minha trajetória acadêmica – a conclusão do doutorado em Direito aos 52 anos –, reflito sobre as inúmeras jornadas e laços fortalecidos. Este não é apenas um esforço individual, mas o resultado da colaboração, amor e apoio de muitos que não posso nomear individualmente.

À minha companheira de vida, Jussara R. Avila, minha querida esposa, marco fortemente minha mais profunda gratidão. Jussara, sua presença sempre foi e é a âncora e o farol nos momentos de bonança e tempestade.

Meus pensamentos voam e se firmam a uma pessoa que representa não apenas uma parte fundamental da minha vida, mas também um exemplo vivo do valor de expandir horizontes e abraçar a vastidão do mundo: meu filho, Felipe R. Avila.

Agradeço-lhe não apenas por ser um filho incrível, mas também por personificar os valores que este trabalho acadêmico visa enfatizar. Seu exemplo reforça a mensagem de que os valores que prezamos individualmente podem e devem informar e moldar o mundo ao nosso redor.

Expresso minha sincera gratidão e profundo apreço aos meus estimados orientadores.

À Professora Dra. Luciene Dal Ri, agradeço pela perspicácia, rigor acadêmico e pelo incansável zelo intelectual com que supervisionou cada etapa desta pesquisa. Sua capacidade de estimular o pensamento crítico, com uma peculiar dose de realidade, aliada a uma profunda compreensão do direito constitucional, enriqueceu imensuravelmente este trabalho.

Ao Professor Dr. Pedro Trovão do Rosário, minha gratidão é igualmente imensa. Suas perspectivas inovadoras, conhecimento profundo e abordagem crítica foram essenciais para que eu pudesse navegar com sucesso pelas nuances da tradição e da inovação no direito.

Agradeço também à dedicada equipe do meu escritório, especialmente a Jussara, Anne, Bruno, Bruna e Giovana. Seu suporte permitiu que me dedicasse a este projeto.

Aos colegas de doutorado, Carlos Eduardo Figueiredo e Fernando de Paula G. Ferreira, obrigado por serem parte desta experiência.

Gratidão não é uma dívida que se paga, mas um compromisso do coração que não tem prazo para terminar. Por isso, a cada pessoa que caminhou comigo nesta jornada, ofereço não apenas meu agradecimento, mas também meu contínuo apreço, pois o que vocês me deram vai além do que qualquer retorno poderia equilibrar.



Sonho com o dia
em que todas as noites
serão justas,
para que todas as estrelas
brilhem na Terra.
E que haja um céu
em cada coração.

Sergio Vaz¹

¹ **VAZ, Sergio** – Flores da batalha. **São Paulo: Global, 2023**, p. 240.



RESUMO

A tese oferece uma análise detalhada e perspicaz sobre a interação entre costumes constitucionais e as Constituições escritas no Brasil e em Portugal. O estudo aborda com profundidade a dualidade das práticas costumeiras, questionando se elas servem como mecanismos de fortalecimento democrático ou como vetores de erosão dos valores constitucionais fundamentais. Examinamos o papel dos movimentos sociais como expressões legítimas de desobediência civil e resistência democrática, destacando como essas formas jurídicas de expressão popular influenciam a formação de costumes e induzem vicissitudes nas Constituições. O trabalho argumenta que os movimentos sociais, ao desafiar as normativas existentes, promovem um diálogo construtivo que pode levar à renovação e ao fortalecimento dos princípios democráticos e jurídicos. Ressalta a importância de um equilíbrio cuidadoso entre a aderência aos princípios fundamentais da Constituição escrita e a necessidade de flexibilidade para incorporar as mudanças sociais emergentes, assegurando que as práticas costumeiras reflitam de fato a vontade do povo e promovam a justiça social. Concluimos que a relação entre costume e Constituição é complexa e multifacetada, exigindo um monitoramento atento para garantir que as vicissitudes constitucionais contribuam para a evolução democrática, e não para a desconstitucionalização. A tese oferece *insights* valiosos sobre a dinâmica entre o Direito escrito e as práticas vivas, sublinhando a necessidade de engajamento político e educação cívica para cultivar um ambiente onde o costume possa servir como instrumento de democratização e inovação constitucional. Este estudo procura ser uma contribuição significativa para o campo do Direito constitucional, buscando proporcionar a compreensão mais profunda da interação entre movimentos sociais, práticas costumeiras e a Constituição, destacando o papel vital do costume na evolução constitucional democrática.

Palavras-chaves: Costumes Constitucionais; Democracia; Vicissitudes Constitucionais; Movimentos Sociais; Constitucionalismo.



ABSTRACT

The thesis provides a detailed and insightful analysis of the interaction between constitutional customs and the written constitutions in Brazil and Portugal. It delves into the duality of customary practices, questioning whether they serve as mechanisms for democratic strengthening or as vectors of erosion for fundamental constitutional values. We examine the role of social movements as legitimate expressions of civil disobedience and democratic resistance, highlighting how these legal forms of popular expression influence the formation of customs and induce vicissitudes in constitutions. The work argues that social movements, by challenging existing norms, promote constructive dialogue that can lead to the renewal and strengthening of democratic and legal principles. It emphasizes the importance of a careful balance between adherence to the fundamental principles of the written constitution and the need for flexibility to incorporate emerging social changes, ensuring that customary practices truly reflect the will of the people and promote social justice. We conclude that the relationship between custom and constitution is complex and multifaceted, requiring careful monitoring to ensure that constitutional vicissitudes contribute to democratic evolution and not to deconstitutionalization. The thesis offers valuable insights into the dynamics between written law and living practices, underscoring the need for political engagement and civic education to foster an environment where custom can serve as an instrument of democratization and constitutional innovation. This study seeks to be a significant contribution to the field of constitutional law, aiming to provide a deeper understanding of the interaction between social movements, customary practices, and the constitution, highlighting the vital role of custom in the democratic evolution of constitutions.

Keywords: Constitutional Customs; Democracy; Constitutional Mutation; Social Movements; Constitutionalism.

RESUMEN

La tesis ofrece un análisis detallado y perspicaz sobre la interacción entre las costumbres constitucionales y las constituciones escritas en Brasil y Portugal. Profundiza en la dualidad de las prácticas costumbristas, cuestionando si actúan como mecanismos de fortalecimiento democrático o como vectores de erosión de los valores constitucionales fundamentales. Examinamos el papel de los movimientos sociales como expresiones legítimas de desobediencia civil y resistencia democrática, destacando cómo estas formas jurídicas de expresión popular influyen en la formación de costumbres e inducen vicisitudes en las constituciones. El trabajo argumenta que los movimientos sociales, al desafiar las normativas existentes, promueven un diálogo constructivo que puede llevar a la renovación y fortalecimiento de los principios democráticos y jurídicos. Se resalta la importancia de un equilibrio cuidadoso entre la adherencia a los principios fundamentales de la constitución escrita y la necesidad de flexibilidad para incorporar los cambios sociales emergentes, asegurando que las prácticas costumbristas reflejen de manera fiel la voluntad del pueblo y promuevan la justicia social. Concluimos que la relación entre la costumbre y la constitución es compleja y multifacética, requiriendo un monitoreo atento para garantizar que las vicisitudes constitucionales contribuyan a la evolución democrática y no a la desconstitucionalización. La tesis ofrece percepciones valiosas sobre la dinámica entre el derecho escrito y las prácticas vivas, subrayando la necesidad de compromiso político y educación cívica para cultivar un ambiente donde la costumbre pueda servir como un instrumento de democratización e innovación constitucional. Este estudio busca ser una contribución significativa al campo del derecho constitucional, buscando proporcionar una comprensión más profunda de la interacción entre movimientos sociales, prácticas costumbristas y la constitución, destacando el papel vital de la costumbre en la evolución constitucional democrática.

Palabras clave: Costumbres Constitucionales; Democracia; Vicisitudes Constitucionales; Movimientos Sociales; Constitucionalismo

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	13
1 DIREITO, CONSTITUIÇÃO E COSTUME: ASPECTOS FUNDAMENTAIS.....	21
1.1 O conceito de Direito.....	21
1.1.1 Pressupostos do conceito de Direito	21
1.1.2 Elementos e definição de Direito.....	25
1.1.3 Direito subjetivo.....	32
1.1.4 Direito objetivo: a norma jurídica.....	36
1.1.5 Direito constitucional	40
1.1.6 Interpretação, argumentação e integração de normas	44
1.2 Teoria das constituições – fundamentação das constituições	51
1.2.1 A Constituição como norma fundamental.....	51
1.2.2 Constituição em sentido material e em sentido formal	55
1.2.3 Constituição instrumental e não instrumental	56
1.2.4 Constituição rígida e flexível.....	57
1.2.5 Constituição semirrígida.....	59
1.2.6 Constituição utilitária e programática	59
1.2.7 Constituições sintéticas e prolixas	61
1.2.8 Constituições normativas, nominais e semânticas	61
1.2.9 Constituição política, jurídica, sociológica simbólica, com força normativa, aberta e de conceção cultural.....	62
1.2.10 Vicissitudes da Constituição.....	66
1.3 O costume no tempo: interpretações e desdobramentos das doutrinas à luz da constituição	71
1.3.1 A doutrina tradicional romana canônica e a ordem jurídica medieval.....	71
1.3.2 A conceção francesa no século XIX	74
1.3.3 Movimento legislativo contrário ao costume nas legislações germânicas até o século XIX.....	76
1.3.4 Teoria da aprovação na escola de Direito italiano	76



1.3.5	A escola histórica: prevalência do Direito consuetudinário sobre o Direito legal	77
1.3.6	A escola jurisprudencial	78
1.3.7	Costume direto e indireto	79
1.3.8	Doutrina brasileira e portuguesa	81
2	O DIÁLOGO ENTRE AS DOUTRINAS E AS PRÁTICAS CONSTITUCIONAIS.....	85
2.1	Na gênese do Constitucionalismo	85
2.2	O constitucionalismo português	100
2.2.1	A Constituição de 1822	102
2.2.2	A Constituição de 1826	104
2.2.3	A Constituição de 1938	106
2.2.4	A Constituição de 1911	108
2.2.5	A Constituição de 1918	110
2.2.6	A Constituição de 1933	112
2.2.7	A Constituição de 1976	116
2.2.8	A Constituição de 1982	120
2.2.9	Considerações Finais sobre as Constituições portuguesas	120
2.3	O constitucionalismo brasileiro.....	121
2.3.1	A Constituição de 1824	122
2.3.2	A Constituição de 1891	125
2.3.3	A Constituição de 1934	127
2.3.4	A Constituição de 1937	129
2.3.5	A Constituição de 1946	131
2.3.6	A Constituição de 1967	133
2.3.7	A Constituição de 1969	134
2.3.8	A Constituição de 1988	136
2.3.9	Considerações Finais sobre as Constituições brasileiras.....	140
2.4	Sob o viés da democracia: análise de movimentos sociais que culminaram em fortalecer o constitucionalismo português e brasileiro.	141
3	REFLEXOS SOCIAIS NO COSTUME CONSTITUCIONAL	154
3.1	Os novos movimentos sociais do século xxi.....	154
3.1.1	Movimento social LBGTQIAP+ e o casamento homoafetivo	175



3.2 A comunicação dos movimentos sociais	194
3.3 Os poderes não instituídos e movimentos sociais	212
4 VICISSITUDES DA CONSTITUIÇÃO E O INFLUXO DO COSTUME: MEIO DEMOCRÁTICO DE ALTERAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA?	217
4.1 A sociedade aberta dos intérpretes da constituição e os movimentos sociais do século XXI	217
4.2 Aspiracional legislativa.....	226
4.2.1 A aspiracional legislativa e o viciar o confronto social	243
4.2.2 A aspiracional legislativa e as medidas provisórias no Brasil.....	245
4.3 Aspiracional Judicial	251
4.3.1 Vicissitudes “secretas”: Estado de Direito X Estado judicial.....	264
4.3.2 Audiências públicas	275
4.3.3 <i>Amicus Curiae</i>	280
4.4 <i>Backlash</i>	285
CONCLUSÃO.....	293
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS	304
REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS	320
SÍTIOS ELETRÔNICOS.....	323
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA, LIDA E NÃO CITADA	328



LISTA DE FIGURAS E QUADROS

Figura 1 – Representação sistema aberto. Elaborada pelo autor.	196
Figura 2 – Tipos de utilização de tecnologias digitais em práticas ativistas: internet enquanto “ferramenta” e “causa”.	212
Figura 3 – Propostas aprovadas na 56ª Legislatura.....	247
Quadro 1 – Vicissitudes constitucionais segundo Jorge Miranda.	67
Quadro 2 – Abordagem dos novos movimentos sociais e mobilização de recursos segundo Celso Campilongo.	172
Quadro 3 – Constituição formal e realidade constitucional segundo Hsü Dau-lin.	255
Quadro 4 – Vicissitudes constitucionais segundo Jorge Miranda.	261

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente pesquisa é produzir tese de doutoramento para obtenção do Título de Doutor em Ciências Jurídicas pelo Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas, vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa - UAL.

Entre seus objetivos gerais, propõe-se uma análise aprofundada e investigativa sobre se as vicissitudes constitucionais, em especial aquelas originadas pelo costume constitucional ao longo da vida de uma mesma Constituição escrita, refletem o aspeto democrático inerente ao ordenamento jurídico, ou se, pelo contrário, acabam por representar uma desvinculação ou mesmo uma subversão da essência democrática das Constituições contemporâneas do Brasil e de Portugal.

Nesse sentido, a pesquisa visa não apenas compreender a natureza e o impacto dessas transformações, mas também examinar, em detalhe, sua consonância ou dissonância com os princípios democráticos fundamentais.

Para alcançar tal compreensão, foram estabelecidos objetivos específicos articulados para abordar as complexidades do tema de forma holística e integrada:

(i) Realizar um estudo dogmático abrangente que aborde as matérias de foro jurídico relacionadas às vicissitudes, ao costume constitucional, à própria Constituição e ao Direito em sua totalidade, buscando identificar e contrastar a tipologia desses elementos. Essa análise tem por objetivo perquirir se tais elementos representam patologias hermenêuticas que contribuem para um divórcio entre o Direito material e formal das Constituições, afetando a integridade e a coesão do ordenamento jurídico e questionando a própria essência do constitucionalismo democrático.

(ii) Investigar a dinâmica entre doutrinas e práticas constitucionais, em especial a interação e o diálogo entre movimentos sociais, a participação cidadã e as respostas das instituições jurídicas e internacionais. Este objetivo visa compreender se essas interações constituem um mecanismo de reconciliação entre a realidade sociopolítica, a Constituição material e sua contraparte formal, examinando a capacidade do sistema constitucional de adaptar-se e responder às demandas e desafios emergentes da sociedade.

(iii) Evidenciar, por meio da análise das vicissitudes constitucionais sob a influência do costume, se tais mudanças servem como veículo de expressão democrática, contribuindo

para a evolução e a revitalização da ordem constitucional, ou se, por outro lado, representam um vetor de erosão dos valores democráticos e constitucionais, questionando a legitimidade e a eficácia da Constituição como um documento vivo e adaptável às mudanças sociais.

Esta pesquisa investiga como o constitucionalismo moderno, enraizado em documentos fundamentais como a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, e a Constituição dos EUA, de 1787, evoluiu para destacar a supremacia da Constituição escrita e a separação de poderes. Esse processo destacou as diferenças entre as abordagens norte-americana e europeia, com a Europa adotando uma visão mais flexível frente à supremacia jurídica norte-americana.

O constitucionalismo europeu moderno, focado na legalidade formal, revelou-se inadequado diante dos abusos dos regimes autoritários do século XX, levando a uma redefinição impulsionada por movimentos sociais que enfatizam a metaética e a dignidade humana. Assim, o Constitucionalismo Contemporâneo ressalta a importância dos direitos fundamentais e a necessidade de uma interpretação constitucional que promova valores sociais essenciais, como a legalidade e a justiça.

O estudo procura entender como essas transformações influenciam a aplicação atual da Constituição, sublinhando a tensão entre a rigidez da lei escrita e a necessidade de abordagens mais adaptáveis e éticas. A análise enfoca como o Direito constitucional regula comportamentos e reflete evoluções sociais, destacando a Constituição não como um mero documento, mas como uma entidade viva e em constante transformação.

No Brasil, o estudo avalia se as alterações constitucionais, formais ou informais, contribuem para a relevância da Constituição ou se representam manipulações políticas, enquanto também explora a resiliência das Constituições brasileira e portuguesa. A investigação amplia para uma análise crítica dos movimentos sociais que influenciam o diálogo entre sociedade e Direito, redefinindo de forma potencial a ordem constitucional.

O Neoconstitucionalismo é visto como um reflexo de Constituições que são mais do que textos legais; são entidades vivas que se baseiam na história e na cultura das sociedades, necessitando um equilíbrio entre o poder estatal e a soberania popular. Esse enfoque revela a complexidade das Constituições contemporâneas, enfatizando a importância de adaptações às mudanças sociais e a necessidade de práticas que refletem a evolução democrática e social, desafiando a noção de imutabilidade constitucional e sublinhando a importância da participação ativa na formação da norma constitucional.



Esta análise detalhada dos costumes constitucionais e dos movimentos sociais mostra como estes influenciam a interpretação dos dispositivos constitucionais, fortalecendo ou, de forma paradoxal, minando os fundamentos democráticos da governança. Assim, o estudo oferece uma visão holística da dinâmica entre a Constituição, o costume constitucional e os movimentos sociais, destacando a necessidade de uma abordagem inclusiva que responda de maneira eficaz aos desafios contemporâneos.

Central para nossa investigação é a questão de como o costume constitucional, evoluindo ao longo do tempo sob uma mesma Constituição, pode ser interpretado tanto como uma expressão da vontade democrática quanto como um desvio que pode subverter os ideais democráticos. Essa dicotomia nos conduz a um exame detalhado de várias questões secundárias:

1. A análise do desenvolvimento histórico do costume constitucional e seu impacto nas relações entre o Direito material e o Direito formal revela desafios na manutenção da coerência e integridade constitucionais.
2. O diálogo entre doutrinas constitucionais e práticas democráticas surge como um campo fértil para a reconciliação entre a lei e as expectativas sociais, questionando se essa interação pode servir como um veículo para harmonizar o Direito com as realidades sociais contemporâneas.
3. A influência dos movimentos sociais e da participação cidadã, inclusive por meio de canais não institucionais, constitui um aspeto vital na remodelação do tecido constitucional, instigando uma reflexão sobre como essas forças podem remodelar as estruturas jurídicas e políticas que definem a Constituição.
4. Essas dinâmicas, ao redefinirem a Constituição, colocam em questão se representam um reforço da democracia ou uma erosão dos fundamentos constitucionais.

A metodologia adotada para esta investigação enraíza-se na ciência jurídica, com enfoque particular no Direito Constitucional, aplicando uma abordagem indutiva que permite a emergência de *insights* a partir da análise de casos específicos.

A coleta e análise de dados baseiam-se numa meticulosa pesquisa documental, incluindo um exame de dados, legislação, jurisprudência e literatura acadêmica especializada, abrangendo monografias, teses, dissertações e artigos, além de sentenças e acórdãos de

tribunais superiores. Esta abordagem é essencial para capturar a complexidade e a nuance das interações entre a Constituição, os costumes constitucionais e os movimentos sociais.

Em resumo, este estudo busca desvendar as camadas multifacetadas por meio das quais os costumes constitucionais e os movimentos sociais influenciam e são influenciados pela estrutura constitucional, com o objetivo final de discernir se essas forças contribuem para a consolidação da democracia ou se, de modo inverso, representam desafios à estabilidade e integridade do ordenamento jurídico constitucional no Brasil e em Portugal. Por meio desse exame, aspiramos a contribuir para uma compreensão mais profunda dos mecanismos que sustentam a evolução constitucional em uma era de mudanças sociais rápidas e profundas.

A tese encontra-se desenvolvida em quatro capítulos. No primeiro, iniciamos uma jornada pela compreensão do Direito como entidade fundamental na configuração das sociedades contemporâneas. O Direito não é apenas um conjunto de regras e normas, mas um reflexo complexo das interações humanas, influências culturais e lutas políticas. Ele é tanto produto quanto modelador da sociedade, evidenciando uma interdependência entre a lei, os indivíduos e as instituições que governam.

Para entender a complexidade do Direito, é essencial examinar sua evolução histórica e filosófica. Desde os tempos antigos até a era moderna, diferentes escolas de pensamento jurídico emergiram, moldando como as sociedades interpretam e aplicam as leis. Será explorado como o Direito foi percebido e praticado em diferentes eras, desde as primeiras codificações legais na Mesopotâmia e no Império Romano até as teorias contemporâneas do Direito.

A relação entre Direito, sociedade e estado é de natureza dinâmica e complexa. O Direito serve não apenas como um instrumento de ordem social e controlo, mas também como um campo de luta pelo poder e pela justiça. Para isso, analisar-se-á como o Direito interage com as estruturas sociais e políticas, moldando e sendo moldado por elas. Serão apresentados exemplos históricos e contemporâneos em que o Direito atuou tanto como um agente de mudança social quanto como um mecanismo de manutenção do *status quo*.

Aqui, aprofundaremos no estudo de várias teorias jurídicas, desde o positivismo jurídico até abordagens críticas e interdisciplinares. Examinaremos como essas teorias influenciam a prática do Direito e sua interpretação nos contextos modernos. Será dada especial atenção à maneira como diferentes sistemas legais ao redor do mundo incorporam essas teorias, resultando em práticas jurídicas diversas.



Por fim, consideraremos o Direito como um reflexo cultural e histórico, entendendo que o Direito não apenas dita normas, mas também é um espelho das crenças, valores e lutas de uma sociedade. Esta seção abordará como o Direito se relaciona com questões de identidade cultural, tradição e mudança social, explorando exemplos de como as leis evoluíram em resposta às mudanças culturais e sociais.

O objetivo deste primeiro capítulo é não apenas elucidar a complexidade do Direito, mas também demonstrar como ele é ligado de modo intrínseco à estrutura e à evolução das sociedades humanas.

O segundo capítulo mergulha no universo do constitucionalismo, um campo jurídico fundamental que tem moldado as estruturas políticas e sociais ao longo da história. A gênese do constitucionalismo, sua evolução desde a Idade Média até a contemporaneidade, revela um panorama complexo de transformações jurídicas e sociais.

Examinamos o desenvolvimento das Constituições, começando com a Magna Carta, um marco crucial na limitação do poder monárquico e na garantia de Direitos fundamentais, e seguindo com as influências das Revoluções Liberais, como a Inglesa, a Americana e a Francesa, que formaram a base do constitucionalismo moderno.

Aprofundamo-nos na análise do constitucionalismo moderno, observando como ele evoluiu para abraçar conceitos de limitação do poder absoluto e de garantia de Direitos individuais, refletindo as transformações políticas e sociais. Exploramos a ascensão do constitucionalismo social após a Primeira Guerra Mundial, uma resposta às crescentes demandas por Direitos económicos e sociais, marcando uma era de Constituições mais inclusivas e preocupadas com o bem-estar social.

Ao avançarmos para o constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, analisamos as Constituições surgidas no pós-Segunda Guerra Mundial. Esse período é caracterizado por uma maior ênfase em Direitos fundamentais e uma preocupação acentuada com o bem-estar social, refletindo as lições aprendidas com os horrores da guerra e as mudanças sociais subsequentes.

Discutimos também o papel crescente do judiciário no constitucionalismo contemporâneo, com uma atuação mais ativa na interpretação das normas constitucionais e no controlo de sua constitucionalidade.

O segundo capítulo procura apresentar uma análise detalhada da trajetória do constitucionalismo, ilustrando como cada fase histórica contribuiu para a formação das



sociedades modernas e como o Direito constitucional continua a evoluir em resposta às necessidades e desafios contemporâneos. Buscou-se evidenciar ou despertar uma compreensão abrangente de como o constitucionalismo, em suas diversas formas, tem sido instrumento essencial na construção e na garantia da ordem social, política e jurídica.

O terceiro capítulo, de crucial importância, pesquisa a interseção entre os movimentos sociais do século XXI e o costume constitucional, uma área de estudo vital para compreender a dinâmica contemporânea entre a sociedade e o Direito. A análise começa com um panorama histórico, que contextualiza os movimentos sociais desde suas origens.

Perquire-se como, ao longo do tempo, a percepção desses movimentos evoluiu de meros atos de rebeldia para forças transformadoras essenciais na moldagem de normas sociais e constitucionais.

O foco principal é entender como os movimentos sociais contemporâneos, com suas diversas agendas e métodos, influenciam e são influenciados pelo Direito e pela Constituição. Examinamos movimentos que vão desde questões ambientais e de igualdade de género até Direitos civis e liberdades digitais.

Por meio de uma análise detalhada, destacamos a relação intrínseca entre estes movimentos e as mudanças nas leis e costumes constitucionais, demonstrando como eles impulsionam a evolução do Direito em resposta às necessidades emergentes da sociedade.

Procurou abordar também o papel das tecnologias digitais e das redes sociais na aceleração e amplificação desses movimentos, considerando como a era digital transformou a maneira como os movimentos sociais se organizam e se comunicam. A influência dessas novas formas de comunicação na legislação e nas práticas constitucionais é um ponto-chave de discussão, ilustrando a natureza dinâmica e interconectada do Direito e da sociedade no século XXI.

Ao concluir, o terceiro capítulo buscou estabelecer um cenário para uma análise aprofundada dos movimentos sociais e seu impacto no Direito constitucional. O capítulo é construído com uma visão crítica e abrangente da interação entre a sociedade, os movimentos sociais e o Direito, enfatizando a importância dessa relação na formação de uma sociedade mais inclusiva e representativa.

O Capítulo 4 procura unir as pesquisas e tópicos discutidos nos capítulos anteriores em uma análise crítica. Este capítulo explora a complexa relação entre a Constituição escrita e os



costumes, avaliando se as mudanças constitucionais refletem um processo democrático tendente à consolidação ou à corrosão da Constituição.

Optou-se por começar com o exame do conceito de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, proposto por Peter Häberle. Essa ideia sublinha a pluralidade de atores envolvidos na interpretação constitucional, expandindo o papel que a tradição reserva aos juízes e tribunais para incluir cidadãos, grupos de interesse, órgãos estatais e a opinião pública. Essa abordagem democratiza a interpretação da Constituição, permitindo maior participação e reflexo da diversidade de vozes na sociedade.

Aprofundamos na análise de como as mudanças na Constituição podem ser vistas sob duas luzes: como reflexos de um processo democrático, permitindo a evolução da sociedade e a incorporação de novas realidades sociais, ou como mecanismos que reforçam estruturas de poder existentes, limitando o escopo democrático. Buscou-se trazer exemplos históricos e contemporâneos para ilustrar essas dinâmicas.

O Capítulo Quatro também aborda o papel dos movimentos sociais do século XXI na formação do Direito e dos costumes constitucionais, e como esses movimentos influenciam a interpretação e a modificação da Constituição, assegurando uma eficácia real e prática das regras e padrões de comportamento.

Por fim, neste último capítulo questiona-se se as vicissitudes constitucionais são um processo de democratização do Direito ou se representam formas disfarçadas de imposição de poder.

Essa discussão essencial oferece uma visão crítica sobre a natureza mutável da Constituição e a interação constante entre lei, sociedade e movimentos sociais, ressaltando o contínuo desafio de manter a Constituição relevante e representativa em uma era de rápidas mudanças sociais e políticas.

Nesta jornada acadêmica, a conclusão de nossa pesquisa ilumina o palco onde os costumes constitucionais e a evolução democrática das Constituições do Brasil e Portugal dançam em uma coreografia complexa e reveladora.

Desvendamos como as práticas não escritas e a dinâmica social não apenas influenciam a interpretação e aplicação da lei máxima de uma nação, mas também se convertem em vicissitudes da Constituição escrita, desafiando a estagnação legal com a fluidez da vida social.

Nos entremeios dessa análise, evidenciamos a dualidade entre consolidação e corrosão constitucional, provocada pela interação entre os movimentos sociais contemporâneos e o Direito.

A reflexão crítica sobre essa dualidade convida o leitor a reconsiderar o equilíbrio delicado entre a preservação dos fundamentos democráticos e a necessidade de adaptação às demandas emergentes da sociedade.

Por meio de uma lente crítica, abordamos a influência palpável dos movimentos sociais na formação de costumes constitucionais, ilustrando como eles moldam a interpretação e a evolução da lei suprema, num processo que reflete tanto a vontade coletiva quanto os desafios de uma era globalizada. Esse *insight* oferece uma nova perspetiva sobre a democratização do Direito constitucional e a vitalidade das práticas democráticas, sublinhando a importância de um diálogo contínuo entre o Direito e a sociedade.

Por fim, nosso estudo nos conduz a uma compreensão mais profunda da natureza viva das Constituições, vistas não como monumentos imutáveis, mas como rios que fluem, alimentados pelas águas inquietas da sociedade. Esse reconhecimento desafia os leitores a contemplar a Constituição não apenas como um texto, mas como um organismo vivo, em constante diálogo com a realidade social, política e cultural.

Ao instigar a leitura deste trabalho, convidamos os leitores a mergulhar numa análise que transcende o jurídico, tocando no cerne da interação humana com o arcabouço legal, e como essa interação continua a moldar o futuro de nossas democracias.

A complexidade dessa relação entre costumes e Constituição é um convite à reflexão sobre como podemos, em coletividade, navegar pelas vicissitudes da vida social e legal, em busca de um equilíbrio que honre tanto o passado quanto as possibilidades do futuro.

Por meio desta pesquisa, aspiramos a não apenas elucidar os complexos meandros das vicissitudes constitucionais, do costume e dos movimentos sociais que interagem entre si, mas também a inspirar reflexões sobre o papel das Constituições em uma sociedade em constante evolução.



1 DIREITO, CONSTITUIÇÃO E COSTUME: ASPECTOS FUNDAMENTAIS

1.1 O CONCEITO DE DIREITO

1.1.1 Pressupostos do conceito de Direito

Toda pretensão estabelecida por juristas concernente ao posicionamento diante de indagações relativas a abusos, afrontas, leis injustas, leis em desuso, necessidade de alteração da lei, de sua interpretação, questões relativas à efetividade e à omissão legislativa, deve ser precedida pelo debate quanto ao conceito daquele objeto.

Roberto Lyra Filho pontua que “A maior dificuldade, numa apresentação do Direito, não será mostrar o que ele é, mas dissolver as imagens falsas ou distorcidas que muita gente aceita como retrato fiel. Se procurarmos a palavra que mais freqüentemente é associada a Direito, veremos aparecer a lei, começando pelo inglês, em que law designa as duas coisas. Mas já deviam servir-nos de advertência, contra esta confusão, as outras línguas, em que Direito e lei são indicados por termos distintos: lus e lex (latim), Derecho e léy (espanhol), Diritto e legge (italiano), Droit e loi (francês), Recht e Gesetz (alemão), Pravo e zakon (russo), Jog e törvény (húngaro) e assim por diante”².

O conceito de Direito não é apenas uma questão a ser resolvida por meio de discussão do vocabulário. Por isso, o debate tem vários contornos, envolvendo diferentes correntes filosóficas. Uma corrente nega a existência de constantes no Direito em razão da sua pluralidade ditada e constada na experiência³. Outra corrente⁴ não admite o exame filosófico do Direito, reconhecendo-o como um conceito particular aplicável a determinados ordenamentos⁵.

António Manuel Hespanha⁶ aborda a evolução do conceito de Direito de forma a captar as múltiplas dimensões e transformações ao longo do tempo. Uma das questões centrais discutidas por Hespanha⁷ é se o Direito é apenas o produto de uma vontade ocasional, como a vontade divina, real ou de alguma autoridade. Essa indagação é crucial para entender as mudanças nas fundamentações do poder e da autoridade jurídica.

² LYRA FILHO, Roberto – **O que é Direito**. Brasília: Brasiliense, 1982, p. 3.

³ Essa corrente tem sido denominada de *céticos*.

⁴ Denominada *agnósticos*.

⁵ NADER, Paulo – **Filosofia do Direito**. 25.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 42.

⁶ HESPANHA, António Manuel – **O caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

⁷ *Ibid.*, p. 31-36.



Historicamente, o Direito foi muitas vezes visto como uma manifestação da vontade divina ou como expressão do poder absoluto dos monarcas. Nessas concepções, o Direito derivava de uma autoridade transcendental ou de uma autoridade centralizada, cuja legitimação não emanava dos governados, mas de uma fonte superior ou de uma ordem hereditária.

Há que se trazer a criticidade, como bem o faz António Manuel Hespanha, no sentido da tendência de se romantizar a história do Direito, muitas vezes apresentando-a como uma evolução linear e progressiva em direção à justiça e à racionalidade, sem dar devida atenção às lutas sociais e aos conflitos que moldaram suas trajetórias.

Hespanha⁸ argumenta que o Direito, enquanto discurso legitimador, tem sido utilizado como instrumento de poder por elites dominantes para estabelecer e manter a ordem social de acordo com seus interesses. Esse processo envolve a codificação de certas normas e valores que não refletem necessariamente as necessidades ou desejos da população em geral, mas servem para consolidar a posição e a hegemonia de grupos específicos.

Tais narrativas, ao romantizar o Direito como um elemento intrinsecamente justo e equânime, ofuscam a realidade de que as leis muitas vezes emergiram como respostas a pressões sociais e políticas intensas, refletindo as relações de poder existentes na sociedade.

No entanto, Hespanha destaca que, em especial, após a Revolução Francesa⁹, houve uma profunda transformação no entendimento do Direito. Essa mudança paradigmática não apenas alterou a estrutura política dos Estados, mas também redefiniu a fonte de onde o Direito emanava.

A revolução instituiu a ideia de que a lei é uma manifestação da vontade do povo, representando uma rutura com o conceito de Direito ligado à vontade divina ou ao mandato real. O Direito passa, então, a ser visto como fruto da vontade coletiva da nação ou do Estado, uma expressão do contrato social que legitima o poder político e jurídico.

Esse novo enquadramento implica que o Direito é criado por meio de processos democráticos e participativos, refletindo os valores, as necessidades e as aspirações da sociedade em um dado momento. Essa visão coloca a população no centro do processo legislativo, atribuindo-lhe o papel principal na formação das normas que regerão suas vidas.

⁸ HESPANHA, António Manuel – **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 14-23.

⁹ *Id.* – **O caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**, p. 34.



A legitimidade do Direito, portanto, é derivada não de uma autoridade imposta, mas do consenso e da participação ativa dos cidadãos.

Essa mudança não apenas democratizou a concepção de Direito, mas também abriu caminho para a moderna compreensão dos sistemas jurídicos como entidades dinâmicas e adaptáveis, que devem sempre buscar refletir as mudanças sociais e as demandas da população.

Não se olvide que há quem sustente que o Direito é decorrente da natureza outra que embate o Direito como criação, portanto positivista. São correntes como a do realismo jurídico americano, para a qual o Direito deve ser assumido como uma noção de uso, não como um conceito a ser definido¹⁰.

Outro debate é quanto à primazia ou não de valores sobre os Direitos e, como consequência, quanto à vinculação de Direito e moral, no qual se indaga “podemos formular juízos morais?”

Embate-se também quanto à própria forma de Estado. Nos Estados democráticos por vezes se diz que o conceito de Direito deve se apresentar como um instrumento capaz de proporcionar o bem-estar dos cidadãos, promover a inclusão social e almejar o progresso da sociedade. Já nos Estados totalitários o conceito de Direito, e sua efetiva realização, constitui um meio de efetivação e perenidade da ideologia institucionalizada, servindo, em consequência, de verdadeiro meio de dominação.

Considerando a natureza evolutiva – modificativa – da sociedade, o Direito deve ser algo estático ou deve ser cambiável, acompanhando as transformações que nela se operam?

Fato é que a teoria geral do Direito pode ser definida como o desenvolvimento dos conceitos jurídicos fundamentais por meio do estudo dos elementos que integram o Direito e o ordenamento jurídico – seus elementos filosóficos¹¹ e jurídicos. Tem, portanto, como objetivo fundamental a análise dos elementos que conformam o Direito.

Inquieta-se a doutrina em perquirir se o Direito é tão somente um conjunto de normas cuja importância ou propósito é conformar a sociedade de um determinado espaço territorial a que esteja esse em vigência.

Ninguém desconhece que o Direito é plural e diverso, dividindo-se em numerosos ramos de estudo; entretanto, também se reconhece a unidade do Direito, isto é, o Direito é

¹⁰ TARELLO, Giovanni – **El realismo jurídico americano**. Lima: Palestra, 2017, p. 116.

¹¹ E metaéticos.



uma só coisa e não apenas a soma de distintos ramos, pois, se assim for conceituado, implicará encontrar um Direito fragmentado de forma que seria impossível compreender sua essência.

Note-se que o “Direito ampara o ser humano desde o momento em que é concebido e enquanto ainda vive no ventre materno. E depois o segue e acompanha em todos os passos e contingências de sua vida... por fim, dispõe sobre a sua morte, perpetuando-o por meio de seus sucessores”¹².

Por consequência, há que se reconhecer que o Direito exige uma compreensão prévia do ser humano, do que o homem é, suas fraquezas, sua robustez e seus anseios, de forma que o Direito vive para as necessidades da essência humana.

Ocorre que cada ser humano é único e por sua natureza vive em sociedade¹³, o que converte o Direito em limite, isso porque, “para a ordenação da vida em sociedade, cada componente do agregado humano deve ceder parcela mínima de seus interesses individuais, justamente para potencializa-los, na exata medida em que promovidos ao coletivo”¹⁴.

Entretanto, conceber o Direito apenas como limitador reduziria a natureza humana, que é também evolutiva, de forma que, ao mesmo tempo que o Direito se volta à coexistência, também tem o propósito de ser mola propulsora do aperfeiçoamento humano e, como consequência, da sociedade – aliás, tal proposição é fundamento em diversas Constituições, a exemplo das Cartas Magnas de Portugal (artigo 1.º) e do Brasil (artigo 3.º).

Isso, contudo, não é suficiente para definir ou conceituar o Direito, pois, segundo as regras da lógica, há que se analisar para além do género a diferença específica: “a questão principal reside na diferença específica do Direito em relação às outras ordens normativas que também regulam essas acções (religião, moral, bons costumes, boa educação)”¹⁵.

Essas demais ordens normativas, que por vezes podem ser valores, têm uma dupla dimensão: em nível individual e em nível coletivo, que servem para satisfazer cada pessoa

¹² RÁO, Vicente – **O Direito e a vida dos Direitos**. 7.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62.

¹³ Aristóteles diz que “o homem é por natureza, um ser vivo político de forma que a natureza do indivíduo humano só é realizável através da comunidade social e política. O indivíduo isolado torna-se insociável e apolítico, comportando-se “como um deus ou uma besta”. A polis é, em parte, um processo biológico, e em parte um processo de liberdade humana. O homem não é um animal gregário (agelaion zoon) mas um politikon zoon porque a comunidade assenta no discernimento do bem e do mal” (ARISTÓTELES – **Política**. Lisboa: Vega Universidade. Nota Prévia: João Bettencourte da Câmara, 1998, p. 21).

¹⁴ HUMBERT, George Louis Hage – **Conceitos de Direito, de norma jurídica e de princípios jurídicos**. Salvador: Dois de Julho, 2015, p. 17.

¹⁵ HESPANHA, António Manuel – **O caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**, p. 81.



individualmente, assim como satisfazer a essa pessoa enquanto pertencente a um dos inúmeros grupos sociais que formamos, tais como família, amigos, cidade, Estado, associações, organismos não governamentais, instituições ou grupos sociais, religiosos...

Por isso, o Estado deve zelar para a tutela do Direito de forma que produza efeitos efetivos capazes de satisfazer as necessidades tanto do indivíduo quanto da sociedade. Há, portanto, que se reconhecer que o Estado é uma “peça-chave” tanto para estabelecer/reconhecer o Direito quanto para promover sua aplicação.

1.1.2 Elementos e definição de Direito

H. L. A. Hart, no clássico *O Conceito de Direito*, reflete: “Poucas indagações sobre a sociedade humana têm sido formuladas com tanta persistência e respondidas por pensadores sérios de maneiras tão diversas, estranhas e até paradoxais quanto a pergunta: ‘O que é o Direito?’”¹⁶.

Hans Kelsen aponta que, “quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e diferentes épocas, são designados como ‘Direito’, resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana”¹⁷.

Temos, pois, a construção dogmática do Direito a partir dos seus próprios elementos e pressupostos, encontrando assim, no conjunto de normas jurídicas, a dinâmica plena e reguladora da aplicação e produção do Direito, por meio de uma estrutura hierarquicamente estabelecida que independe de qualquer apelo à sociologia e filosofia, desde que respeitado o procedimento de produção das normas. Há uma completa desassociação de Direito e justiça, propugnando pelo Direito como ele é, e não como deve ser criado pelo Estado: como uma instituição absolutamente neutra e onipotente de produção do Direito.

Alf Ross aduz a uma estrutura de sistemas jurídicos na qual a norma jurídica é dirigida aos juízes, de forma que considera como essência do Direito a norma vigente, isto é, aquela que é efetivamente aplicada pelos juízes¹⁸.

Karl Larenz conceitua Direito como “uma relação estreita com a existência social do homem; é, de acordo com a opinião geral, um conjunto de regras, em conformidades às quais o homem ordena entre si a conduta, a qual pode ser avaliada de acordo com essas regras. É

¹⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus – **O conceito de Direito**. 3.^a tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018, p. 1.

¹⁷ KELSEN, Hans – **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 33.

¹⁸ ROOS, Alf – **Direito e Justiça**. Bauro: Edipro, 2000.



condição de todas as formas mais desenvolvidas de sociabilidade, na medida em que possibilita a prevenção de conflitos ou o seu arbitramento pacífico. Estes objetivos são conseguidos sobretudo pela instituição de vias jurisdicionais e pelas possibilidades de execução”¹⁹.

Observamos que Karl Larenz procurou estabelecer uma conexão do positivismo jurídico com o plano sociológico, por meio dos interesses da coletividade ligados a entidades, como sociedade, família, propriedade privada, em que o Direito é criado pelo homem, mas para o homem, trazendo o Direito mais próximo da Justiça.

As críticas de Kelsen quanto às ideias que Karl Marx propugnava sobre o Direito – notadamente quanto a uma forma de domínio – e que conduziam Kelsen a aventar a impossibilidade de produzir qualquer papel relevante na teoria marxista, levaram Pasukanis a conceituar o Direito “enquanto fenómeno social objectivo, não pode esgotar-se na norma ou regra, quer ela seja ou não escrita. A norma como tal, isto é, o seu conteúdo lógico, ou é deduzida directamente das relações já existentes ou então, quando ela é promulgada como lei, apresenta apenas um sintoma que permite prever com certa probabilidade o futuro nascimento das correspondentes relações”²⁰.

Em sua concepção, o conceito de Direito estava atrelado ao desenvolvimento de conceitos jurídicos que fossem capazes de explicar historicamente o conteúdo e forma das normas jurídicas e – ao que nos parece – utilizando esse argumento como forma de raciocínio do carácter dominante do Direito, não propriamente por meio da sua formulação “capturada”, mas sim na perspectiva de sustentar aquela situação social das classes dominantes.

João Baptista Machado argumenta que “na nossa vida de todos os dias entramos em contato com o Direito, pois observamos espontaneamente muitas normas jurídicas... mas é sobretudo quando a vida jurídica apresenta aspectos patológicos – violações de normas jurídicas... que tomamos mais aguda consciência da realidade jurídica”²¹.

Referido autor entende que a ordem jurídica é parte integrante e complementar da ordem social global²² e estabelece inicialmente o conceito de Direito em um conceito

¹⁹ LARENZ, Karl – **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 261.

²⁰ PASUKANIS, Evgeni Bronislávovich – **A teoria geral do Direito e o marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 78.

²¹ MACHADO, João Baptista – **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 11.

²² *Ibid.*, p. 12.



sociológico – o Direito como ordem de coação – e outro jurídico – o Direito como uma ordem com um “sentido”²³, concluindo que deve prevalecer o Direito no sentido jurídico, que desenvolve o conceito de Direito baseado na realidade social histórica.

Norberto Bobbio caracteriza o Direito como objeto de três ciências: *sociologia do Direito*, isto é, “quanto à eficácia a que correspondem os problemas de observância, aplicação efetiva e sanção da norma jurídica”; *ciência formal do Direito*, que se preocupa quanto à estrutura formal, a validade independente de qualquer juízo de valor; e *filosofia do Direito*, que se preocupa com o valor “ao qual correspondem os problemas ideais de justiça ou injustiça da norma jurídica”²⁴.

Miguel Reale parte do pressuposto que “o Direito, porém, não visa a ordenar as relações dos indivíduos entre si para satisfação apenas dos indivíduos, mas, ao contrário, para realizar uma convivência ordenada, o que se traduz na expressão: ‘bem comum’”²⁵, estabelecendo um paralelo com Dante Alighieri (1265-1321 d.C.²⁶), que faz uma conceituação ética do Direito, na qual a coação é elemento externo, e não intrínseco.

Entretanto, distingue o Direito do que seriam normas éticas, à medida que reconhece que o Direito é *coercível*, podendo valer-se inclusive do recurso à força, *heterónomo*, uma vez que suas normas devem ser obedecidas independente da aceitação do destinatário, *axiologicamente bilateral*, na medida em que almeja concretizar valores que conduzam ao bem comum, e *atributivo*, já que atribui garantias às partes.

Estabelece com essas bases uma estrutura tridimensional do Direito; “se analisarmos essas três noções do Direito veremos que cada uma delas obedece, respetivamente, a uma perspectiva do fato (‘realização ordenada do bem comum’), da norma (‘ordenação bilateral-atributiva de fatos segundo valores’) ou do valor (‘concretização da ideia de justiça’).

Donde devemos concluir que a compreensão integral do Direito somente pode ser atingida graças à correlação unitária e dinâmica das três apontadas dimensões da experiência jurídica, que se confunde com a história mesma do homem na sua perene faina de harmonizar o que é com o que deve ser”²⁷.

²³ MACHADO, João Baptista – **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**, p. 31-33.

²⁴ BOBBIO, Norberto – **Teoria da norma jurídica**. 6.ª ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 13.

²⁵ REALE, Miguel – **Lições preliminares de Direito**. 27.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59.

²⁶ A análise parte da oração cunhada por Dante “O Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que conservada, conserva a sociedade, corrompida, corrompe-a” (*ibid.*, p. 60).

²⁷ *Ibid.*, p. 67-68.

Gustavo Zagrebelsky defende uma conceção de que o Direito nas sociedades plurais é marcado por ideias não absolutas, separação de poderes, igualdade, e que objetiva a estabilização do sistema, reconhecendo que, por vezes, a lei é causa de instabilidade diante de valores divergentes e até mesmo antagónicos.²⁸

Roberto Lyra Filho traz um conceito interessante, no qual o Direito “não poderá desprezar todos esses aspectos do processo histórico, em que o círculo da legalidade não coincide, sem mais, com o da legitimidade”, isso porque, “se o Direito é reduzido à pura legalidade, já representa a dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade; e este ‘Direito’ passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério duma pseudociência, que os juristas conservadores, não à toa, chamam de ‘dogmática’”²⁹.

Luís Barbosa Rodrigues considera que o “Direito apresenta-se, estruturalmente, enquanto ordem” dotada de normatividade, decisionalidade autoritária, coerciva e imperativa, “que se traduz em unidade, coerência e hierarquia, vocacionando-se para a permanência, estabilidade e normalidade” e estabelece que essa é uma ordem necessária e social uma vez que onde há sociedade há Direito (reciprocamente). Aponta que “o Direito pode emanar, diretamente, da própria sociedade”, o que se efetiva tanto por via da democracia representativa, por referendo, por iniciativa popular ou, “ainda, não menos relevantemente, quando elabora, sem qualquer mediação representativa, Direito consuetudinário”³⁰.

Referido autor acrescenta que o Direito é também uma ordem tutelada, o que se realiza por meio da heterotutela nos casos em que haja desaplicação do Direito, e tem notória importância na medida em que fortalece “a prevalência do comando jurídico sobre a força, a manutenção da paz social, o rigor, a imparcialidade, a igualdade, a proporcionalidade, a certeza – ou a probabilidade próxima da certeza – quanto ao bem-fundado da decisão declarativa do Direito e quanto à tradução executiva da mesma”³¹.

Manuel Atienza tem defendido que “o Direito (ou melhor, a ideia regulativa do Direito) pode ser definida, imitando a Ihering, como o conjunto das condições de vida da sociedade que satisfaçam os Direitos fundamentais baseado na dignidade humana,

²⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo – **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 11.ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

²⁹ LYRA FILHO, Roberto – **O que é Direito**. Brasília: Brasiliense, 1982, p. 5.

³⁰ RODRIGUES, Luiz Barbosa – **Introdução ao Direito: interno e internacional**. 3.ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2018, p. 15-30.

³¹ *Ibid.*, p. 31.

assegurando essas condições mediante a coação externa por meio de um poder público exercido de acordo com os requerimentos do Estado de Direito”³². Serve, assim, o Direito como uma ponte entre a ética e a política³³ e que os fins e meios precisam necessariamente ser justificados e passíveis de questionamento quando inadequados.³⁴

Pode-se dizer que, tal qual pondera Dworkin³⁵, o Direito deve ser construído como um romance em cadeia, a partir de seu contexto histórico e cultural, sem sobressaltos, de forma que “o homem não se compreenda apenas como destinatário do Direito e titular de Direitos, mas autenticamente como o sujeito do próprio Direito e assim não apenas o beneficiário dele mas comprometido com ele – o Direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência... como uma responsabilidade vivida no seu sentido”³⁶, permitindo não uma visão cerrada do positivismo, mas sim uma que trate de integrar, de uma ou outra forma, o Direito enquanto sistema de normas e prática social que objetivam conferir efetividade aos valores do constitucionalismo.

Robert Alexy estabelece uma definição de Direito a qual ele nomina ser a partir da perspectiva do participante e, por consequência, jurídica: “é um sistema normativo que (1) formula a pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma Constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa Constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do Direito para satisfazer a pretensão à correção”³⁷, reconhecendo uma espécie de tridimensionalidade correspondente aos argumentos de correção, da injustiça e dos princípios.

Como se observou, não há um consenso quanto ao conceito de Direito, e isso nos parece que é próprio da sua essência, já que consideramos o Direito um processo que deve refletir o momento histórico de uma sociedade.

³² Tradução livre de: “*El Derecho (o mejor, la idea regulativa del Derecho) podría definirse, remedando a Ihering, como el conjunto de las condiciones de la vida de la sociedad que satisfacen los derechos fundamentales basados en la dignidad humana, aseguradas esas condiciones mediante la coacción externa por un poder público ejercido de acuerdo con los requerimientos del Estado de Derecho*” (ATIENZA, Manuel – **Filosofía del derecho y transformación social**. Madrid: Trotta, 2017, p. 45-46).

³³ *Ibid.*, p. 337.

³⁴ *Ibid.*, p. 335.

³⁵ DWORKIN, Ronald – **O império do Direito**. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 2007.

³⁶ NEVES, António Castanheira – **O Direito hoje e com que sentido?** Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 75.

³⁷ ALEXY, Robert – **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 151.



O Direito não é algo perfeito e acabado, mas essencialmente aberto, disposto a “beber” das fontes do Direito³⁸, dos movimentos sociais; portanto, é produzido a partir das múltiplas inter-relações que impactam em constante modificação, formação e destruição, e conduzem à evolução do Direito.

Não é, portanto, o Direito uma ferramenta de dominação ou de legitimação, ele é a tradução da correlação das forças dos grupos de pertencimento, equilibrado pelos trunfos dos Direitos humanos e fundamentais contra a maioria, já que acolhe as contradições das relações sociais.

O conceito de Direito, a que se propõe a presente tese, deve ser compreendido como uma construção civilizatória e humanista, profundamente enraizada na cultura de cada sociedade. Ele não é um sistema estático ou meramente técnico, mas uma manifestação dinâmica e evolutiva da convivência humana, refletindo as diversas experiências, valores e lutas que caracterizam a trajetória histórica dos povos.

Antecipa-se que central a esse conceito de Direito é a ideia de que ele é ligado, de maneira intrínseca, aos movimentos sociais e à participação ativa da sociedade. Os movimentos sociais desempenham papel crucial na formação e transformação do Direito, atuando como catalisadores de mudança e como vozes que reivindicam justiça e equidade.

A desobediência civil e o Direito democrático de resistência são expressões legítimas dessa dinâmica, pois representam a luta contra injustiças e a busca por um sistema jurídico mais justo e representativo.

A desobediência civil, em particular, é uma forma de ação que, embora possa desafiar normas estabelecidas, é de maneira fundamental orientada por princípios éticos e pela busca de um bem maior. Ela revela as tensões e contradições existentes no sistema jurídico, ao mesmo tempo em que aponta caminhos para sua renovação e aperfeiçoamento. O Direito democrático de resistência, por sua vez, é a expressão do Direito dos cidadãos de se oporem a leis e políticas que considerem injustas, defendendo, assim, a justiça e a dignidade humanas.

Este conceito de Direito, proposto, é sobretudo humanista, pois coloca o ser humano e sua dignidade no centro de suas preocupações. O Direito deve servir para proteger e promover os Direitos e liberdades fundamentais, assegurando que todos os indivíduos tenham

³⁸ António Manuel Hespanha utiliza fontes ‘de’ Direito, explicando que essa expressão pode também designar a origem do Direito (sentido histórico) (HESPANHA, António Manuel – **O caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**, p. 530).



a oportunidade de viver com dignidade e de realizar seu potencial. Ele deve ser inclusivo, reconhecendo e valorizando a diversidade cultural, social e económica das sociedades.

Além disso, o Direito deve ser visto como um processo contínuo de construção e reconstrução, aberto às novas fontes e formas de regulação que emergem das mudanças sociais, tecnológicas e ambientais. Ele deve ser capaz de responder às necessidades e desafios do mundo contemporâneo, sem perder de vista seus princípios fundamentais de justiça, equidade e democracia.

Neste sentido, a construção do Direito não é um fim em si mesmo, mas um meio para alcançar uma sociedade mais justa e democrática. Ela requer a participação ativa e consciente de todos os membros da sociedade, desde os legisladores até os cidadãos comuns, para que o Direito reflita de fato os valores e aspirações da coletividade.

Ao longo da tese, exploramos esses pontos em maior detalhe, mostrando como o Direito, entendido dessa maneira, pode contribuir para a construção de uma sociedade mais justa, equitativa e democrática.

Em síntese, o conceito ou definição de Direito que norteia a tese é o Direito como uma construção civilizatória e humanista, sobremaneira conectada à cultura de cada sociedade e às suas lutas por justiça e dignidade; um Direito como prática social que deve ser compreendido como um fenómeno que transcende as normas e se manifesta por meio de uma tapeçaria entre moral, ética e as necessidades sociais.

Um Direito tal qual defende Atienza³⁹ e Hespanha⁴⁰, que rompe com o normativismo e o formalismo, trata-se de uma abordagem pós-positivista que vê o Direito como um conjunto de condições que satisfazem os Direitos fundamentais, fundamentados na dignidade humana e garantidos por um poder público que opera segundo os princípios do Estado de Direito.

O Direito, portanto, não deve ser visto apenas como um conjunto de normas autorizativas e organizativas, mas também como um sistema de fins que são intrinsecamente ligados a conferir o cerne das Constituições de Portugal e Brasil⁴¹, que é a dignidade humana.

Essa perspectiva, em nosso entendimento, é crucial para entender o papel do Direito nas Constituições contemporâneas, onde o Direito deve servir como um meio para a

³⁹ ATIENZA, Manuel – *Filosofía del derecho y transformación social*, 2017.

⁴⁰ HESPANHA, António Manuel – *Pluralismo jurídico e Direito democrático: prospetivas do Direito no século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019.

⁴¹ Entre outras tantas.



transformação social, garantindo que as leis não apenas regulem, mas também promovam uma sociedade mais justa e equitativa.

É um Direito que evolui e se renova continuamente, orientado pelos princípios de justiça, equidade e democracia, e que serve como instrumento para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, de forma que tem o Estado a tarefa tanto de dizer quanto reconhecer o Direito, assim como de tutelá-lo por meio de um sistema de freios e contrapesos, de forma que possa conferir efetividade ao próprio Direito, cujo fim é a justiça e o bem comum.

1.1.3 Direito subjetivo

A vida em sociedade impõe uma série de conexões que se estabelecem entre as pessoas e a própria sociedade. Isso é próprio da condição do homem como ser social, e cada uma dessas relações está, antes de tudo, regulada por um conjunto de normas.

Essas normas têm sido classificadas pela doutrina ao menos em três grandes grupos: sociais, morais e jurídicas. Limitando-se ao objetivo de pesquisa, vamos nos concentrar nas normas com as quais se ocupa o Direito, isto é, as normas do tipo jurídico – ordenamento jurídico – e que, portanto, convertem-se em relação jurídica.

Trata-se da relação jurídica estabelecida entre pessoas, nas quais uma é beneficiária e outra obrigada⁴², os denominados sujeitos da relação. Essa relação deve ser organizada por critérios idôneos para que atinjam uma função social merecedora da tutela jurídica.

Para que exista uma relação jurídica deve haver um fato que estará ou não de acordo com as normas jurídicas. O fato diferencia-se do Direito, isso porque é um acontecimento – pressuposto material – que está regulado por uma norma jurídica capaz de atribuir efeitos ou consequências que o Direito prevê, fazendo nascer uma série de Direitos e obrigações entre as partes. Portanto, a norma jurídica que regula o fato é o pressuposto formal, é quem define os Direitos e obrigações que devem guiar o comportamento das partes na relação jurídica.

Em sua estrutura a relação jurídica contém uma série de elementos essenciais: [1] um elemento subjetivo, vinculando o sujeito beneficiário e o obrigado; [2] um elemento objetivo que é juridicamente relevante à sociedade; [3] um elemento causal – conteúdo –, consistente e fruto da relação beneficiário/obrigado.

⁴² Podemos utilizar também *credor* e *devedor*.

As relações jurídicas podem ser classificadas por muitos critérios, entre eles: *simples*, quando há apenas um beneficiário e um obrigado, ou *complexas*, quando há uma multiplicidade de partes; por seu conteúdo entre as relações de carácter privado ou público quanto ao sujeito, que pode ser pessoa física, jurídica ou até sem personalidade jurídica; quanto aos seus efeitos, se é *inter partes* ou *erga omnes*; quanto à existência ou não de dependência de relações precedentes ou futuras como principal, acessórias, conexas; positivas ou negativas, quando analisadas em relação ao objetivo.

Direitos e deveres oriundos da relação jurídica, como sobressai, estão regulados por normas jurídicas que convergem ao Direito subjetivo e objetivo.

O Direito subjetivo é em primeiro lugar um Direito a decidir: decidir se uso o Direito e como o uso; portanto, é uma liberdade de tomar decisões no mundo jurídico – que não se esgota na norma jurídica –, senão também nas diversas possibilidades de agir de cada indivíduo. Dito de outra forma, é a autonomia da vontade; “em tese geral, o Direito subjetivo revela uma posição jurídica ativa – ou uma situação jurídica ativa – um poder, faculdade, vontade, liberdade, permissão, utilidade, vantagem”⁴³.

Jorge Reis Novais explica que “o Direito subjectivo funcionaria, antes, como conceito-quadro (*Rahmendegriff* ou *Oberbegriff*), aberto, abrangendo todas aquelas modalidades: dizer que alguém tem um Direito subjetivo significa, segundo a proposta de LARENZ, dizer que algo lhe é juridicamente devido ou lhe compete, podendo esse algo ser preenchido com Direitos de diferente natureza, consistência ou grau de exigibilidade”⁴⁴.

Está correlativamente relacionado ao dever, posto que o Direito subjetivo é, necessariamente, um Direito a uma conduta externa, o que permite compreender que o Direito subjetivo pressupõe o dever jurídico de outrem.

O Direito subjetivo pode ser compreendido como vontade – num poder ou num efeito – conferida pela ordem jurídica e “é sempre uma expressão da vontade, entendido esse termo, a princípio, de maneira empírica, como uma faculdade psicológica. O homem sabe, quer e age. Enquanto o homem quer e age, ele se situa variavelmente no âmbito de regras de Direito. O Direito subjetivo, portanto, é a vontade juridicamente protegida”⁴⁵.

⁴³ RODRIGUES, Luís Barbosa – **Manual de Direitos fundamentais e de Direitos humanos**. Lisboa: Quid Juris, 2021, p. 31.

⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis – **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Lisboa: AAFLD, 2021, p. 102.

⁴⁵ REALE, Miguel – **Lições preliminares de Direito**, p. 251.

Pode em outra classificação doutrinária ser compreendido de forma objetivista, sustentada por Rudolf Von Ihering, consistente na “proteção, pelo ordenamento jurídico, de um interesse, de um bem, de uma utilidade, ou de um fim”⁴⁶.

Uma terceira corrente estabelece uma solução eclética, consignando que o Direito subjetivo “é o interesse protegido que dá a alguém a possibilidade de agir. É, portanto, o interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer”⁴⁷.

A quarta corrente defende que o Direito subjetivo deve ser compreendido como uma expressão do dever jurídico, decorrente de uma regra de Direito. Reconhece haver uma faculdade enquanto dependente da sua ação – vontade – para fazer aplicar a norma de coação e considera o Direito subjetivo não mais que uma modalidade do Direito objetivo.

Miguel Reale conceituou o Direito subjetivo como só existente “quando a situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem”, de forma que “o Direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de Direito atribuem a alguém como próprio”⁴⁸.

Esse conceito privilegia a teoria tridimensional, calcada na relação fato-valor-norma, que busca trabalhar como essência do Direito a realizabilidade garantida, pelo que aqueles Direitos que não se convertem em realidade, ou seja, que não têm concretização na vida dos indivíduos é mera aparência de Direito⁴⁹ ou deveras simbólica⁵⁰.

É evidente que o exercício do Direito subjetivo exige capacidade jurídica, legitimação e uma atuação dentro dos limites. Esses limites equivalem a uma proibição de excesso ou a conter eventual pretensão de abuso, isto é, aquele que exerce um Direito de maneira anormal em comparação com o modo de exercício habitual do Direito, ou para além do que lhe permite a norma. Também são um limite aquelas situações que se nominam de fraude à lei, ou seja, em que o indivíduo pratica uma conduta aparentemente lícita, mas que produz um resultado contrário ao ordenamento jurídico.

Esses limites implicam também reconhecer que o titular dos Direitos subjetivos detém a prerrogativa ou possibilidade de modificação do Direito subjetivo, dentro dos limites que o ordenamento jurídico permitir.

⁴⁶ RODRIGUES, Luís Barbosa – **Manual de Direitos fundamentais e de Direitos humanos**, p. 31.

⁴⁷ REALE, Miguel – **Lições preliminares de Direito**, p. 255.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 259-260.

⁴⁹ Expressão utilizada por Miguel Reale.

⁵⁰ Expressão utilizada por Marcelo Neves.



Pode ser alterado o sujeito, classificado como modificação subjetiva – aquela em que os indivíduos que fazem da relação Direito-dever subjetivo altera por outro. Dessa forma, ocorre a substituição do antigo titular do Direito-dever pelo novo, mantendo-se inalterado o objetivo e o conteúdo do Direito subjetivo, isto porque há uma aquisição derivativa ou translativa desse Direito ou dever subjetivo.

Tais modificações do titular do Direito subjetivo podem ser parciais ou universais, sendo exemplo clássico da modificação universal a sucessão por falecimento – a herança; é indiscutível que as modificações de sujeito podem ser onerosas e gratuitas, sem que isso traga qualquer impacto ao Direito subjetivo.

Pode-se, da mesma forma, alterar quantitativa ou qualitativamente o objeto do Direito subjetivo, em que se exige uma continuidade da situação jurídica, permanecendo, portanto, inalterados os sujeitos, e a própria relação jurídica consistente no Direito-dever, ou beneficiário-obrigado.

O ordenamento jurídico permite também que o titular abdique do seu Direito; entretanto, há vários Direitos que, por sua natureza, não podem ser renunciados, na sua maioria inerentes à pessoa humana.⁵¹

Uma última possibilidade de modificação é quanto ao sentido ou compreensão do objeto do Direito subjetivo. Essa alteração, conhecida na doutrina como vicissitude, é um processo que pode ser formal ou informal do Direito subjetivo.

A alteração formal se dá no ordenamento jurídico, por meio de processo próprio em que a norma seja implementada, alterada, revogada ou até ripristinada. Já a modificação informal é aquela para além do texto do ordenamento jurídico; portanto, está na sua forma de compreender, ou seja, é inerente ao seu significado, sentido ou alcance.

Esse tipo de modificação decorre da conceção da realizabilidade garantida do ordenamento jurídico e pode decorrer da abertura dinâmica de determinados Direitos, por meio do tempo e de evolução social, como forma de se adaptar às circunstâncias ou até mesmo socorrer às exigências de solução de problemas que podem nascer, inclusive, da sua

⁵¹ Há que se consignar certa controvérsia quanto à “renúncia” à vida nos casos de eutanásia. Parte da doutrina entende que não se trata propriamente de uma renúncia, mas, sim, de opção por outro Direito, o da morte digna, já que o que se assegura seria uma vida digna, e em determinadas situações pode o titular desse Direito entender que não se faz mais a condição ou qualificadora “digna”.



própria aplicação. Isso se faz pelo inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar.⁵²

1.1.4 Direito objetivo: a norma jurídica

O Direito objetivo é o Direito sob o ponto de vista das normas jurídicas, que se encontra inserta em um contexto normativo mais amplo: o ordenamento jurídico.⁵³ Portanto, há que se reconhecer, desde logo, que aquelas fórmulas ou preceitos que passam do mundo de valores para regerem a organização da vida em sociedade são denominadas de normas jurídicas, as quais têm como objetivo a persecução do bem comum, cuja realização exige o carácter coercitivo que o Direito proporciona.

Há uma distinção clássica na teoria do Direito que divide as normas jurídicas em imperativas e em dispositivas. As imperativas são ordens inevitáveis e, portanto, de cumprimento obrigatório. As dispositivas são uma espécie de proposta normativa por meio da qual o indivíduo opta em usar ou não usar.

As normas jurídicas são hipotéticas, pois “prefiguram, desse modo, uma situação virtual, uma situação que pode, ou não, ocorrer”; têm estrutura dual em que “de um lado, enquanto antecedente, recorta-se a previsão, a descrição de uma situação fática. De outro lado, como consequente, desenha-se a estatuição, o efeito jurídico da verificação dessa previsão”. Gozam de generalidade “ao tempo da respectiva elaboração, dos destinatários aos quais serão aplicadas” e são, ainda, abstratas pela “insusceptibilidade de identificação, ao tempo da respectiva elaboração, das situações jurídicas que serão chamadas a regular”⁵⁴.

A norma jurídica, para que integre o ordenamento jurídico, precisa obedecer a critérios específicos para sua criação, assim como as condições fixadas no próprio sistema jurídico.

A questão é perquirir se norma jurídica é só aquela produzida pelo legislativo e, portanto, o conceito de norma é identificado como lei⁵⁵, ou a recusa do pressuposto do monopólio estatal do Direito faz com que a norma jurídica adquira outro sentido, o de forma universal de expressão do Direito, o que permite entender que “a lei, o contrato, a

⁵² MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional: Estado e Constitucionalismo, Constituição e Direitos Fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica, 2016. Vol. 1, p. 154.

⁵³ As normas nunca existem sós.

⁵⁴ RODRIGUES, Luiz Barbosa – **Introdução ao Direito: interno e internacional**, p. 192-193.

⁵⁵ Escola da Exegese francesa.

jurisprudência, a sentença, a instrução normativa, [...] também o costume criado pelos grupos sociais, são espécies diferentes do mesmo gênero, todos denominados ‘norma jurídica’”⁵⁶.

Santi Romano⁵⁷ aponta que é evidente que, se queremos definir um ordenamento jurídico na sua totalidade, não se pode considerar apenas as normas que o compõem, sendo necessário analisar a nota característica desse conjunto. Isso porque o ordenamento jurídico não pode se resumir, em exclusivo, ao elemento normativo, uma vez que toda realidade normativa engloba também uma relação entre Estado, Direito e sociedade.

Defende Santi Romano que é necessário estabelecer uma relação entre o conceito de Direito e o conceito de sociedade de maneira recíproca e complementar. Nele deve conter uma ideia de ordem social, que exclui qualquer elemento que possa não prover da força ordenada – coação jurídica. Devem, portanto, ser afastadas a arbitrariedade e a força material.

Há que se considerar que as normas jurídicas se encontram relacionadas em um sistema, dentro de um conjunto homogêneo, portanto não fragmentado, que é coerente, racional e sistemático; não surgem do nada; são produzidas por meio de fontes do Direito que podem originar-se tanto por forças sociais que a produzem quanto pelos fatos normativos que promulgam normas jurídicas.

As fontes do Direito podem ser materiais ou formais. Material é a que faz referência a todos os fatos ou elementos que contribuem para fixar o conteúdo da norma jurídica. A formal, às vontades que intervêm na criação das normas positivas e nos meios em que se exterioriza o Direito. Classicamente são fontes do Direito: Constituição, princípios gerais de Direito, lei, regulamento, tratado internacional, jurisprudência, doutrina e costumes.

Estabelecer uma hierarquia das fontes do Direito depende, antes de tudo, do reconhecimento tanto das forças sociais que se impõem quanto das concepções jurídicas que prevalecem. Isso implica que para os absolutamente positivistas, que reconhecem a supremacia absoluta da norma escrita, as fontes do Direito são meras fontes de conhecimento; são, portanto, subsidiárias.

Não compõe o nosso entendimento a limitação de norma jurídica, como o restrito conjunto de normas escritas. Reconhecemos a existência de normas não escritas que são derivadas das fontes do Direito, como o costume. Tércio Sampaio Ferraz Junior explica que as normas não escritas oriundas do costume, “ou seja, do poder decisório anônimo do povo,

⁵⁶ ADEODATO, João Maurício – **Uma teoria retórica da norma jurídica e do Direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 172.

⁵⁷ ROMANO, Santi – **Ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.



surgem de um procedimento difuso, que não se reduz a um ato básico, como é a promulgação. Um costume não se promulga: ele se cria, se forma, se impõe sem que neste processo se possa localizar um ato sancionador”⁵⁸.

A existência de normas não escritas⁵⁹ pode ser compreendida também como uma completude de autointegração (recurso a fontes diversas dentro do mesmo ordenamento), conforme afirma Norberto Bobbio.⁶⁰

A questão da validade da norma não escrita se encontra dividida em ao menos duas correntes: uma que segue a visão Kelseniana – que defende estar a validade condicionada pela sua não incompatibilidade com normas superiores⁶¹ – e outra na efetividade do poder⁶², temperando o rigor Kelseniano “com a pretensão de não se distanciar da realidade, já que é necessário admitir que o Direito existe apenas se, além de válido, for, ao menos em certa medida, eficaz”⁶³.

No essencial ao presente estudo, há que se consignar que a Constituição é a norma fundante de um Estado. Pode-se conceituar Constituição como um conjunto de regras que têm como ponto de partida o respeito aos Direitos fundamentais/humanos, norteando a forma de Governo, a aquisição e o exercício do poder e estabelecendo todos os limites de seu agir e da própria liberdade, que, promulgados sob a gênese do Constitucionalismo Contemporâneo/Neoconstitucionalismo, evocam o princípio democrático não por uma teoria em abstrato, mas sim amparada em uma realidade histórica, na medida e forma que lhe empresta a Constituição material e os elementos de memória que as compõem.

Os costumes, por sua natureza, nem sempre estão postos, mas sempre pressupostos, exigindo uma busca maior do que aparece no texto legal. Luciene Dal Ri explica que “A noção de costume jurídico para a Europa continental deriva de forma clara da tradição jusromanista e da sua manutenção em período medieval. Nesse contexto, o costume tinha uma relevância fundamental, sendo considerado uma das fontes primárias do Direito. O status do costume no regime das fontes do Direito sofreu, porém, forte variação, com o renascimento e

⁵⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio – **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 240.

⁵⁹ Parte da doutrina utiliza a nomenclatura *normas implícitas*.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto – **Teoria da norma jurídica**, p. 148.

⁶¹ GUASTINI, Riccardo – **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 280.

⁶² TREVIJANO, Pedro Jose Gonzales – **La costumbre en derecho constitucional**. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1989, p. 381.

⁶³ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães – **Normas constitucionais não escritas**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 50.

a afirmação da pretensão monista do modelo Estado-nação. A partir do século XVIII, em especial, nos sistemas jurídicos europeus continentais, denominados de Civil Law, observa-se com facilidade a afirmação do Estado de Direito e consequentemente o avanço e a sobreposição da lei em relação ao costume, em todos os ramos do Direito”⁶⁴.

O costume prescinde de qualquer fundamento volitivo ou racional. É um ato sociológico de dever-ser objetivado por força da referência direta, imanente à dinâmica estrutural de cada sociedade.⁶⁵

Considerando o costume como “A regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica”⁶⁶, há que se reconhecer que se trata de uma fonte com grande legitimidade democrática já que provém diretamente dos cidadãos.⁶⁷

Certo que “Os homens em conjunto seriam diretamente os agentes produtores de sua História e de seu Direito, conforme as mudanças qualitativas sofridas no interior de suas estruturas sociais, operadas de acordo com a variação espacial e temporal de suas condições. Se a vontade é individual, tem sua origem na livre disposição anímica egoística e monádica, o costume, em suas variedades e multiplicidade da constância do inconstante é coletivo, próprio de toda e qualquer sociedade estavelmente instável”⁶⁸.

O costume de natureza constitucional, ou simplesmente nominados de costumes constitucionais, coincidem com práticas consuetudinárias que versem a respeito dos valores, regras, princípios ou normas materialmente constitucionais. Nesse sentido, “o fundamento primeiro da existência do costume constitucional encontra-se no próprio poder constituinte que, dotado do carácter de permanente, não se esgota em sua obra – a Constituição – mas conserva-se latente, quando expressamente previsto, sob a forma do poder de reforma constitucional. Por outro lado, continua latente também, de modo não previsto e não organizado no chamado poder constituinte difuso, invisível, que intervém quando necessário para preencher lacunas ou interpretar disposições constitucionais obscuras. Esse poder

⁶⁴ DAL RI, Luciene – O costume como fonte do Direito: entre o constitucional e o internacional. In DAL RI, Luciene [et al.] – **Constitucionalismo como elemento para a produção do Direito**. Itajaí: Univali, 2016. p. 166-182. Vol. 1, p. 166.

⁶⁵ GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella – **Direito internacional público contemporâneo: fundações políticas: Vontade, Razão, Costume**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 86.

⁶⁶ RÃO, Vicente – **O Direito e a vida dos Direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 287.

⁶⁷ FARRAJOTA, Joana – Fontes do Direito. In ROSÁRIO, Pedro Trovão do [et al.] – **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 225-274, p. 271.

⁶⁸ GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella – **Direito internacional público contemporâneo: fundações políticas: Vontade, Razão, Costume**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 88.



constituente difuso é atuado pelos órgãos constitucionais que têm competência para aplicar normas constitucionais e, que, mesmo diante da obscuridade do texto, precisam interpretá-lo para dar-lhe aplicação”⁶⁹.

Note-se que o costume não exige nem previsão escrita, tampouco ratificação por quaisquer atos escritos⁷⁰, mas, “ao invés do que ocorre frequentemente com os atos escritos, elaborados por órgãos representativos, nos atos não escritos costumeiros de elaboração comunitária, a validade, a legitimidade, a eficácia e a efetividade encontram-se permanentemente presentes”⁷¹.

A doutrina tem diferenciado o costume em três classes em relação aos atos escritos: *secundum constitutionem*, que, na realidade, é um critério de interpretação da Constituição, que implica na consonância costume-Constituição, de maneira que não podem ser considerados separados; *praeter constitutionem*, que tem função de complementar a Constituição assumindo uma função integrativa; *contra constitutionem* que, contrariando a Constituição, faz “emergir uma função revogadora de comandos escritos existentes e, simultaneamente, criativa de comandos alternativos subsequente”⁷².

1.1.5 Direito constitucional

O Direito constitucional, como espinha dorsal da organização política e legal de um Estado, reflete e molda a evolução da sociedade em seus aspetos mais fundamentais. Esse campo do Direito não apenas regula a relação entre o Estado e seus cidadãos, mas também delinea a estrutura de poder e os Direitos fundamentais, desempenhando um papel crucial no estabelecimento e manutenção da ordem democrática.

Cristina Queiroz⁷³ aborda o Direito constitucional sob uma perspectiva de análise da rigidez constitucional. Ela defende que a rigidez não é uma característica absoluta, mas varia de acordo com a suscetibilidade de alterações no texto constitucional. Esse ponto de vista é crucial para entender como diferentes sociedades adaptam suas leis fundamentais às

⁶⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha – **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1986, p. 184.

⁷⁰ RODRIGUES, Luiz Barbosa – **Introdução ao Direito: interno e internacional**, p. 169.

⁷¹ *Ibid.*, p. 169.

⁷² *Ibid.*, p. 171.

Importante consignar que o autor utiliza o termo *contra legem*.

⁷³ QUEIROZ, Cristina – **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2009; *id.* – **Poder constituinte, democracia e Direitos fundamentais: uma via constitucional para a Europa?** Coimbra: Almedina, 2013; *id.* – **Justiça constitucional**. Lisboa: Petrony, 2017.

mudanças dos paradigmas sociais e políticos, sustentando que a flexibilidade controlada pode ser necessária para a resiliência constitucional em tempos de rápida transformação social.

Carlos Ayres Britto⁷⁴ é reconhecido por sua visão poética e filosófica do Direito constitucional, em especial no que concerne à dignidade da pessoa humana e aos Direitos fundamentais. Em suas obras, Ayres Britto enfatiza que a Constituição deve ser vista como um “poema normativo”, onde cada artigo, seção e cláusula contribui para a sinfonia maior dos princípios democráticos e humanitários. Essa abordagem reforça a necessidade de interpretação e aplicação das leis de forma que respeitem o núcleo essencial dos Direitos humanos, promovendo uma sociedade mais justa e igualitária.

O Direito constitucional, na visão de J. J. Gomes Canotilho⁷⁵, é visto como a ciência das normas fundamentais que estruturam os elementos constitutivos do Estado e garantem os Direitos fundamentais. O autor enfatiza a importância do “Estado de Direito Democrático”, onde a Constituição não serve apenas como um mecanismo de limitação do poder, mas também como um instrumento de promoção da democracia e da justiça social. Canotilho defende o princípio da “constitucionalidade”, que propõe uma leitura normativa da Constituição, que é dinâmica e adaptativa, permitindo que ela responda de maneira eficaz às necessidades sociais em constante mudança e aos desafios emergentes.

Luís Roberto Barroso⁷⁶ é um defensor da ideia de que o Direito constitucional deve ser um vetor de transformação social. Em seus trabalhos, ele explora a tensão entre a conservação das tradições jurídicas e a necessidade de reformas para atender às demandas contemporâneas. Barroso defende que as cortes constitucionais têm um papel proativo na defesa dos valores democráticos, agindo, com frequência, como agentes de mudança social e garantindo que as vozes e os Direitos das minorias sejam protegidos no contexto mais amplo da justiça social.

⁷⁴ BRITTO, Carlos Ayres – **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003; *id.* – **O humanismo como categoria constitucional**. 1.^a ed., 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed., 19.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2018; *id.* – **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2001; *id.* – **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013; *id.* – **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2.^a ed., reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto – **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; *id.* – BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018; *id.* – **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



Para Luis Barbosa Rodrigues⁷⁷, o Direito constitucional é uma ordem normativa que se caracteriza por sua decisão, coercibilidade e imperatividade. Ele vê a Constituição como uma estrutura hierarquicamente superior que define a organização fundamental do Estado e assegura a proteção dos Direitos e liberdades fundamentais. Rodrigues destaca a necessidade de uma abordagem interdisciplinar para compreender o Direito constitucional, integrando perspectivas sociológicas e filosóficas para captar de modo pleno seu carácter dinâmico e sua capacidade de moldar a ordem social.

A teoria de Aharon Barak⁷⁸ sobre o Direito constitucional está demasiado enraizada no conceito de *judiciário ativo*. Barak defende que os tribunais têm um papel essencial na manutenção da integridade da Constituição, interpretando-a de maneira a promover os valores democráticos e os Direitos humanos. Ele também argumenta que a Constituição é um documento vivo, que deve ser interpretado de forma a refletir as mudanças sociais e os valores contemporâneos, garantindo que as liberdades fundamentais sejam de fato protegidas e promovidas.

Pedro Trovão do Rosário⁷⁹, contribuindo de modo significativo para a literatura jurídica, foca em questões relacionadas à governança global e ao impacto das organizações internacionais nas Constituições nacionais. Ele argumenta que a globalização e a interdependência crescente dos Estados requerem uma reconsideração dos princípios constitucionais tradicionais, em especial no tocante à soberania e à autodeterminação. Rosário sugere que o Direito constitucional deve evoluir para abraçar uma perspectiva mais cosmopolita, facilitando a cooperação internacional e o respeito mútuo entre nações.

Para Peter Häberle⁸⁰, o Direito constitucional é um processo participativo em que diferentes atores sociais contribuem para a interpretação da Constituição, refletindo uma diversidade de perspectivas e experiências. Essa abordagem enfatiza a democracia deliberativa

⁷⁷ RODRIGUES, Luiz Barbosa – **Introdução ao Direito: interno e internacional**; *id.* – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**. Lisboa: Quid Juris, 2022; *id.* – **Manual de Direitos fundamentais e de Direitos humanos**; *id.* – **Introdução ao Direito: interno e internacional**.

⁷⁸ BARAK, Aharon – **Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones**. Lima: Palestra, 2017.

⁷⁹ ROSÁRIO, Pedro Trovão do; RI, Luciene Dal; HAMMERSCHMIDT, Denise – **Direito constitucional luso e brasileiro na contemporaneidade**. Porto: Juruá Editorial, 2018; ROSÁRIO, Pedro Trovão do [*et al.*] – **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 2017; ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **A democracia semidirecta em Portugal**. Madrid: Editorial Universitas, 2013.

⁸⁰ HÄBERLE, Peter – **El estado constitucional**. 2.^a ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018; *id.* – HÄBERLE, Peter – **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002; *id.* – **Tiempo y Constitución. Ámbito público y jurisdicción constitucional**. Lima: Palestra Editores, 2017; *id.* – **Tiempo y Constitución**. Lima: Palestra Editores, 2017.

e a inclusão, considerando a interpretação constitucional como uma atividade coletiva que molda o entendimento e a aplicação da lei.

O Direito constitucional, por meio das visões de Queiroz, Britto, Rosário, Barroso, Canotilho, Barbosa Rodrigues, Aharon Barak, Peter Häberle, entre outros, que permeiam a tese, são apresentadas como um campo dinâmico e essencialmente conectado com as necessidades e desafios da sociedade moderna.

Cada um desses autores traz uma visão única e inovadora que enriquece esse campo, mostrando como ele pode ser usado para equilibrar com eficácia a governança, os Direitos e as responsabilidades em um mundo em constante evolução.

Essas perspectivas sublinham a importância de um Direito constitucional que seja ao mesmo tempo robusto e recetivo, capaz de proteger os Direitos individuais enquanto promove o bem comum. Eles destacam a interação entre rigidez e flexibilidade, a importância dos Direitos humanos, a necessidade de adaptação global e o potencial de reformas progressistas, enfatizando a necessidade de um Direito constitucional que responda de maneira eficaz às demandas contemporâneas e preserve a integridade democrática.

O Direito constitucional, conforme investigado no decorrer da presente tese, transcende o texto escrito para incorporar uma série de práticas, costumes e movimentos sociais que refletem e moldam a realidade política e social. Este campo jurídico, embora fundamentado em documentos históricos e estruturas legais, é continuamente redefinido e reinterpretado por meio das interações dinâmicas entre a sociedade e o Estado.

Central à pesquisa é a concepção de que as vicissitudes constitucionais, em especial aquelas geradas por costumes e movimentos sociais, desempenham um papel fundamental tanto na consolidação quanto na erosão da estrutura constitucional. Ao longo da vida de uma Constituição escrita, é imperativo reconhecer como essas vicissitudes refletem não apenas o aspecto democrático inerente ao ordenamento jurídico, mas também podem representar uma desvinculação dos fundamentos democráticos das Constituições contemporâneas do Brasil e de Portugal.

Os movimentos sociais, em particular, são vistos como expressões legítimas de desobediência civil e resistência democrática, fundamentais para a evolução das normas constitucionais. Eles instigam um diálogo necessário entre a lei escrita e as realidades vivas da sociedade, induzindo mudanças que, por vezes, são fundamentais para a adaptação da lei aos novos paradigmas sociais e políticos.

A tese defende que a relação entre costumes e Constituição escrita é complexa e multifacetada, exigindo um monitoramento atento para assegurar que as mudanças induzidas pelos costumes e movimentos sociais contribuam positivamente para a evolução democrática, e não para a desconstitucionalização. Este estudo procura enfatizar a importância de uma abordagem equilibrada que respeite os fundamentos da Constituição escrita enquanto incorpora de modo flexível as mudanças sociais emergentes.

Portanto, a visão que defendemos ao longo da tese é que o Direito constitucional deve ser entendido como um campo dinâmico que não apenas responde à letra da lei, mas também às exigências e desafios impostos pela realidade social em constante mudança. As Constituições não são apenas documentos estáticos, mas entidades vivas que devem refletir as aspirações e valores da sociedade que regem. Esse reconhecimento da Constituição como um documento vivo é crucial para promover uma verdadeira democracia participativa, em que a lei é tanto moldada pela realidade social e política quanto moldadora dela.

1.1.6 Interpretação, argumentação e integração de normas

O poeta Carlos Drummond de Andrade consignou que “a lei estabelecida para dirimir o primeiro conflito foi interpretada de duas maneiras, e gerou um novo conflito”⁸¹. Isso ocorre porque há diversos sentidos que podem ser extraídos de uma norma: “existe uma tarefa indispensável em relação a cada norma jurídica: a de averiguar de que forma nela se traduz a ordem de valores que ela apenas revela ou manifesta”⁸².

Chamamos essa tarefa de interpretação de normas^{83,84} – que é o trabalho de indagação do verdadeiro sentido e alcance das normas jurídicas. Trata-se de um processo complexo, porque “exige um conhecimento profundo do ordenamento jurídico. Para além disso, porque postula intuição jurídica. Finalmente, porque a complexidade social hodierna tem implicações na técnica jurídica”⁸⁵.

⁸¹ ANDRADE, Carlos Drummond de – **O avesso das coisas: aforismos** [Em linha]. São Paulo: Record, 1990. Disponível em: <https://livrogratuitosja.com/wp-content/uploads/2021/02/Carlos-Drummond-de-Andrade-O-Averso-das-Coisas-1.pdf>. [Consult. em 02-10-2022].

⁸² HESPANHA, António Manuel – **O caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**, p. 531.

⁸³ A doutrina também nomina de *interpretação jurídica*, *interpretação do Direito*, *interpretação da lei*, *interpretação de atos normativos*.

⁸⁴ Adotamos essa nomenclatura para evitar qualquer confusão no sentido de que a interpretação jurídica é primordialmente realizada pelos tribunais para a aplicação do Direito no conflito judicial. É que para nós a norma pode e deve ser interpretada por seus destinatários independente da existência de um conflito judicial.

⁸⁵ RODRIGUES, Luiz Barbosa – **Introdução ao Direito: interno e internacional**, p. 199.



Importa esclarecer que a interpretação não tem como objeto propriamente o significado da expressão, mas sim a normatividade da norma jurídica, naquilo que a constitui e oferece à sociedade; portanto, a interpretação de normas deve ser a norma enquanto norma, não o seu texto enquanto expressão.⁸⁶

A interpretação de normas pode ser entendida em um sentido estrito, no qual a busca pela atribuição de significados ou de compreensão de uma norma apenas pode ocorrer quando o texto apresente dúvida, seja dúbio ou obscuro, de forma que não haveria o que interpretar se o texto for claro. Esse modo de interpretação lança à sombra a vontade da norma, e está muito ligado à ideia de que as palavras têm um significado próprio.

Em sentido amplo (lato), a interpretação de normas é empregada para atribuir significado à norma, independentemente de dúvidas ou controvérsias. Têm a compreensão de que conferir significado a uma norma sempre requer valorações, escolhas e decisões. Nega que as palavras têm apenas o significado atribuído por quem fez a norma, portanto reconhece que o significado é mutável.

A interpretação pode se dar também em sentido global⁸⁷, quando “não se trata só no desenvolvimento judicial do Direito de colmatar lacunas da lei, mas da adopção e conformação ulterior de novas ideias jurídicas que, em todo o caso, se tinham insinuado na própria lei, e cuja realização pela jurisprudência dos tribunais vai para além do plano originário da lei e o modifica em maior ou menor grau. Compreende-se que também um tal desenvolvimento do Direito «superador da lei» só deva ter lugar em consonância com os princípios directivos da ordem jurídica no seu conjunto; mais: muitas vezes será motivado precisamente pela aspiração a fazer valer estes princípios em maior escala do que aconteceu na lei”⁸⁸.

Há três formas de interpretação: a *autêntica* ou *legal*, que é “a realizada pelo próprio órgão que elabora os atos nos quais se contêm as normas, ou por um órgão hierarquicamente equivalente, ou por um órgão hierarquicamente superior”⁸⁹; a *jurisdicional* é a feita pelos tribunais enquanto órgão de aplicação do Direito no seu mister de resolução de conflitos judiciais; a *doutrinária* é aquela realizada por juristas, professores, advogados e pelas demais pessoas e, em tese, não dispõe de qualquer carácter vinculativo.

⁸⁶ CASTANHEIRA NEVES, António – **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 140.

⁸⁷ Karl Larenz considera a interpretação global como um método de desenvolvimento do Direito.

⁸⁸ LARENZ, Karl – **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 519.

⁸⁹ RODRIGUES, Luiz Barbosa – **Introdução ao Direito: interno e internacional**, p. 200.

Em termos de propósito, tem-se classificado como *objetivista* a interpretação que busca o sentido derivado da vontade ou intenção da norma jurídica e *subjetivista* que perquire o sentido derivado da vontade ou intenção do produtor da norma jurídica; *atualista*, aquela interpretação que busca o atual sentido da norma, permitindo, assim, uma adaptação e consequente perenidade da norma jurídica; considera-se como *historicista* aquela que perquire o sentido da norma jurídica no momento da sua criação.

Quanto aos resultados da interpretação, adotamos a classificação realizada por João Baptista Machado⁹⁰, que apresenta as seguintes modalidades: declarativa, extensiva, restritiva, revogatória ou ab-rogante, enunciativa.

A *declarativa* é aquela que se limita a escolher um dos sentidos que a norma direta comporta. A *extensiva* considera que a letra da norma se encontra aquém do espírito da lei, de forma que alarga ou estende o texto da norma. A *restritiva*, ao contrário da extensiva, pressupõe que o autor da norma jurídica adotou um texto que atraiçoa seu pensamento, já que diz mais do que em realidade pretendia dizer. A *revogatória* é aquela que sacrifica a norma jurídica ou parte dela; ocorre quando não é possível realizar qualquer interpretação corretiva. *Enunciativa* é a interpretação que infere aquilo que está contido virtualmente na norma jurídica e pode se valer dos seguintes tipos de argumento: “*a maiori ad minus*” a lei permite o mais e também permite o menos; “*a minori ad maius*” a lei proíbe o menos também proíbe o mais; “*a contrario*” é exceção para certos casos, “em que há um princípio-regra de sentido oposto para os casos não abrangidos pela norma excepcional. Assim, a partir de uma norma excepcional, deduz-se a contrário que os casos que ela não contempla na sua hipótese seguem um regime oposto, que será o regime-regra”⁹¹.

São diversas as teorias hermenêuticas de interpretação, contudo, ao que é central no presente estudo, abordaremos de forma sucinta a interpretação conforme a Constituição, já que essa forma entendida “em sentido amplo, pode, ao menos em teoria, operar também ao nível do desenvolvimento autónomo do Direito”⁹².

“Filial-se ao gênero das técnicas decisórias intermediárias, porquanto seu uso pressupõe e orienta-se pela função primordial de afastar a produção de resultados inconstitucionais. Para assim fazê-lo, a interpretação conforme à Constituição se vale da

⁹⁰ MACHADO, João Baptista – **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**, p. 185-188.

⁹¹ *Ibid.*, p. 187.

⁹² MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 289.

diferença entre texto e norma, nisso compreendidas distinções correlatas, como disposição e norma, texto legislativo e programa normativo etc. Pressuposto hermenêutico este que, de resto, fundamenta técnicas decisórias intermediárias congêneres, como a declaração parcial qualitativa de inconstitucionalidade”⁹³.

Nos casos em que são possíveis duas interpretações, há de se optar por aquele que a torna compatível com a Constituição, assim como procura afastar a produção de resultados extremos como a inconstitucionalidade, que revela uma forma de falência da norma jurídica, por isso a interpretação da norma conforme a Constituição “mais do que um princípio especial conexo com a fiscalização da constitucionalidade das normas legais, constitui, portanto, um princípio regra de aplicação da lei em geral”⁹⁴.

Há tempos a análise constitucional não se resume mais a tão somente apontar a incompatibilidade com a Constituição⁹⁵ e, portanto, expurgar a norma jurídica inconstitucional do ordenamento jurídico. Atualmente, o que se exige, em especial da jurisdição constitucional, é a feitura de funções positivas de recomposição interpretativa e integração normativa do ordenamento jurídico, até pelo princípio da conservação da norma jurídica.

Rui Medeiros conceitua a interpretação conforme a Constituição como uma obrigação “do intérprete a tomar inclusivamente em consideração os princípios constitucionais na tarefa de interpretação de toda e qualquer norma infra-constitucional, material ou procedimental... devendo tomar em consideração, não só as restantes disposições da mesma lei, mas também toda a ordem jurídica. Isso significa que, além da conexão horizontal, se deve também ter em consideração a chamada conexão vertical”⁹⁶.

Dessa forma, a interpretação de norma jurídica deve perscrutar a razão mais profunda da disposição constitucional, afastando-se da frieza da lei, e aproximando-se, cada vez mais, das ideias que informam a ordem constitucional, de forma a integrar a norma jurídica no tempo e na realidade da sociedade e de sua Constituição. Até porque “as normas constitucionais, já o sabemos, não se dirigem apenas ao legislador e não existe qualquer espécie de Muro de Berlim entre a ordem constitucional e a ordem jurídica em geral. A

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.524/DF**. Relator: Gilmar Mendes. Julgamento: 15-12-2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 06-04-2021, p. 32.

⁹⁴ MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**, p. 289.

⁹⁵ Importa registrar que há uma presunção relativa de constitucionalidade da norma jurídica.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 295-296.



tradicional dicotomia constitucionalidade/legalidade encontra-se hoje superada pela ‘ideia de osmose constituição/lei’⁹⁷.

Riccardo Guastini⁹⁸ traz contribuições relevantes para a compreensão das dinâmicas entre interpretação e argumentação jurídica. Estabelecendo como essas duas práticas, embora com frequência entrelaçadas no dia a dia do Direito, desempenham papéis distintos na análise e aplicação das normas jurídicas.

Como observado, a interpretação jurídica é o processo pelo qual se busca determinar o significado de uma norma legal. Este processo é intrinsecamente ligado ao texto da lei e envolve a análise de sua linguagem, contexto e propósitos. Os métodos de interpretação, como gramatical, sistemático, teleológico e histórico, são empregados para extrair o sentido das palavras e frases dentro do contexto mais amplo do ordenamento jurídico.

De forma clara, o objetivo da interpretação é estabelecer um entendimento claro do que a lei diz e como ela se aplica a diferentes situações.

Por outro lado, a argumentação jurídica envolve a construção de razões que justificam a escolha de uma determinada interpretação de uma norma em detrimento de outras possíveis. A argumentação não busca apenas identificar o significado da lei, mas também fornecer uma base racional e lógica que suporte a aplicação da lei de uma maneira específica. Isso inclui o uso de princípios legais, precedentes judiciais, costumes e considerações de justiça e equidade para persuadir juízes, advogados e partes envolvidas de que uma certa interpretação é a mais adequada ou justa em um caso concreto.

Embora a interpretação e a argumentação estejam com frequência interconectadas, Guastini⁹⁹ destaca uma distinção importante. A interpretação é um ato mais contido, focado em discernir o significado do texto legal. Já a argumentação é um exercício mais expansivo, que utiliza a interpretação como seu ponto de partida para então construir um caso convincente em torno dessa interpretação escolhida.

A argumentação é, portanto, uma camada adicional que não apenas explica, mas também defende por que uma interpretação particular deve prevalecer.

⁹⁷ MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**, p. 297.

⁹⁸ GUASTINI, Riccardo – **Interpretar e argumentar**. 3.^a reimp. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 22, 239-272.



A distinção de Guastini tem implicações práticas significativas para a prática jurídica. Ela sugere que os juristas devem ser meticolosos na separação de suas atividades interpretativas das argumentativas.

Isso implica uma necessidade de clareza na fundamentação das decisões judiciais, em que a interpretação deve ser bem delineada antes de ser defendida por meio da argumentação. Tal abordagem promove maior transparência e compreensibilidade nas decisões judiciais, permitindo que as partes e o público entendam não só qual interpretação foi adotada, mas também por que ela foi considerada a mais apropriada.

A integração de normas jurídicas é um processo fundamental no Direito que visa suprir as lacunas legislativas, ou seja, situações que não foram expressamente previstas pelo legislador.

António Pedro A. Ferreira explica que, “Contrapondo a impossibilidade de o Direito prever e regular todas as situações juridicamente relevantes, possivelmente decorrentes da vivência social, com a impossibilidade consagrada no artigo 8.º, n.º 1 Código Civil, de os tribunais se absterem de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei (ou, sequer, alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio, ou usualmente designado *non liquet*), resulta evidente a necessidade de existirem mecanismos que permitam suprir as eventuais *ausências de legislação* do sistema jurídico.”¹⁰⁰

Dessa forma, por meio da integração, o aplicador do Direito busca soluções adequadas e coerentes com o sistema jurídico para resolver casos não contemplados de forma direta pela legislação. Esse processo não só garante a aplicabilidade contínua e efetiva do Direito, mas também contribui para a sua evolução e adaptação às mudanças sociais e tecnológicas.

A analogia é uma técnica de integração que consiste em aplicar a uma situação não regulamentada uma norma que regula casos semelhantes. O uso da analogia pressupõe uma similaridade essencial entre as situações, permitindo que se estenda a aplicação de uma norma a casos análogos.

Há dois tipos principais de analogia: *analogia legis*: aplica uma norma específica de um caso semelhante; *analogia juris*: aplica um princípio geral extraído de um conjunto de normas semelhantes.

¹⁰⁰ FERREIRA, António Pedro Azevedo – A determinação da solução jurídica. In ROSÁRIO, Pedro Trovão do [et al.] – **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 275-324, p. 315.

A analogia é essencial para manter a justiça e a equidade no Direito, preenchendo espaços que, se deixados vazios, poderiam levar a resultados injustos ou contraditórios.

Quando não é possível utilizar a analogia, recorre-se aos princípios gerais do Direito. Esses princípios são alicerces do sistema jurídico, refletindo valores fundamentais que orientam a interpretação e a aplicação das normas. Os princípios gerais do Direito funcionam como verdadeiras diretrizes para a ação jurídica, preenchendo lacunas ao indicar soluções que, embora não especificadas, são consistentes com o espírito da legislação.

Os costumes representam práticas que, por serem reiteradas e consideradas obrigatórias pela comunidade, assumem papel normativo. A integração por costumes ocorre para suprir lacunas quando a lei se omite, ou até mesmo quando os costumes complementam a lei ou a estas empregam outro sentido, conforme se evidenciará no decorrer da presente pesquisa. A equidade é utilizada como método de integração em circunstâncias em que a aplicação rígida da lei levaria a um resultado percebido como injusto ou inadequado para o caso concreto. Invocar a equidade permite ao juiz adaptar a decisão às necessidades específicas do caso, mantendo a decisão justa e proporcional.

O Código Civil Português, artigo 10.º, n.º 3, prevê que, “Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”.

Diogo Freitas do Amaral comenta que “essa fórmula tem, inegavelmente, várias vantagens: permite sempre encontrar uma solução jurídica para *qualquer* caso omissivo; vincula a formulação da norma hipotética ao ‘espírito do sistema’ – o qual consta da Constituição, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (CRP, art. 165, n. 2) e dos princípios gerais de Direito –; e, por último, evita o casuísmo intuitivo do juiz, ao não permitir a decisão livre do intérprete, antes impondo-lhe a obrigação prévia de formular a norma hipotética, *como se fosse ele mesmo o legislador*”¹⁰¹.

A integração de normas jurídicas é vital para a continuidade e eficiência do sistema legal. Ela permite que o Direito se adapte a situações novas e em constante mudança sem a necessidade de intervenção legislativa imediata, facilitando a aplicação da justiça de forma adaptativa e responsiva às necessidades sociais.

¹⁰¹ AMARAL, Diogo Freitas do – Artigo 10º - Integração das lacunas da lei. In PRATA, Ana [et al.] – **Código Civil Anotado**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 27-30. Vol. 1, p. 30, grifos do autor.



Além disso, a integração contribui para a coesão do sistema jurídico, assegurando que todas as situações possam ser resolvidas de maneira equitativa e conforme os princípios e espírito do sistema (constitucional) que regem a sociedade.

A integração de interpretação, argumentação e integração no Direito revela a complexidade do pensamento jurídico necessário para a aplicação efetiva e justa da lei. Cada elemento sustenta e enriquece os outros, criando um quadro jurídico dinâmico que se adapta às necessidades sociais e evoluções tecnológicas. Esse entendimento multifacetado é crucial para juristas que buscam não apenas resolver casos concretos, mas também moldar a aplicação futura da lei de maneiras justas e que atendem os objetivos e preceitos da Constituição, em especial da dignidade humana e da construção de uma sociedade melhor.

1.2 TEORIA DAS CONSTITUIÇÕES – FUNDAMENTAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

1.2.1 A Constituição como norma fundamental

É certo que nem sempre existiu uma nítida separação entre Rei e Reino. A Idade Média foi caracterizada “pela dispersão do poder por corpos políticos-sociais autónomos, em que cada corpo gera o seu próprio ordenamento jurídico”¹⁰². Houve um longo período na história mundial em que a sociedade transferia os seus poderes ao soberano.

O marco constitucional acontece em 1215, quando João Sem Terra trava luta com os barões e prelados, culminando com a assinatura da Magna Carta, composta por 63 artigos que estabeleceram garantias e limitações à autoridade do Rei.

Em 1689, adentra ao mundo jurídico o *Bill of Rights*, também na Inglaterra, podendo se dizer que foi o primeiro documento que mais se aproxima do sentido atual de Constituição, em especial porque limitava o poder do Rei por meio do parlamento, reforçando, portanto, o princípio da separação de poderes e definindo Direitos tidos como naturais e imprescritíveis, entre eles a igualdade, liberdade, a propriedade, a segurança e o Direito à resistência quanto à opressão.

A discussão sobre a origem da primeira Constituição escrita é marcada por divergências interessantes entre os historiadores do Direito. Enquanto alguns argumentam que a Suécia foi pioneira nesse campo com a sua Constituição de 1720 (aqui corrigindo o ano de

¹⁰² VAZ, Manuel Afonso – **O que é a Constituição hoje**. 2.^a ed. Porto: Universidade Católica, 2015, p. 29.



1722 para o mais preciso 1720), conhecida como o Regulamento de Governo (*Instrument of Government*), que estabeleceu os fundamentos do sistema de governo sueco; outros apontam para a Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada em 1787, como a primeira Constituição escrita a estabelecer um governo nacional, delineando uma estrutura federal de governo e incorporando princípios de separação de poderes e federalismo.

Contudo, um elemento com frequência subestimado nessa discussão é a Constituição da Córsega de 1755. Sob a liderança de Pasquale Paoli, a Córsega adotou uma Constituição que não apenas estabelecia um governo democrático, mas também incorporava ideias avançadas para a época, como o sufrágio universal masculino, a separação de poderes e a garantia de Direitos civis. Essa Constituição precedeu tanto a americana quanto a francesa, servindo como exemplo notável de pensamento constitucional no século XVIII.

Além disso, a Constituição da França de 1791, que se seguiu à americana, marca outro marco importante, ao tentar consolidar os princípios da Revolução Francesa em um documento que definia os Direitos dos cidadãos e a organização do poder político. Essa Constituição reflete as tensões e as aspirações de uma sociedade em transformação profunda, procurando estabelecer um regime baseado na igualdade legal, na soberania nacional e na divisão de poderes.

Assim, ao considerar a história das Constituições escritas, é fundamental reconhecer a diversidade e a riqueza dos experimentos constitucionais do século XVIII. A Constituição da Córsega de 1755, em particular, merece destaque por sua natureza pioneira e pelas ideias progressistas que anteciparam muitos dos conceitos que seriam consolidados nas subsequentes Constituições dos Estados Unidos e da França. Esta abordagem mais ampla permite uma apreciação mais rica do desenvolvimento do constitucionalismo, reconhecendo a contribuição de diferentes contextos e tradições na evolução do pensamento político e jurídico moderno.

Na atualidade, têm-se que uma Constituição é “um divisor jurídico de águas; ou seja, a primeira classificação que se faz sobre o Direito legislado é com os olhos postos na Constituição, no sentido de que há um Direito-Constituição e um Direito pós-Constituição”¹⁰³. É, portanto, uma lei fundamental, com aspetos mais profundos e promulgação legislativa diferente de qualquer outra lei.

¹⁰³ BRITTO, Carlos Ayres – **Teoria da Constituição**, p. 95.



Seguindo o pensamento de Ferdinand Lassalle, para que uma lei seja fundamental é necessário que ela “constitua – pois de outro modo não mereceria ser designada por fundamental – o verdadeiro fundamento das outras leis; isto é, se realmente pretende ser merecedora desse nome, deverá informar e gerar outras leis comuns que nela se baseiam. A lei fundamental, para sê-lo deverá, pois, actuar e irradiar por meio das leis comuns do país”¹⁰⁴.

Dessa forma, se as outras normas de um país devem se basear nos termos de uma Constituição, isso quer dizer que essa Constituição é uma lei fundamental. Mas não se tratará apenas disso.

Para tanto, usa-se aqui o conceito de que normas são, *grosso modo*, regras a serem seguidas por uma determinada sociedade, e a lei a forma escrita da norma que passou pelo processo legislativo formal, além de abranger as sanções ao seu descumprimento.

Ser fundamental constitui na ideia de que é necessário que seja de uma determinada forma, diferente das coisas que são casuais que acontecem a qualquer modo. Quando se trata, por exemplo, das leis que nascem a partir de uma Constituição, é necessário que elas tenham fundamento e sejam da forma necessária de ser, de acordo com o que a Constituição dispõe que seja, não podendo haver, ali, normas que não sigam a Constituição como fundamento ou que surjam como mera casualidade.

Na teoria da Constituição, como outros fenómenos, não há uma definição unitária do que é uma Constituição. Em primeiro momento, partindo de uma visão simplesmente jurídica, a Constituição é uma norma jurídica com força hierárquica superior às demais normas, o que, de certa forma, se coaduna com a definição positivista de Hans Kelsen, em que “a Constituição define quem elabora as normas e como elas vão ser elaboradas”¹⁰⁵. De outro e mais amplo ângulo, a Constituição é o conjunto de conteúdos valiosos, como os Direitos fundamentais, a limitação do exercício do poder político e da organização e separação dos poderes.

Levando em consideração o momento contemporâneo em que estamos inseridos, a Constituição pode ser definida, então, como uma norma fundamental que rege um Estado e é revestida de supremacia. Tem por objetivo legitimar e regular o poder político, além de limitá-lo e delinear os princípios norteadores da sociedade.

¹⁰⁴ LASSALLE, Ferdinand – **O que é uma Constituição**. Lisboa: Escolar, 2013, p. 74.

¹⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula de – **Curso de Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 12.



A Constituição revestida de supremacia é a norma maior no ordenamento jurídico, nascida de um processo legislativo mais complexo, já que é a norma que dará fundamento às outras e restantes normas. É a Constituição que define o regime político de um Estado e regulamenta a forma como se dará a convivência entre quem governa e quem será governado.

A limitação desse poder político acontece quando a Constituição organiza e delimita os poderes e suas respectivas competências por meio de princípios jurídicos e axiológicos; “é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos Direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”¹⁰⁶.

Segundo Carlos Blanco de Moraes, a Constituição faz essa limitação e regulamentação “disciplinando as suas instituições fundamentais no que respeita à designação de titulares, exercício de competências e relações de controle interorgânico”¹⁰⁷.

Não se olvide que a Constituição ostenta um carácter de norma supralegal enquanto exige que as normas constitucionais não podem ser contrariadas ou ignoradas (por ação ou omissão) tanto pelos particulares quanto pelo poder público, revelando, portanto, um sentido muito forte em sentido de Direito.

Entretanto, a Constituição como norma fundamental não pode significar uma norma absolutamente abrangente, onipresente; não pode regular totalmente as instituições e muito prever ou estabelecer com precisão as linhas ou diretrizes a serem seguidas no futuro, porque isso converteria a Constituição em um “código” inabarcável, inobstante representaria abandonar o reconhecimento de que as circunstâncias se alteram com o tempo e, por vezes, exigem soluções novas.

Por isso, a Constituição enquanto norma fundamental contém normas com força vinculante que estão formadas por um nível de generalidade que permite, na maioria das vezes, uma ampla pluralidade de opções para consecução de suas normas/objetivos, assemelhando-se dessa forma a um programa político.

Por isso, não necessariamente a Constituição assume a figura do ápice da pirâmide, mas sim “deve ser concebida como a centrosfera do agrupamento de fontes jurídicas, representando um elemento de conformação e de fixação das órbitas dos demais elementos

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 51.

¹⁰⁷ MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2018. Tomo II, p. 16.



decisórios. É ao redor dela que se estabelecem as órbitas nas quais flutuam os demais ramos do Direito”¹⁰⁸.

Essa exigência implica reconhecer a norma fundamental como uma espécie de âncora, que com o olhar da realidade busca soluções dentro de uma área delimitada, sendo que ultrapassar essa delimitação pode implicar na inconstitucionalidade ou até subversão da Constituição.

1.2.2 Constituição em sentido material e em sentido formal

Podemos definir a Constituição em sentido material como o conjunto de princípios/preceitos estruturantes da comunidade social em que estão presentes os aspetos fundamentais e metaéticos que regem o poder político, considerando o regime político, as competências de cada órgão público, seus determinados fins, a forma como se dará a permanência de representantes ou autoridades munidas de poder, além de limitações e controlo de poder em todos os níveis. É “aquilo que lhe confere substância e identidade”¹⁰⁹.

Sobre a estrutura da sociedade, a Constituição em sentido material versa sobre a relação das pessoas com o poder público. Dessa forma, são expostos os Direitos fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, em que os titulares são as próprias pessoas do povo e que fazem valer tais Direitos frente ao poder público em todas as suas esferas.

Nesses Direitos fundamentais estão incluídos os Direitos civis, Direitos políticos, sociais, as liberdades e garantias. Pode-se citar aqui o Direito à vida, à intimidade, liberdade religiosa e de expressão, Direito a associar-se livremente, entre muitos outros.

Por isso, é certo que a Constituição material “alberga todo o Direito relativo, de um lado, à organização do poder político e, de outro lado, às relações deste com a comunidade política, independentemente da forma, constitucional ou infraconstitucional, assumida”¹¹⁰. Portanto, a Constituição material impacta em reconhecer a dissociação entre a mera extensão do texto para se fixar no conteúdo das normas constitucionais.

Por essa perspectiva, entende-se que a Constituição em sentido material carrega em si a identidade do Estado, junto de toda estrutura e organização do regime político e forma de

¹⁰⁸ ZANON JUNIOR, Orlando – **Teoria Complexa do Direito**. 3.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blacnh, 2019, p. 176.

¹⁰⁹ MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional: Estado e Constitucionalismo, Constituição e Direitos Fundamentais**, p. 117.

¹¹⁰ RODRIGUES, Luis Barbosa – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**, p. 85.



governo. Ademais, é interessante destacar que essa característica de Constituição em sentido material não é privativa de estados democráticos, estando presente em outras Constituições independentemente do regime político.

A Constituição em sentido formal carrega consigo normas solenes revestidas de hierarquia e de uma supremacia em relação às demais normas, sendo inclusive a essência da limitação de poderes que se traduzem “no poder jurídico de resistência das normas constitucionais à sua revogação por normas de valor distinto e deriva do facto de o respectivo processo de alteração assumir carácter especial e agravado, em relação ao processo legislativo comum”¹¹¹.

É por meio da Constituição formal que se procura tornar mais difícil a modificação legislativa das normas constitucionais. Para tanto, “leva-se em consideração tão-somente a forma pela qual as normas são produzidas. Não importa saber qual o seu conteúdo, desde que sejam elaboradas por um processo legislativo mais dificultoso que o previsto para as leis infraconstitucionais, as normas serão consideradas constitucionais”¹¹².

A Constituição formal, quando analisada exclusivamente sob o seu prisma, muito embora aparente limitar o poder público no que atine a criação, modificação ou extinção de normas ou Direitos constitucionais, já que exige procedimento legislativo complexo, não mais pode ser dissociada da Constituição material, sob pena de, ainda que o procedimento legislativo esteja formalmente de acordo com a Constituição, o seu aspeto material não o corresponda. Razão pela qual a Constituição em sentido material e a Constituição em sentido formal são complementares entre si.

1.2.3 Constituição instrumental e não instrumental

Quanto à codificação normativa, a forma propriamente dita das normas constitucionais, fala-se em Constituição instrumental e em não instrumental. Considera-se Constituição instrumental quando todas as normas e princípios constitucionais estão reunidos em um único documento escrito chamado de constitucional ou outro termo equivalente. Já a Constituição não instrumental é aquela que tem suas normas constitucionais em documentos esparsos e autônomos, situação em que o conjunto dessas é chamado de “lei constitucional”.

¹¹¹ MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 41.

¹¹² NOVELINO, Marcelo – **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008, p. 51.



Importa registrar que não se confunde o termo *Constituição* em sentido formal com a *Constituição instrumental*. Apesar de serem aspetos complementares entre si, uma Constituição formal não necessariamente é instrumental, ou o inverso.

Nesse sentido, é possível que uma Constituição instrumental, aquela em que todas as suas normas e princípios estejam reunidos em um único documento escrito, não seja completamente formal. Ou seja, podem conter dentro do texto constitucional normas que não detêm de força maior e podem ser alteradas por meio de um processo legislativo comum.

O mesmo pode ocorrer com a Constituição não instrumental. Tal Constituição pode ser formal mesmo não tendo todas as suas normas reunidas em um único documento; ou, ainda, pode ser que nenhuma das normas constitucionais sejam consideradas formais.

Existem outras hipóteses dentro do termo *Constituição instrumental*, apresentadas por Jorge Miranda, que abrangem mais do que todas as normas reunidas em um só documento. As normas constitucionais em sentido instrumental [1] “podem constar de um texto chamado constituição e de textos posteriormente elaborados (mormente, por via de revisão), formando todos uma unidade”¹¹³ e [2] “podem constar de um texto chamado constituição e de textos anteriores, mantidos ou elevados por normas naquele consignadas à categoria de constitucionais”.

Na primeira hipótese, é possível se falar das emendas constitucionais, que são normas feitas após a revisão do documento constitucional e adicionadas com força hierárquica junto ao documento original. Além disso, pode haver também outras normas que estão de fora do texto constitucional, mas que a própria Constituição lhes atribui valor de norma constitucional por seu conteúdo.

Na segunda, pode-se considerar aqui o caso de tratados internacionais, que, ratificados pelo país, podem se fazer valer no território com força de norma constitucional, figurando na mesma posição hierárquica em relação às outras leis no ordenamento jurídico.

1.2.4 Constituição rígida e flexível

É possível classificar a Constituição quanto à sua forma processual de modificação em rígida e flexível.

¹¹³ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito constitucional**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1988. Tomo II, p. 29.



A Constituição rígida é aquela em que, para sua modificação, existe um processo legislativo solene e mais complexo, de certa forma mais grave e mais rigoroso, diferente do processo legislativo das leis ordinárias.

Isso se dá porque o poder constituinte atribuiu às normas constitucionais grande valor quanto ao seu conteúdo e precisam de uma determinada segurança e garantia de que não serão deliberadamente alteradas ao mero gosto de quem detiver o poder público.

Dentro ainda do conceito de *Constituição rígida*, há de se falar sobre o termo *hiper-rígida*. Trata-se de uma Constituição com limites mais severos quanto à sua alterabilidade. Nessa classificação podem ser propostos limites inclusive temporais de modificação, o que inclui aqui as cláusulas pétreas: normas que têm sua modificação vedada ou limitada.

André Ramos Tavares diz que “a super-rigidez caracteriza-se pela pretensão de eternidade, pela impossibilidade de alteração. A norma constitucional super-rígida é imutável, perene. A super-rigidez, contudo, pode ser absoluta (super-rigidez verdadeira) ou temporária (super-rigidez falsa)”¹¹⁴.

Luis Barbosa Rodrigues tipifica a Constituição portuguesa de 1976 como uma Constituição hiper-rígida, “considerada a exigência de um procedimento de revisão constitucional – ou de transição constitucional – manifestamente distinto dos procedimentos legislativos ordinários (art. 284.º, segs.). Depois, constatada a previsão de limites relativos ao conteúdo dessa vicissitude constitucional, expressos, extensos, e comparatisticamente invulgares (288.º)”¹¹⁵.

A pretensão de tipificação da Constituição escrita em hiper-rígida merece cautela, sob pena de pretender-se fazer com que o futuro seja um futuro do passado, dificultando a própria adaptação da Constituição ao tempo e evolução da sociedade.

A Constituição flexível é aquela que “permite a modificação de suas normas pelos processos legiferantes ordinários. Nesse caso, as leis criadas pelo parlamento passam a ter o mesmo valor das leis constitucionais”¹¹⁶.

A flexibilidade como tipologia constitucional, embora encontre possibilidade das Constituições escritas, é mais comum nas Constituições costumeiras.

¹¹⁴ TAVARES, André Ramos – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 245.

¹¹⁵ RODRIGUES, Luis Barbosa – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**, p. 86.

¹¹⁶ NOVELINO, Marcelo – **Direito Constitucional**, p. 51.



1.2.5 Constituição semirrígida

Essa classificação constitucional também diz respeito ao modo como se dá o processo modificativo das normas constitucionais. Isto posto, uma Constituição semirrígida é aquela que tem parte de seu texto constitucional que só pode ser alterado pela forma rígida e mais agravada e outra parte que pode ser alterada com o processo legislativo simples como das demais normas infraconstitucionais.

Um exemplo é a Constituição brasileira de 1824, outorgada por D. Pedro I, que definia que apenas as normas que tratavam de Direitos fundamentais e limites do poder público é que deveriam seguir a forma rígida de alteração. O restante do corpo constitucional poderia ser alterado de forma branda.

1.2.6 Constituição utilitária e programática

Nesses critérios, fala-se da Constituição quanto a sua finalidade, sua forma fim, a estrutura em que as normas serão aplicadas no Estado em que está inserida. Aqui se incluem as tarefas práticas do poder público em relação à atuação governamental na vida da sociedade governada.

A Constituição utilitária é aquela que estabelece os limites do poder político. A divisão dos poderes determina as funções do Estado e de seus órgãos públicos e os Direitos e garantias fundamentais das pessoas – mas sem um cunho ideológico muito explícito. Na verdade, vê-se nesta Constituição um apelo neutro e mais contido no que tange à intervenção estatal.

Essa vertente utilitária da Constituição está instalada em uma visão filosófica garantista, em que sua função principal é garantir a estabilidade das leis e limitar o poder político (se em um regime democrático). Com esse pensamento, esse tipo constitucional tem um viés mais otimista em relação à autodeterminação da sociedade civil; assim, as virtudes daquela comunidade social são criadas em coletividade entre as pessoas e não parte de iniciativa constitucional.

Da mesma forma, há uma visão mais descrente quanto a essas tais virtudes partirem pela intervenção estatal, o que faz com que elas, quando no poder público, sejam derivadas das opções políticas daqueles que ocupam o poder e não da própria Constituição.



Por isso, a Constituição utilitária se encarrega de estabelecer as regras básicas de organização estatal sem que haja manifestação de carácter ideológico sobre o mínimo para funcionamento do sistema, como: justiça, segurança e o bem-estar social. São, em suma, Constituições concisas e sintéticas, cujos textos são diretos e didáticos quanto às regras que farão o sistema funcionar.

Programática é a Constituição que incumbe a si o propósito de transformação social. Dessa maneira, são estabelecidas constitucionalmente tarefas e deveres do Estado para que sua atuação alcance a promoção dos Direitos sociais dos cidadãos e a organização económico-social. Há uma atuação intervencionista estatal junto de conteúdo ideológico imposto pela norma constitucional, além, ainda, da estruturação do poder político com seus limites e funções e a garantia dos Direitos fundamentais.

Também chamadas de “Constituições sociais”, as Constituições programáticas partem de uma visão mais cética da capacidade da sociedade se autodeterminar e estabelecer virtudes, como bem-estar social, justiça e outros valores positivos por si só; por outro lado, acreditam na capacidade estatal, pela intervenção, de fazer valer essas mesmas virtudes por meio das tarefas estabelecidas constitucionalmente.

As tarefas estabelecidas constitucionalmente são de cunho ideológico e visam à transformação coletiva, ao progresso social e ao combate às desigualdades. A atuação do Estado, segundo esse tipo constitucional, deve fornecer ao povo as oportunidades necessárias de desenvolvimento económico e social, garantindo os meios jurídicos e financeiros para tais realizações. Nesse modelo têm-se como exemplo a Constituição Federal brasileira de 1988 e a Constituição portuguesa de 1976.

A tipologia de Constituição programática costuma ser associada ao carácter dirigente da Constituição, que em tese comanda e impõe a realização de metas e programas pelo Estado. Entretanto, conforme destaca Canotilho, as Constituições “perderam um pouco de sua força dirigente, ainda que não tenham deixado de ser diretivas”¹¹⁷. Há que se anotar que a tese que, a princípio, Canotilho propunha de Constituição Dirigente foi, ao menos em parte, revista ao se propor a “substituição de um Direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz,

¹¹⁷ *Apud* NOVELINO, Marcelo – **Direito Constitucional**, p. 53.



por meio de outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade – onde ela não se realizou nas condições complexas da pós-modernidade”¹¹⁸.

1.2.7 Constituições sintéticas e prolixas

Essa é a classificação acerca do tamanho dos textos constitucionais. A Constituição que trata de todos, ou quase todos, os assuntos e temas referentes a uma sociedade com certeza tem um texto mais longo e denso. A Constituição que se limita a estruturar o poder político e garantir certos Direitos fundamentais evidentemente possui um conteúdo mais enxuto.

Sendo assim, a Constituição sintética, por ser o texto constitucional que se incumbe de falar apenas das regras mínimas para o bom funcionamento do sistema, sem muito se ater às atividades estatais e sem cunho ideológico, é o que se chama de Constituição sintética quanto à sua extensão: possui um texto mais curto e objetivo.

O contrário disso é o caso da Constituição prolixa, que, por tratar de muitos temas, alguns inclusive alheios ao Direito constitucional, mas que dizem respeito à organização estatal e social, tratando com minúcias de regulamentação, procuram, no mais das vezes, dotar certos institutos de proteção eficaz.

Há que se ter em consideração que quanto maior for o grau de cultura constitucional de uma sociedade, mais sintética, em tese, poderá ser a sua Constituição. Isso não significa, entretanto, qualquer demérito ao carácter prolixo, já que, por essa característica, pode ser atingido o progresso social por meio do Direito.

1.2.8 Constituições normativas, nominais e semânticas

Karl Lowenstein, analisando as existências constitucionais em seu carácter ontológico e avaliando o grau de correspondência entre as normas constitucionais escritas e a realidade, designou as tipologias de normativas, nominais e semânticas.

Considera-se *normativa* aquela que apresenta sintonia entre as normas constitucionais e a realidade da sociedade, gerando, em simultâneo, limitação ao poder e previsão de Direitos aos cidadãos, que devem ser observados e cumpridos, de tal forma que “a comunidade política revê-se no texto constitucional, reconhecendo-lhe força vinculativa e, por isso,

¹¹⁸ *Apud* BINENBOJM, Gustavo – **A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 6.

sujeita-se aos comandos constitucionais. Desta feita, estamos perante um tipo de Constituição que é vívida e é juridicamente vigente”¹¹⁹.

Se, por um lado, tem-se a Constituição normativa cujo conteúdo está em consonância com a realidade em que está inserida; por outro, as *Constituições nominais* apresentam normas desprovidas de aplicabilidade e efetividade, não se adaptando à realidade constitucional; as normas constitucionais são um mero nome.

Para além da Constituição nominal, existem as *Constituições semânticas*. Essas, por sua vez, são Constituições que se limitam a regular a estrutura do poder político, suas funções dentro do sistema e alguns Direitos fundamentais, e legitimam o regime autocrático inserido no contexto social e real daquele Estado.

A categoria de Constituição semântica converte-se em uma espécie de símbolo estatal, já que seu propósito é retratar o momento histórico-cultural-político em que foi elaborada, almejando eternizar esse momento, conferindo estabilidade à intervenção dos dominadores de fato na sociedade; em consequência disso, a capacidade de adaptação à realidade constitucional da sociedade é nula.

Entretanto, “por terem elementos de democracia política e de pluralismo político, conseguem evoluir para uma Constituição normativa, como terá sido o caso da Constituição portuguesa vigente”¹²⁰.

1.2.9 Constituição política, jurídica, sociológica simbólica, com força normativa, aberta e de conceção cultural

A Constituição política, segundo Carl Schmitt, surge de uma decisão política, e não de normas, separando-se, portanto, Constituição – que é o resultado da manifestação política do poder político ao decidir sobre as estruturas do Estado – e lei constitucional, que é a Constituição escrita em si.

Assim, nessa tipologia, a Constituição se dá desde logo ao decidir politicamente o poder constituinte sobre a organização, limites e funções do Estado e seus órgãos públicos. A Constituição é o que decide a forma unitária de governo, antecedida de uma decisão feita pelo poder constituinte, e as outras matérias que estão no texto constitucional e que não tratam da organização do poder político. São consideradas constitucionais apenas por ali estarem, já que

¹¹⁹ VAZ, Manuel Afonso – *O que é a Constituição hoje*, p. 63.

¹²⁰ *Ibid.*, loc. cit.



poderiam estar descritas em outra legislação de forma que “a essência da Constituição não reside, pois, numa lei ou numa norma; reside na decisão política do titular do poder constituinte (isto é, do povo em democracia e do monarca em monarquia)”¹²¹.

Em sentido completamente diverso é a visão de Constituição jurídica, cujo expoente é Hans Kelsen. Nessa tipologia, o Direito está em norma, e a norma é fundamentada em outra norma hierarquicamente superior; aqui a norma superior é a Constituição.

Dentro do conceito da *Constituição jurídica* estão as classificações de *Constituição jurídico-positiva* e *lógico-jurídica*. Pelo sentido jurídico-positivo, a Constituição é o documento escrito detentor das normas constitucionais que ocupam a posição mais alta no ordenamento jurídico, ou seja, que possui força hierárquica superior em forma de legislação. No conceito lógico-jurídico, a Constituição tem força hipotética, isto é, não precisa de outra norma com força hierárquica maior ainda para dizer que suas normas e valores devem ser respeitadas; ela por si só se expõe.

Michel Temer traz como exemplo de Constituição jurídica o conceito de dever-ser. Basicamente, o dever-ser é diferente do mundo do ser onde as leis da natureza têm seus antecedentes e suas consequências; por exemplo, ao se atirar um objeto ao ar este, naturalmente, cairá ao chão.

O dever-ser é o mundo em que as leis vivem e em que estão compostas as consequências de determinada ação humana. O autor conta, para exemplificar, que “ao antecedente ‘tirar a vida de outrem’, o homem poderá ligar consequentes diversos: será crime, importando sanção, se praticado por outrem sem norma que o autorize; será execução determinada pelo Estado se este abrigar pena de morte. Veja-se que a razão humana é que confere consequências diversas ao mesmo antecedente”¹²².

É possível, ainda, compreender a Constituição como uma espécie de duas almas¹²³, isto é, jurídica e política, uma que leva em conta o perfil social democrático, suas ambições, novos Direitos, e outra que se relaciona com a organização do poder.

A Constituição na tipologia sociológica é visão de Ferdinand Lassalle. Neste conceito, a Constituição é a representação social, ou deveria ser, dos valores daquela sociedade em que a Constituição está inserida.

¹²¹ MIRANDA, Jorge – **Teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 67.

¹²² TEMER, Michel – **Elementos de Direito constitucional**. 15.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 19.

¹²³ Roberto Gargarella e Paulo Ferreira da Cunha, entre outros.



Cumpra ressaltar aqui que Lassalle divide a Constituição em escrita e real. A Constituição escrita é a norma constitucional em documento, ou o seu conjunto de normas escritas, que pode estar em harmonia ou não com a sociedade. A Constituição real é a norma ou conjunto de normas que a sociedade segue ou, melhor dizendo, os fatores reais e efetivos de poder que podem estar na Constituição escrita ou não.

Nessa visão, a Constituição é a soma desses fatores reais de poder independentemente de estarem descritos de maneira explícita no texto constitucional ou não. Para ilustrar esse conceito, Lassalle¹²⁴ traz o exemplo de uma sociedade que tinha todas as suas normas jurídicas impressas, as originais ficavam no órgão público responsável e cópias foram distribuídas por todo o país. Em um súbito momento, um incêndio destruiu todos os arquivos, e não havia mais nenhum documento das leis já feitas naquela sociedade. Por óbvio, todas as normas teriam de ser escritas mais uma vez.

Mas a autoridade do poder público poderia simplesmente autuar novas legislações, inclusive totalmente diferentes das anteriores, sem que houvesse resistência do povo? Com certeza não. Nesse exemplo, a sociedade era regida pelo regime monárquico. Se, porventura, tentassem criar novas leis que extinguissem todo o poder e privilégios dos monarcas, possivelmente não seria efetiva. Enraizados naquela comunidade social, eram os monarcas quem detinham poderes em relação ao exército e tantos outros quesitos. Não é porque as leis escritas sumiram que a sociedade deixaria de segui-las, concluindo-se, portanto, que os monarcas e as pessoas daquela sociedade são os fatores reais de poder que formam a Constituição daquele lugar.

Esse é um exemplo interessante de se analisar pela perspectiva de que a Constituição escrita, se distante da realidade social, acaba por se tornar um mero pedaço de papel.

Por isso, a tipologia de Constituição sociológica exige reconhecimento amplo da relação entre os fatos sociais e o Estado; dito de outro modo, a soma dos fatores efetivamente presentes de poder que conduzem um Estado.

Segundo a concepção de Manuel Garcia-Pelayo¹²⁵, para uma Constituição deter a tipologia sociológica é necessário que [1] apresente antes de tudo uma forma de ser e não de dever-ser; [2] não seja o resultado do passado, mas sim a aderência das situações e instituições do presente, inclusive ou especialmente económicas; [3] a Constituição não se

¹²⁴ LASSALLE, Ferdinand – **O que é uma Constituição**, p. 76-77.

¹²⁵ GARCIA-PELAYO, Manuel – **Derecho Constitucional Comparado**. 3.^a ed. Madrid: Revista de Occidente, 1953, p. 46-53.

sustenta como uma norma transcendente, exigindo que a sociedade lhe confira legalidade, “rebelde à pura normatividade e impossível de ser dominada por ela, o ser, não de ontem, mas sim de hoje, tem sua própria estrutura ou da qual surge o que deve adaptar-se o dever ser”¹²⁶; [4] vigência suscetível a reformas ou mudança; [5] reconhecimento não de uma soberania abstrata mas sim concreta; [6] o reconhecimento de Direitos fundamentais a determinados grupos sociais no seio da Constituição.

Em termos atuais, as Constituições podem também ser classificadas como: simbólica, com força normativa aberta e de conceção cultural. A *simbólica* tem como referente doutrinário Marcelo Neves¹²⁷, e apregoa que eventualmente a norma constitucional pode ser mero símbolo, não ultrapassando a categoria de aparência.

A *normativa* tem apoio na doutrina de Konrad Hesse¹²⁸, que entende que a Constituição pode tanto modificar a realidade quanto pode sucumbir frente a transformações sociais.

A *aberta* encontra suporte significativo na doutrina de Peter Häberle¹²⁹, que pressupõe a ideia de uma Constituição dinâmica e aberta, pronta a se adaptar às novas exigências, expectativas ou necessidades dos cidadãos, portanto reconhece um carácter de maior flexibilidade.

José Horário Meirelles Teixeira¹³⁰ e José Afonso da Silva¹³¹ defendem a conceção cultural que almeja o ideário da Constituição total por incluir a conceção da força normativa, a tipologia aberta e eventualmente o carácter simbólico [no sentido de signo], destacando ser fruto da cultura em determinado momento histórico, assim como condicionante dessa mesma cultura.

A Constituição em sentido *cultural* é a expressão da cultura de um povo, muito mais do que uma norma escrita no ordenamento jurídico, representando os valores e as normas que estruturam a sociedade e deve servir de reflexo cultural do povo pertencente a ela.

¹²⁶ Tradução livre de: “*rebelde a la pura normatividad e imposible de ser domeñada por ella; el ser, no de ayer, sino de hoy, tiene su propia estructura, de la que emerge o a la que debe adaptarse el debe ser*” (GARCIA-PELAYO, Manuel – **Derecho Constitucional Comparado**, p. 47).

¹²⁷ NEVES, Marcelo – **A Constitucionalização Simbólica**. 3.^a ed., 4.^a tir. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 37.

¹²⁸ HESSE, Konrad – **Temas fundamentais do Direito constitucional. Limites da mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

¹²⁹ HÄBERLE, Peter – **Tiempo y Constitución. Ámbito público y jurisdicción constitucional**, p. 47.

¹³⁰ TEIXEIRA, José Horário Meirelles – **Curso de Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 58-79.

¹³¹ SILVA, José Afonso da – **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 173-181.



Por conta dessa perspectiva é que se faz necessário analisar se a Constituição de fato é o conjunto dos conhecimentos e experiências daquele povo para que este se sinta representado pelo texto constitucional. Em especial, se a Constituição cultural representa a cultura política do povo que é governado, tendo, assim, a sua efetiva aplicação na sociedade para que não seja ilegítima e acabe por não refletir de verdade os valores socioculturais da comunidade civil, de forma que seus valores e normas hão de ser cultivados para que assim se tornem constitucionais de fato.

1.2.10 Vicissitudes da Constituição

É certo que as Constituições, em geral, não têm duração prefixada e evidentemente se projetam para o futuro; então, com o transcorrer do tempo, é necessário que a Constituição sofra modificações para se adaptar à realidade da sociedade, conferindo dessa forma vivacidade e longevidade à Constituição.

A necessidade de adaptação para acompanhar o desenvolvimento social impacta na “perspectiva de Constituição no tempo, a Constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga, sob mudadas circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir a continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade. Partindo disso, nem a constituição como um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido; precisamente sua continuidade pode chegar a depender da forma em que se encare a mudança”¹³².

Com efeito, é a necessidade de adaptação do sistema normativo [dever-ser], em geral, e das normas constitucionais, em particular, às constantes transformações verificadas no sistema de referência da ciência do Direito [ser], isto porque o sistema empírico de conhecimento não é esgotante da realidade à qual se dirige. A experiência é infinita. A realidade concreta, o sistema abstrato¹³³ e a constituição devem estar em harmonia com a realidade, e devem se manter abertos e dinâmicos por meio dos tempos. “Deve ser assim porque uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e se efetiva constantemente. As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e

¹³² HESSE, Konrad – **Temas fundamentais do Direito constitucional. Limites da mutação constitucional**, p. 10.

¹³³ VILANOVA, Lourival – **As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010, p. 209.

conservação da própria Constituição, objetivando o seu aperfeiçoamento e buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade”¹³⁴.

Quando novas realidades sociais, económicas e políticas mudam de forma até radical, como vem acontecendo, tanto pelo desenvolvimento próprio da sociedade, quanto por problemas que a atingem¹³⁵, atraem a possibilidade de alterar as categorias, inclusive dogmáticas, antes então utilizadas e que se revelam desprovidas de efetividade na realidade constitucional.

Jorge Miranda¹³⁶ estabelece cinco grandes critérios quanto à tipologia das vicissitudes: [1] quanto ao modo como se produzem, podendo ser expressas ou tácitas; [2] quanto ao objeto, podem ser totais ou parciais; [3] quanto ao alcance, podem ser gerais e abstratas ou concretas e excepcionais; [4] quanto às consequências, “distinguem-se as vicissitudes que não colidem com a sua integridade e, sobretudo, com a sua continuidade e que correspondem, portanto, a uma evolução constitucional e as vicissitudes que equivalem a um corte, a uma solução de continuidade, a uma rutura”¹³⁷; e [5] quanto aos seus efeitos, podem ser temporárias ou definitivas.

Baseado nessa tipologia, o doutrinador desenvolveu o seguinte esquema:

Quadro 1 – Vicissitudes constitucionais segundo Jorge Miranda.¹³⁸

Vicissitudes constitucionais quanto ao modo	Expressas	Revisão constitucional (<i>stricto sensu</i>) Derrogação constitucional Transição constitucional Revolução Rotura não revolucionária Suspensão (parcial) da Constituição
	Tácitas	Costume constitucional Caducidade Interpretação evolutiva da Constituição Revisão indireta
Vicissitudes constitucionais quanto ao objeto	Parciais (modificações constitucionais) – Todas, menos a revolução e a transição constitucional	
	Totais	Revolução Transição constitucional
	De alcance geral e abstrato – Todas, menos a derrogação constitucional	

¹³⁴ PEDRA, Adriano Sant’Ana – **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 137.

¹³⁵ Tome-se o exemplo das crises económicas.

¹³⁶ MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional: Estado e Constitucionalismo, Constituição e Direitos Fundamentais**, p. 155-157.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 155.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 157.

Vicissitudes constitucionais quanto ao alcance		
Vicissitudes constitucionais quanto às consequências na ordem constitucional	Na evolução constitucional – Todas, menos a revolução e a rutura não revolucionária	
	Com rutura (Alterações constitucionais)	Revolução Rutura não revolucionária
Vicissitudes constitucionais quanto à duração dos efeitos	De efeitos definitivos – Todas, menos a suspensão parcial da Constituição De efeitos temporários – Suspensão (parcial) da Constituição	

As vicissitudes formais da Constituição se dão por revisão constitucional, por emendas constitucionais, derrogação constitucional, revolução e por rutura não revolucionária, “mas pode haver vicissitudes totais na continuidade – conquanto que a nova Constituição advenha com respeito das regras orgânicas e processuais anteriores – e vicissitudes parciais na descontinuidade – as rupturas não revolucionárias”¹³⁹.

Há que se observar que apenas as vicissitudes parciais implicam em verdadeira modificação da Constituição, uma vez que as vicissitudes totais tendem a representar o surgimento de nova Constituição – seja pela via evolutiva, seja por via de revolução.

Entre as formas de vicissitude expressa da Constituição, as emendas constitucionais – principalmente no Brasil – têm sido a via de maior extensão na realização de modificações. Em regra, tratam de uma alteração pontual, tópica, de conteúdo específico e concentrado ao alterar determinado artigo da Constituição. É a modificação constitucional que passa pelo processo rígido de alteração exigido pela própria Constituição, com suas limitações, quórum necessário, órgãos competentes para tanto e suas qualificações.

As emendas constitucionais de revisão são emendas de cunho mais amplo. Não há um tópico específico a ser alterado, e sim uma releitura geral do texto constitucional, prevista no próprio texto constitucional,

Mas, em respeito à supremacia da Constituição rígida, existem limites à atuação desse poder reformador da Constituição. Os limites podem variar de acordo com a sociedade, levando em consideração seus aspetos políticos, económicos, sociais e culturais. Cada

¹³⁹ MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional: Estado e Constitucionalismo, Constituição e Direitos Fundamentais**, p. 155.



Constituição estabelece seus limites de modificação. Wellington Márcio Kubliskas separa esses limites em procedimentais, temporais, circunstanciais e materiais.¹⁴⁰

Os *limites procedimentais* dizem respeito ao procedimento rígido e mais grave que qualquer alteração constitucional precisa se submeter, considerando as Constituições rígidas. Aqui a Constituição estabelece uma forma solene para a modificação de suas normas, diferente de uma legislação comum infraconstitucional.

Limites temporais incorporam as Constituições que, em determinados assuntos ou artigos, possuem um tempo explicitamente descrito em seu texto para que possa ser formalmente alterado.

Já os *circunstanciais* são os limites relacionados às circunstâncias do momento em que se pensa na alteração. É comum que em momentos de crise as estruturas normativas fiquem mais abaladas. É por isso que algumas Constituições determinam que em períodos de guerra ou estado de calamidade não pode ser feita nenhuma alteração na Constituição.

Por fim, os *limites materiais* são determinados por normas constitucionais que, pela essência constitucional, não podem ser abolidas. Isso não significa que sejam absolutamente imutáveis, mas sim que sua modificação está condicionada a não implicar em derrogação. Discute-se, ainda, quanto à modificação implicar em retrocesso.

As vicissitudes informais da Constituição vêm como uma forma de alteração da norma constitucional e são assim chamadas de informais por não seguirem o modelo formal de modificação estabelecido na própria Constituição. Trata-se, objetivamente, de uma modificação da norma constitucional sem que o texto constitucional tenha sido alterado.

Ocorrem em razão de uma nova percepção do Direito por meio da constatação da alteração de valores de uma determinada sociedade, assim como em razão da alteração de sentido, validade ou alcance da norma constitucional. Trata-se, portanto, de uma mudança material.

Carlos Blanco de Moraes argumenta que “a normatividade de uma Constituição nunca é reduzida ao seu texto. Isto porque toda a constituição positivamente decidida nunca é uma construção acabada. As suas normas experimentam [...] alterações informais e difusas que

¹⁴⁰ KUBLISCKAS, Wellington Márcio – **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57 *et seq.*



desvitalizam ou alteram o seu sentido, sem que as disposições ou enunciados normativos experimentem qualquer modificação”¹⁴¹.

Anna Candida da Cunha Ferraz explica que a vicissitude informal da Constituição “altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. [...] é uma decorrência lógica da Constituição, na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior, capaz de defini-lo, precisá-lo, resolver as obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação, sem vulnerar a obra constitucional escrita”¹⁴².

Essas vicissitudes podem, em regra, se operar por meio da complementação legislativa, pela jurisprudência, interpretação constitucional e costume, e adquirirem indiscutível relevância, inclusive na Europa, em razão da introdução em grande parte dos atuais sistemas políticos de Tribunais Constitucionais.¹⁴³ É certo que, “em face da evolução dos hábitos, costumes e valores da sociedade, da dinâmica económica, das inovações tecnológicas, das práticas políticas e da atuação dos grupos de pressão, dentro outros inúmeros fatores, as normas constitucionais sofrem alterações profundas e contínuas de sentido, significado e alcance, alterações estas operadas por mecanismos difusos, paulatinos, assistemáticos e que não ensejam a modificação da literalidade do texto dos dispositivos constitucionais”¹⁴⁴.

Não se olvide que, “quando vingam e passam do universo fático para o jurídico, constituem uma vicissitude constitucional híbrida pois, situando-se a paredes meias com a revisão ou emenda constitucional, tem na sua formação algo que as aproxima do poder constituinte no léxico de Schmitt e que consiste numa génese existencialista imposta pela realidade dos fatos”¹⁴⁵.

As vicissitudes informais da Constituição, como já dito, implicam no reconhecimento de um texto constitucional aberto, dinâmico e, por consequência, em constante evolução e

¹⁴¹ MORAIS, Carlos Blanco de – As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. *Jurismat*, n.º 3, p. 55-90, 2013, p. 61.

¹⁴² FERRAZ, Anna Candida da Cunha – **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**, p. 10.

¹⁴³ GUERRA, Luis López; ESPÍN, Eduardo – **Manual de Derecho Constitucional: La Constitución y las fuentes de Derecho, Derechos fundamentales y garantías**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022. Vol. I, p. 47.

¹⁴⁴ KUBLISCKAS, Wellington Márcio – **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**, p. 68.

¹⁴⁵ MORAIS, Carlos Blanco de – As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso, p. 64.



transformação. É sempre material, convergindo para uma espécie de tridimensionalidade constitucional já que não é um mero texto, pois que engloba elementos axiológicos e elementos da realidade (políticos e sociológicos).

O tema será mais uma vez abordado, com maior densificação teórica, no decorrer do capítulo 4 da presente tese.

1.3 O COSTUME NO TEMPO: INTERPRETAÇÕES E DESDOBRAMENTOS DAS DOUTRINAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

1.3.1 A doutrina tradicional romana canônica e a ordem jurídica medieval

A doutrina tradicional romana canônica, conforme explorado por Luciene Dal Ri¹⁴⁶, oferece um panorama rico sobre a interação entre o Direito romano e o Direito canônico no período medieval, e como essa interação moldou a compreensão e a aplicação dos costumes ao longo da história. Nesse período, a tradição romanística não estava meramente ancorada na repetição de práticas, mas era com frequência reinterpretada à luz das necessidades sociais e eclesiásticas, evidenciando uma flexibilidade e adaptabilidade que permitiram sua sobrevivência e relevância ao longo dos séculos.

A prática jurídica desse período estava demasiado enraizada nos costumes, que eram vistos como fontes vitais do Direito, ao lado das leis escritas. No entanto, a doutrina romano-canônica introduziu uma sistematização e uma racionalização do Direito que começaram a moldar a maneira como os costumes eram interpretados e integrados ao ordenamento jurídico. Essa doutrina enfatizava a importância da lógica, da razão e da justiça equitativa, princípios que se tornariam fundamentais na formação das bases constitucionais modernas.

Um aspeto crucial da influência romano-canônica foi a sua abordagem sobre a *auctoritas* dos textos e dos antigos juristas, conferindo aos costumes uma base mais sólida e legítima quando alinhados aos princípios gerais do Direito e da moral cristã. Essa integração entre o costume e a autoridade dos textos sagrados e jurídicos criou uma camada de interpretação que enriqueceu a aplicação do Direito, permitindo que os costumes evoluíssem sem perder sua essência e conexão com o passado.

¹⁴⁶ DAL RI, Luciene – A Tradição Romanística em Período Medieval: entre práxis e esquecimento. **Sequência** [Em linha]. Vol. 74 (Sept. 2016), p. 269–294. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p269>. [Consult. em 12-02-2024].

No contexto das Constituições e da formação do Direito moderno, a tradição romanística medieval e o Direito canônico forneceram uma estrutura fundamental para entender o papel dos costumes dentro de um sistema jurídico mais amplo e codificado. A doutrina romano-canônica, com sua ênfase na harmonização entre a lei escrita e os costumes, na busca pela justiça e na aplicação equitativa do Direito, influenciou sobremaneira o desenvolvimento das teorias constitucionais que emergiriam nos séculos seguintes.

Assim, ao examinar o costume no tempo, é imperativo reconhecer a contribuição duradoura da doutrina tradicional romana canônica na moldagem das interpretações e dos desdobramentos dos costumes à luz das Constituições. Essa tradição não apenas sobreviveu ao teste do tempo, mas também serviu como um alicerce sobre o qual as noções modernas de legalidade, justiça e governança foram construídas, demonstrando a interconexão indelével entre o passado e o presente no desenvolvimento do Direito.

A construção da doutrina do costume tem como fundamento o prestígio dos sujeitos, a quem o costume deve sua existência, ou seja, o povo que era considerado como uma espécie de órgão por excelência.

Os jurisconsultos romanos, preocupados em justificar a eficácia do Direito consuetudinário, procuram ver este como uma forma paralela das leis, que da mesma maneira têm sua vontade também no povo, por meio das técnicas legislativas. É evidente que essa preocupação dos romanos, entre a fonte do Direito dos costumes e a lei, tem como propósito defender a natureza do Direito positivo.

Num segundo momento, a autoridade legislativa que era do povo é transferida à vontade do príncipe, movimento esse que coincide com a crescente supremacia canônica, momento em que passam a adotar conceitos de delegação e autoridade, fortalecendo, assim, o absolutismo monárquico e negando a autonomia do Direito consuetudinário. O imperador detinha autoridade para revogar qualquer costume, em especial quando fossem contrários à ordem pública. O reconhecimento de qualquer Direito consuetudinário passa, assim, a exigir a anuência implícita ou explícita do soberano ou da autoridade eclesiástica.

Há fortes críticas quanto ao carácter de ficção de tais ideias, em primeiro lugar, porque não é crível que qualquer autoridade conheça todos os costumes; em segundo lugar, porque o consentimento apenas poderia ser outorgado por uma lei; e, por fim, se o costume conseguisse alcançar o consentimento pela autoridade, não se poderia dizer que o costume havia sido uma



fonte do Direito porque essa não seria a formação da norma, mas tão somente uma colaboração do seu conteúdo, de forma que a norma jurídica nascia da vontade do legislador.

Verifica-se que o Direito consuetudinário não poderia ter uma fundamentação jurídica, o que apenas seria alcançado pela lei – que representaria, assim, também a vontade coletiva.

Há que se ter uma advertência: por vezes utilizamos como sinônimos Direito medieval e Direito romano. Paolo Grossi argumenta¹⁴⁷ que o Direito medieval não pode ser reduzido apenas ao Direito romano, pois o Direito canônico e os costumes locais desempenhavam papéis igualmente cruciais na regulação da vida social, económica e religiosa da época.

Assim, enquanto o Direito romano fornecia uma estrutura teórica e conceitual importante, o Direito canônico e os costumes locais adaptavam-se às necessidades específicas das sociedades medievais, evidenciando a diversidade e a adaptabilidade do Direito medieval como um todo.

Portanto, Paolo Grossi apresenta uma visão do Direito medieval como um amálgama de várias tradições jurídicas, em que o Direito romano é uma influência importante, mas não exclusiva, dentro de um sistema jurídico mais amplo e diversificado.

“Devemos abordar o Direito medieval: como uma grande experiência jurídica que abriga uma infinidade de ordenamentos, em que o Direito – antes de ser norma e comando – é ordem, ordem do social, movimento espontâneo, isto é, que nasce das bases de uma civilização que protege a si mesma da rebeldia da incandescência cotidiana, construindo para si essas autonomias, verdadeiros refúgios para indivíduos e grupos. A sociedade plasma-se de Direito e sobrevive, pois ela mesma, por sua articulação em ordenamentos jurídicos, é acima de tudo Direito.”^{148,149}

Note-se que o Direito na Idade Média, abrangendo um período que vai aproximadamente do século V ao século XV, é caracterizado pela descentralização do poder político e pela fragmentação territorial, especialmente após a queda do Império Romano do Ocidente.

Os costumes desempenhavam um papel crucial nesse período como fontes primárias de Direito, ao lado das leis escritas, mas frequentemente prevalecendo sobre elas. Os

¹⁴⁷ GROSSI, Paolo – **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 17-19, 39-44.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 39.

¹⁴⁹ A ideia de autonomias revela uma noção que rejeita a existência de soberania. O único soberano para esses povos era Deus, de forma que as sociedades ou comunidades têm relações independentes e autônomas, permitindo, portanto, esse amálgama de ordenamentos.



costumes, como práticas demasiado enraizadas na vida social e comunitária, serviam como o principal mecanismo de regulação e ordenação social.

Essas práticas jurídicas baseadas em costumes refletiam os valores, as necessidades e as expectativas das comunidades locais, permitindo uma forma de governança que era ao mesmo tempo flexível e adaptável às condições locais.

A importância dos costumes, segundo Paolo Grossi¹⁵⁰, não reside apenas em seu papel como fonte de normas jurídicas, mas também na maneira como essas práticas consuetudinárias revelam a estrutura social e política da época medieval. Eles atuavam como um espelho da organização social, refletindo as relações de poder, as hierarquias e as interações dentro das comunidades.

Grossi argumenta que o estudo dos costumes jurídicos medievais oferece *insights* valiosos sobre a natureza do Direito e sua relação com a sociedade. Ele desafia a concepção moderna de um sistema legal centralizado e codificado, mostrando como os sistemas legais históricos foram construídos a partir da base, moldados pelas práticas e pelos entendimentos locais.

1.3.2 A concepção francesa no século XIX

Na evolução histórica do Direito, a transição do século XVIII para o século XIX marca uma fase de profundas transformações na ordem jurídica, em que a norma consuetudinária, outrora uma prática obrigatória a que todos deveriam se conformar, começa a ceder espaço a um sistema legalista¹⁵¹ fundamentado na racionalidade e na codificação das leis.

Esse movimento, como explicado por António Manuel Hespanha¹⁵², reflete a emergência da ‘lei da boa razão’, uma expressão emblemática do desejo de fundamentar o Direito em princípios lógicos e universais, transcendendo as práticas tradicionais. A prática dogmática dos juristas oitocentistas, valorizando a coerência, sistematização e previsibilidade jurídica, ilustra essa transição, destacando um esforço deliberado de afastamento das fontes tradicionais do Direito, em favor de um ordenamento jurídico mais uniforme e racional.

¹⁵⁰ GROSSI, Paolo – **A ordem jurídica medieval**, p. 107-134.

¹⁵¹ DAL RI, Luciene – **A Tradição Romanística em Período Medieval: entre práxis e esquecimento**.

¹⁵² HESPANHA, António Manuel – **A história do Direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

Em paralelo, a compreensão do costume no âmbito jurídico sofre uma reinterpretação significativa. Percebido, no início, como uma regra não escrita, mas obrigatória, introduzida pelos costumes dos povos e caracterizada pela uniformidade, publicidade, reiteração no tempo e cumprimento generalizado, o costume passa a ser visto sob uma nova luz. A doutrina francesa, especialmente influente no século XIX, começa a reconhecer a capacidade do costume de interpretar e complementar o Direito legislado, e até mesmo de fundamentar a derrogação de leis que caíram em desuso. Esse entendimento reflete uma valorização da vontade social como fundamento do Direito consuetudinário, exigindo que os usos sejam considerados obrigatórios juridicamente, numa adesão à crença na existência de uma norma jurídica sustentada pela vontade do legislador.

A edição dos códigos civis e a experiência inicial com estes reforçam ainda mais a primazia do Direito legislado, conduzindo a doutrina a se concentrar quase em exclusividade no estudo do Código Civil. Essa fase é marcada por uma perda do espírito eclético anterior, com os costumes sendo relegados a valores morais ou, no máximo, a interpretações da lei ou da vontade das partes. Esse movimento ganha força com os princípios jurídicos e políticos oriundos da Revolução Francesa, que consolidaram a autoridade legislativa nas mãos dos representantes do povo, reforçando a separação de poderes e a centralidade da lei escrita.

Nesse contexto, a doutrina mercantilista emerge como uma exceção, admitindo o Direito consuetudinário como um meio de complementar e interpretar a lei escrita. A interação entre a tradição jurídica romano-canônica e a nova ordem legalista ilustra a complexa dinâmica entre costume e lei, em que a evolução do Direito reflete uma constante negociação entre tradição e inovação, entre a autoridade dos costumes e a racionalidade das leis codificadas.

Portanto, ao examinar o costume no tempo, especialmente à luz da concepção francesa no século XIX, observa-se uma transição significativa na forma como o Direito consuetudinário é percebido e aplicado. Essa evolução, marcada tanto pela continuidade de certos elementos tradicionais quanto pela adoção de novos paradigmas jurídicos, evidencia a rica tapeçaria do desenvolvimento do Direito, cujas doutrinas jurídicas, influenciadas pelas mudanças sociais, políticas e culturais, redefinem continuamente as bases sobre as quais o Direito é concebido e aplicado.



1.3.3 Movimento legislativo contrário ao costume nas legislações germânicas até o século XIX

A doutrina germânica forma, como observado na doutrina francesa, uma corrente claramente hostil ao Direito consuetudinário¹⁵³, de maneira que o Código Austríaco de 1794 aboliu na íntegra os costumes jurídicos, relegando a esses a natureza de apenas completar o Código Geral, salvo aqueles costumes de natureza local que, sendo aplicáveis, deveriam deixar de ser aplicados no prazo de dois anos, proibindo para o futuro qualquer manifestação de Direito consuetudinário. O Código Austríaco de 1811 suprimiu todas as disposições a respeito de costumes.

O Código Civil da Saxônia de 1865 limitou o Direito consuetudinário à mera interpretação da vontade das partes. O Código Comercial de Nuremberg-Hamburgo consagrou aos costumes comerciais o limite que esse costume não poderia influir na regulação legal comercial mais do que a definição geral da lei.

A Constituição do Império Alemão de 1871 fez previsão expressa de anulação de todas as normas jurídicas consuetudinárias locais que contrariassem ao preceituado no texto constitucional; já o Código Civil do Império Alemão previu que as normas jurídicas de Direito consuetudinário valiam exclusivamente quando a lei os invocasse. Dessa forma, há a crença de que a lei escrita detinha solução suficiente a todos os problemas da sociedade, bem como há uma pretensão na doutrina de assegurar as normas jurídicas codificadas/escritas quanto a qualquer invasão ou intromissão de um Direito consuetudinário local que resultaria, de certa forma, em mitigar a autoridade do próprio Império.

1.3.4 Teoria da aprovação na escola de Direito italiano

O Direito italiano, ao menos até a primeira metade do século XX, estabeleceu que o conceito de Direito é inseparável da noção de coação, o que conduz a uma relação indissolúvel entre Direito e Estado, já que é este que confere aplicação e atribui força para o cumprimento das normas jurídicas.

Assim, as forças juridicamente obrigatórias das normas consuetudinárias não poderiam derivar mais do que da lei, resguardando inclusive a atividade monopolizadora do Estado de

¹⁵³ TREVIJANO, Pedro Jose Gonzales – **La costumbre en derecho constitucional**, p. 189.



ditar o Direito.¹⁵⁴ Como consequência, o costume jurídico tem sua eficácia condicionada à necessidade de reconhecimento por parte da legislação escrita. Antes do reconhecimento pelo Estado, o costume não seria Direito, mas um evento extrajurídico ou pré-jurídico.

Esse pensamento foi objeto de muitas críticas no sentido de que a pretendida onipotência do poder legislativo – que se apresentava como verdade absoluta e indiscutível – se encontra em contradição com os fatos, uma vez que, se o legislador goza efetiva e formalmente do monopólio na elaboração de normas jurídicas, como compreender a possibilidade de o poder judicial criar normas jurídicas? Ademais, passa-se a argumentar que a sociedade supõe um pluralismo na concepção das diferentes formas de criação de normas jurídicas.

A teoria da aprovação, para a qual o Direito consuetudinário não é mais que uma espécie inferior de Direito, passa a se encontrar em franca contradição, inclusive pelo argumento de que na maior parte das vezes o uso jurídico se desenvolve e se impõe sem que o legislador tenha conhecimento, de forma que o costume jurídico pode adquirir força jurídica obrigatória à margem de qualquer aprovação do legislador. Aponta, ainda, uma ideia equivocada de que a coletividade haveria de abdicar de sua consciência sociojurídica em favor dos poderes estatais instituídos.

Na segunda metade do século XX é que se passa a conhecer cada vez mais com mais detalhes a atividade desempenhada pelos órgãos jurisprudenciais, assim como o próprio conceito de Direito, aspectos que passaram a contribuir para a reivindicação de um Direito consuetudinário em um carácter relativamente autónomo.

Note-se que o argumento de que as Constituições atribuíram um grau superior às normas legisladas em face das normas de Direito consuetudinário, limitando estas apenas quando se ajustassem ao texto constitucional ou em leis superiores do Estado, até tem uma perspectiva lógica; entretanto, na realidade a pretensão não era conferir harmonia ao ordenamento jurídico, mas sim relegar ao Direito consuetudinário um papel inferior ao Direito legislado.

1.3.5 A escola histórica: prevalência do Direito consuetudinário sobre o Direito legal

Dentre os movimentos doutrinários que fundamentam a juridicidade das normas consuetudinárias há a escola histórica do Direito. De modo diferente dos argumentos

¹⁵⁴ TREVIJANO, Pedro Jose Gonzales – *La costumbre en derecho constitucional*, p. 194.



anteriores, que se baseiam no racionalismo, essa escola propõe uma mudança na forma de compreender o Direito – que passa a ser entendido não como um conjunto de normas estabelecidas por um poder soberano e monopolizador do Estado, mas sim como a consciência sociojurídica de uma sociedade (povo) que se expressa diretamente no Direito consuetudinário.

O Direito, assim, seria essencialmente histórico e, como tal, cambiante segundo as características e necessidades da sociedade. Por isso, o Direito não encontra sua origem na mente e na vontade do legislador, mas sim na consciência que a sociedade tem quanto ao seu próprio desenvolvimento.

A escola histórica¹⁵⁵, portanto, não só inverte a ordem dos fatores das construções doutrinárias anteriores, mas passa também a difundir uma ideia de requisito material na elaboração da norma jurídica, algo que parte da doutrina nomina de *espírito nacional* e que se apresenta de modo uniforme na consciência de cada um dos membros da sociedade, não por causalidade, mas por necessidade.

Foram críticas dessa doutrina quanto a uma ideia um tanto quanto mística do ‘espírito nacional’, influenciado pelo romantismo e, portanto, isento de qualquer justificação racional. No mérito, essa doutrina abriu caminho para o debate sobre as fontes do Direito.

1.3.6 A escola jurisprudencial

Na esteira das doutrinas aqui precedentes, esta escola parte da crença de que são os órgãos judiciais que devem atribuir ao Direito consuetudinário a nota de juridicidade. Isso não pressupõe sustentar ou argumentar que o Direito jurisprudencial seja a causa exclusiva de normas consuetudinárias.

O que defende é que a jurisprudência é em si mesma o agente necessário para transformação do sentimento jurídico em norma jurídica, assim como seria na jurisprudência que os Direitos consuetudinários seriam completos pela possibilidade de sanção/coação.

Haveria uma espécie de círculo vicioso, uma ação recíproca, do costume e jurisprudência, em que a jurisprudência na reiteração judicial do entendimento firmado acabaria por impor uma norma jurídica a qual posteriormente teria a adesão da sociedade.

Aqui está a revisão do parágrafo:

¹⁵⁵ TREVIJANO, Pedro Jose Gonzales – *La costumbre en derecho constitucional*, p. 202-212.



Tal pensamento era característico da escola francesa; a escola alemã, por sua vez, diverge sob o argumento de que a lei ocupa um lugar privilegiado dentro do sistema de fontes do Direito, com o órgão judicial reduzido a um mero papel de aplicador da norma legislada. Esta norma seria então mitigada a um segundo papel, em que o protagonismo passava a ser a posição adotada pelo órgão judicial.

1.3.7 Costume direto e indireto

Tem se utilizado a expressão *direto* e *indireto* para classificar os costumes de acordo com a expressão que retornam como fontes do Direito. Há, então, que se fazer uma objetiva incursão naquilo que é costume, uso e fato.

Os costumes, como mencionado, são “regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica”¹⁵⁶, acompanhado da convicção de obrigatoriedade e sendo, portanto, um verdadeiro substrato de Direito concretizado.

Já os usos podem ser definidos como aquelas práticas sociais estáveis que vigoram em determinado âmbito de uma relação. A sua manutenção não ocorre pela convicção de obrigatoriedade, mas sim pela simples reiteração.

A distinção, portanto, encontra-se no elemento interno. Os elementos externos, em ambos os casos, apresentam uniformidade; os comportamentos são de repetição múltipla e indefinida, constantes e sem interrupções. Também há presença do elemento público já que é comum e conhecido por todos daquela sociedade a prática ou desenvolvimento de determinada conduta, portanto a generalidade está vinculada assim, não em aspecto territorial, mas nas “relações que realizam os pressupostos da sua incidência”¹⁵⁷.

O elemento interno ou psicológico é componente essencial à fonte consuetudinária do Direito, que se denomina de *opinio juris* ou *opinio juris et necessitalis*. Ou seja, a norma jurídica consuetudinária passa a ser reconhecida quando os cidadãos consideram que, se violarem o preceito estabelecido (costume), sua conduta se converte em ato ilícito, ou seja, é o carácter de obrigatoriedade que torna a norma vinculante e caracteriza, assim, o costume

¹⁵⁶ RÁO, Vicente – *O Direito e a vida dos Direitos*, p. 287.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 272.

como norma jurídica consuetudinária, servindo, por consequência, como critério diferenciador entre os costumes, usos e fatos.

Pedro José Gonzalez Trevijano acrescenta que “dito de outra forma a ‘*opinio juris*’ nos reenvia a provável aplicação da norma por parte do órgão judicial, que de esta maneira se converte no critério de justificação da ‘*opinio*’ para os sujeitos particulares que cumpram a norma consuetudinária”¹⁵⁸.

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa¹⁵⁹ explica que Norberto Bobbio faz uma crítica no sentido de que, sendo necessária a presença de ‘*opinio*’ como elemento constitutivo da norma consuetudinária, há que se supor previamente a existência de uma obrigação, de forma que entende que isso conduz à inconsistência, pois o costume seria formador de um Direito que deve existir.

Santi Romano defende que a solução decorre da necessidade em se compreender o ordenamento jurídico como uma instituição, considerando que “o Direito é também norma, mas, além de norma e, mesmo antes de ser norma, é organização ou corpo social, e é este que à norma comunica, como a um produto seu ou derivação, a natureza jurídica e não o contrário”¹⁶⁰.

O fato jurídico são as ações ou condutas que geram a aquisição, extinção ou modificação de Direitos ou deveres. É o acontecimento da vida que interliga a relação homem-Direito, sendo a concretização da incidência da norma jurídica sobre o acontecimento fático. Está claro que nem todo fato será um fato jurídico, já que há fatos que têm uma típica natureza material, de forma que em concreto nada produz em relação às normas abstratas do ordenamento jurídico; apenas quando os fatos repercutem nessa ordem e passam a ser tutelados pelo Direito é que são fatos jurídicos.

Essa distinção entre fatos, costumes e usos é relevante porque os costumes no pensamento deste estudo são tipicamente fontes imediatas, enquanto os usos são fontes mediatas, e os fatos jurídicos são a tutela pelo Direito. A fonte imediata ou direta corresponde

¹⁵⁸ “Dicho de otra forma, la ‘*opinio iuris*’ nos reenvía a la probable aplicación de la regla por parte del órgano judicial, que de esta manera se convierte en el criterio de justificación de la ‘*opinio*’ para los sujetos particulares que cumplen la regla consuetudinaria” (TREVIANO, Pedro Jose Gonzales – **La costumbre en derecho constitucional**, p. 360).

¹⁵⁹ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães – **Normas constitucionais não escritas**, p. 126.

¹⁶⁰ ROMANO, Santi – **Princípios de Direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 73.

ao costume que preenche todos os requisitos de uma norma jurídica, já que contém a *opinio*, apresentando-se como um sistema normativo, com enunciado e coatividade.

O uso, que não detém esses elementos e, portanto, não goza diretamente ou imediatamente de obrigatoriedade e coatividade, apresenta capacidade limitada de influenciar fatos ou influenciar a norma ou a aplicação concreta da norma. Não é suficiente para criar, alterar ou extinguir quaisquer Direitos ou deveres.

Considerar o costume direto ou indireto decorre da compreensão de que costume, uso e fatos jurídicos são, acima de tudo, fatos sociais decorrentes do desenvolvimento histórico e jurídico-cultural do povo. Esses fatos sociais por vezes são impercetíveis e, em outras, extremamente percetíveis, principalmente quando decorrentes de movimentos organizados. O conceito direto ou indireto, portanto, é sobretudo a conceção do Direito como adaptação social.

Para além da bipartição em costumes diretos e indiretos, que levam em conta, em específico, os seus efeitos perante a norma jurídica, é também de necessária nota a dicotomia entre costumes populares e representativos. São populares ou diretos aqueles que “resultam de um uso com convicção de juridicidade emergente de um conjunto de indivíduos, consubstanciando os costumes da comunidade”¹⁶¹. Já os representativos ou orgânicos “decorrem de um uso com convicção de juridicidade por parte dos titulares de um ou mais órgãos representativos”¹⁶².

1.3.8 Doutrina brasileira e portuguesa

Os ordenamentos jurídicos brasileiro e português são herdeiros do sistema romano-germânico, denominado também de *Civil Law*. Importa registrar que sistema jurídico é “o conjunto de normas escritas, usos e costumes, inclusive decisões dos tribunais (*laws*), adotado por determinada comunidade que compartilha os mesmos princípios e regras de aplicação e interpretação do Direito, objetivando a resolução de seus conflitos”¹⁶³.

Esse conceito de sistema jurídico detém significativa importância à medida que não se está meramente a dialogar ou argumentar em um restrito conjunto de regras de Direito, mas sim “um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a

¹⁶¹ RODRIGUES, Luiz Barbosa – **Introdução ao Direito: interno e internacional**, p. 170.

¹⁶² *Ibid.*, p. 170.

¹⁶³ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de – **Introdução ao Direito e Desenvolvimento: Estudo compara a reforma do sistema judicial Brasileiro**. São Paulo: OAB Nacional, 2004, p. 38.



respeito da natureza do Direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o Direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão”¹⁶⁴.

Como se sabe, o império Romano conheceu uma civilização brilhante, e o gênio romano construiu um sistema jurídico sem precedentes no mundo; mas o Império Romano deixou de existir há séculos no Ocidente.¹⁶⁵ Uma das razões desse declínio foram as diversas invasões contra o território romano, grande parte pelos povos Germanos, o que fez com que o convívio entre romanos e bárbaros fosse impositivo.

Existem, na verdade, certos documentos aos quais podemos nos reportar para conhecer quer o estado do Direito romano, quer o dos Direitos bárbaros. As compilações de Justiniano (Código, Digesto, Institutos, públicos de 529 a 534 e completados por uma série de novelas) no Oriente e, em certa medida, na Itália, a *Lex Romana Wisigothorum* ou Breviário de Alarico (promulgado em 506) na França e na Península Ibérica, representam a teoria do Direito romano.¹⁶⁶ A tradição desse sistema remonta à data de 450 a.C. – que seria a suposta data de publicação da Lei das XII Tábuas¹⁶⁷ e pode ser tida como a primeira lei escrita que, embora rudimentar, era um sistema de resolução de conflitos na Roma antiga.

O próprio estudo e consequente desenvolvimento da doutrina até o século XIX foram muito restritos a limitar o Direito como um sistema que exprime da Justiça, e somente com o advento das ‘codificações’ é que passou a se estudar e valorizar as fontes jurídicas que mesclavam o Direito costumeiro dos bárbaros, o Direito canônico, as glosas e os comentários, formando assim o *ius commune*.¹⁶⁸

Destaca-se como, até o advento das codificações, o estudo do Direito era limitado a concebê-lo como um sistema de expressão da Justiça, baseado em uma perspectiva mais teórica e filosófica, sem se aprofundar tanto na aplicação prática ou na valorização das diversas fontes jurídicas que contribuíram para a formação do *ius commune*.

¹⁶⁴ MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez – **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 23.

¹⁶⁵ DAVID, René – **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 5.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 37.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 37.

¹⁶⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz – **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**. São Paulo, 2014, p. 68.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 68.



O *Civil Law*¹⁶⁹ historicamente tem suas fontes deitadas na filosofia e na teologia, preocupando-se, por consequência, com o ‘dever ser’ e não voltado à vivência prática. Isso se incorporou à produções legislativas como fonte principal do Direito e com um reconhecimento de plenitude do ordenamento jurídico. A lei apresentava a resposta para resolver quaisquer conflitos que lhe fossem submetidos, bastava ao aplicador desvendá-la, com um carácter, portanto, mecanicista.

Essa concepção, entretanto, passa a ser mitigada “sob influência da Escola Histórica e também da Escola do Direito Livre, que recusavam o pressuposto do monopólio estatal do Direito. A norma jurídica adquire um terceiro sentido, o de forma genérica de expressão do Direito. Assim, a lei, o contrato, a jurisprudência, a sentença, a instrução normativa, mas também o costume criado pelos grupos sociais, são espécies diferentes do mesmo gênero, todos denominados ‘norma jurídica’”¹⁷⁰.

A compreensão ou inquietação de que, se o Direito não é um sistema fechado e independente, pelo contrário, que se encontra em interação permanente com outros subsistemas sociais, é mister que toda produção que tenha impacto na regulação de comportamentos, ou na solução de conflitos, seja considerado fonte de Direito.

O Direito enquanto um complexo de normas jurídicas não se esgota em si mesmo, inclusive e especialmente porque “as normas jurídicas estão calcadas na racionalidade dedutiva (codificação), enquanto a jurisprudência, de carácter empírico, surge das exigências sociais contingentes. O primeiro reflete o Direito das maiorias (porquanto promana de poderes majoritários) e o segundo representa o Direito das minorias”¹⁷¹.

Essa mudança de percepção fez com que os Direitos brasileiro e português aceitassem o costume e, no que aqui se estuda, os costumes constitucionais como fonte de Direito que

¹⁶⁹ Conecta-se diretamente com a ideia da “lei da boa razão”, que simboliza a busca por fundamentar o Direito em princípios lógicos e universais. A transição mencionada anteriormente, da dependência de fontes tradicionais como o costume para um corpo legislativo codificado e sistematizado, reflete essa mesma preocupação com a estruturação de um ordenamento jurídico que busca ser completo e capaz de resolver conflitos por meio da aplicação mecânica da lei.

O carácter mecanicista do Direito, como mencionado, indica uma época em que se acreditava na capacidade da lei de fornecer todas as respostas necessárias para os conflitos jurídicos, o que está em linha com a valorização da codificação e da sistematização das leis, características do sistema legalista que emergiu no século XIX. Essa abordagem contrasta com práticas anteriores, que davam mais espaço à interpretação e à adaptação das normas conforme as circunstâncias, refletindo uma mudança significativa na maneira de conceber e aplicar o Direito.

¹⁷⁰ ADEODATO, João Maurício – **Uma teoria retórica da norma jurídica e do Direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 172.

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini – **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 89.



podem gerar normas jurídicas constitucionais não escritas, como uma espécie ampla de Direito constitucional, afastando-se, portanto, de um sistema constitucional fechado ou rígido.

O conceito em geral de costume não difere na maioria dos países, no sentido que a conduta praticada goze dos elementos objetivos e subjetivos, independentemente da sua origem, isto é, pouco importa se o costume surge por uma prática regional, nacional ou internacional; assume o costume constitucional essa mesma tipologia, diferenciando-se apenas por voltar-se à questão de natureza constitucional.¹⁷²

A doutrina tem dividido entendimentos entre [1] sendo a Constituição um ato formal, nascido de um ato jurídico, o costume constitucional pode ocorrer como fonte criadora de normas constitucionais materiais, mas que têm projeção exclusivamente no poder político¹⁷³, isto porque “quando se estipula que o poder é exercido nos termos da Constituição, tem de se entender que a Constituição abrange, em primeiro lugar, a Constituição formal escrita, e em segundo lugar, as normas consuetudinárias que, de diversos modos, a venham completar”¹⁷⁴.

Ou seja, o costume constitucional nesse viés assume uma posição de norma jurídica subsidiária e secundária, porque [2] os costumes constitucionais são vicissitudes ou mutações da Constituição escrita, sendo “critérios invisíveis de decisão, de alcance constitucional, oriundos dos poderes políticos e jurisdicional, sedimentados informalmente junto do texto constitucional impostos no plano jurídico”¹⁷⁵, exigindo consolidação pelo fator tempo, não oposição relevante da comunidade jurídica e política e aquiescência da corte constitucional quanto à validade ou subsistência dessas alterações, excluindo o povo do processo de criação ou, melhor, consolidação do costume constitucional.¹⁷⁶

¹⁷² NOVELINO, Marcelo – **Direito Constitucional**, p. 43.

¹⁷³ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito constitucional**, p. 155.

¹⁷⁴ *Id.* – **Curso de Direito Constitucional: Estado e Constitucionalismo, Constituição e Direitos Fundamentais**, p. 165.

¹⁷⁵ MORAIS, Carlos Blanco de – As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso.

¹⁷⁶ *Ibid.*



2 O DIÁLOGO ENTRE AS DOUTRINAS E AS PRÁTICAS CONSTITUCIONAIS

2.1 NA GÊNESE DO CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo enquanto expressão tem, antes de tudo, dois momentos de utilização: o primeiro por meio da reconstrução histórica acerca das ideias e fatos que convergiram ao desenvolvimento das Constituições; o segundo como a corrente de pensamento que tem por objetivo limitar a atuação do poder público e político, além de garantir Direitos e deveres fundamentais ao povo para sua autonomia dentro das unidades políticas por meio de uma norma constitucional que fundamenta e estrutura a organização de um Estado.

O constitucionalismo surge no início da idade moderna, com a formação das sociedades modernas. Aqui é possível, inclusive, enxergar historicamente o momento em que as ideias do constitucionalismo começam a ser implantadas, quando, no fim da Idade Média e início da Idade Moderna – aos altos dos séculos XII a XVI –, as sociedades passam a criar normas que limitem os poderes das autoridades e deem forças aos demais poderes, que podem, entre outras atribuições específicas, modificar decisões do monarca.

O início do período moderno é o que se considera “os primórdios” do constitucionalismo, por terem as leis, tanto as regras escritas como as consuetudinárias, o objetivo de limitação do poder e a garantia do princípio de igualdade, mesmo que ainda não houvesse a noção que se tem hoje do que seria essa igualdade pelo *jusnaturalismo*.

As normas, nesse período, visavam à garantia da autonomia dos poderes do governo atuantes, com base em aspetos culturais e históricos que vinham sendo praticados até então. Uma forma de controlar, de certo modo, uma atitude deliberada e sem precedentes, que poderia colocar em risco o ritmo que vinha sendo seguido pelos costumes e história de um determinado lugar.

Por mais que não se fale em uma Constituição como um documento único e soberano, visão adotada apenas mais tarde na história, o conjunto de leis e regras que estruturam o poder político nesse período é o que se entende por Constituição e dá essa característica ao berço do constitucionalismo.

Maurizio Fioravanti esclarece que “a Constituição que esse constitucionalismo defende pressupõe um corpo político articulado e complexo formado por corpos distintos, por



equilíbrios e proporcionalidade entre os diferentes poderes que coexistem ao mesmo tempo”¹⁷⁷.

Não se trata, ainda, do conceito de soberania da Constituição. Essa Constituição desse primeiro período da idade moderna se mantém em vigor, não por um princípio de soberania, mas por conta de sua capacidade de manter a paz e a organização dos poderes e garantir um equilíbrio razoável entre o poder público e a sociedade.¹⁷⁸

Nicolau Maquiavel tem uma forte relevância nesse período ao falar sobre constitucionalismo, pelo conceito dado ao princípio de igualdade adotado à época. Não se trata da igualdade inerente ao ser humano, conceito que foi trazido aos tempos atuais pelos Direitos humanos fundamentais, mas sim uma igualdade entre os poderes atuantes do governo, que reconhece a cada um deles suas atribuições e espaços. Tal igualdade faz “evitar, assim, que se enfrentem de um modo tão ameaçador que comprometa a integridade e a estabilidade da res publica, da existência política comum”¹⁷⁹.

Essa importância que uma norma carregava, apesar de não se falar em soberania ainda, tem uma estreita ligação com as sociedades antigas, como a Grécia e Roma. Nesse período, embora não se falasse em constitucionalismo propriamente dito, como se inicia a fazer na idade moderna, já existiam regras de cunho moral e religioso que faziam com que determinados conteúdos e normas fossem considerados superiores às outras regras.

Um exemplo de Constituição por esse constitucionalismo inicial aconteceu no século XIII, mais precisamente em 1215 na Inglaterra, quando foi firmada a Magna Carta entre Rei João e barões ingleses, compostos por integrantes do clero e da nobreza. Essa Constituição surgiu após um momento de crise das relações entre os nobres ingleses e a monarquia, e foi fruto de movimento social que influenciou a criação de uma norma que limitasse e regulasse os poderes do rei e concedesse autonomia a outros poderes.

Uma das cláusulas da Magna Carta dizia que “Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora da lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por

¹⁷⁷ Tradução livre de: “Y la constitución que este constitucionalismo propugna presupone un cuerpo político articulado y complejo formado por cuerpos distintos, por equilibrios y proporcionalidad entre los distintos poderes que coexisten al mismo tiempo” (FIORAVANTI, Maurizio – **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales**. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 18).

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 21.

¹⁷⁹ Tradução livre de: “y evitar así que se enfrenten de un modo tan amenazador que comprometa la integridad y la estabilidad de la res publica, de la existencia política común” (*ibid.*, p. 22).



julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra”¹⁸⁰. Nela é possível ver a determinação de um devido processo legal àquele considerado cidadão naquele período histórico.

Ainda na Magna Carta de 1215, outra cláusula estabelecia um conselho com 25 Barões Ingleses que tinham o poder de reformular qualquer decisão real¹⁸¹ e impunha que o rei deveria consultá-los antes de tomar determinadas decisões sobre certos assuntos, como impostos ou guerras. A princípio, Rei João rejeitou a Constituição assim que os barões deixaram a Inglaterra, e ela foi retomada por seu filho depois da sua morte.

Após esse momento, sem desconsiderar outros fatos históricos ocorridos durante o tempo, ao se adentrar na idade moderna a partir do século XVII, as revoluções liberais trouxeram marcos ao que se denomina de constitucionalismo moderno, impactando em mudança nas ideias da formação constitucional antiga.

O constitucionalismo moderno nasce a partir do século XVII com os movimentos das chamadas revoluções liberais que ocorreram na Inglaterra (1688), nos Estados Unidos da América (1776) e na França (1789). Esses levantes tiveram, em comum, o objetivo de limitar o poder absoluto do monarca que, por conta do regime absolutista, agia de forma discricionária, o que causou conflitos principalmente com a burguesia insatisfeita e os cidadãos comuns que ficavam à mercê das atitudes governamentais, por vezes violentas e inseguras.

A Constituição moderna surgida após esse período revolucionário tem características que a diferem daquele constitucionalismo antigo. Na visão moderna, a Constituição “deixa de ser enformada por normas desagregadas, intuídas ou pressupostas”¹⁸², mas passa a ser “normas decididas e dotadas de supremacia política e jurídica sobre a lei ordinária”¹⁸³, quando então o conceito de soberania constitucional passa a valer e começa-se a falar de controlo de constitucionalidade, em que os atos e leis devem respeitar a Constituição como norma superior, que não pode ser alterada mediante qualquer decisão da autoridade. Ademais, a Constituição moderna deixa apenas de ter normas que estruturam e regulamentam o Estado e passa também a disciplinar sobre as limitações de poder, as atribuições dos demais órgãos e os Direitos das pessoas individuais.

¹⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de – **Curso de Direito constitucional**, p. 9.

¹⁸¹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁸² MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 71.

¹⁸³ *Ibid.*, loc. cit.

Apesar de terem aspetos comuns, cada revolução é detentora de uma gama de particularidades que envolvem o contexto histórico, cultural, social e político de cada época e de cada lugar e que, juntas, construíram o constitucionalismo moderno.

No século XVII, a Inglaterra vinha passando por crises no modelo absolutista monárquico que desencadeou vários momentos marcantes para a história constitucional até chegar na Revolução Gloriosa de 1688. Ocorre que o Estado britânico, em meados de 1649, apesar de não possuir uma Constituição escrita, era constituído com “o poder Estatal dividido entre o rei, a Câmara dos Lords, a Câmara dos Comuns e a magistratura”¹⁸⁴.

Entretanto, a atuação absolutista do Rei Carlos I culminou em uma guerra. Em 1653, a Inglaterra passa por uma rápida república britânica, com a primeira Constituição escrita da Europa da idade moderna, chamada de *Instrument of Government*, que tinha como poder executivo um *Lord Protector*, um Conselho de Estado e um parlamento eleito, que considerava inelegíveis monarcas e católicos. Esse regime tornou-se uma república absolutista e fez com que, logo em 1657, essa Constituição fosse abolida e a monarquia retomasse o poder.

Mas foi em 1688, com a Revolução Gloriosa, que o constitucionalismo liberal se iniciou de fato na Inglaterra, quando, por um conflito religioso, o Rei Jaime II é derrubado e o príncipe Guilherme de Nassau é colocado no poder. Em 1689, com a *Bill of Rights*, as novas normas constitucionais foram documentadas e passaram a regular o funcionamento e os poderes do Parlamento, os princípios fundamentais da Constituição, os Direitos das pessoas, garantindo e protegendo liberdades, o Direito de petição, além de ter instituído a reserva tributária das instituições e regulamentado contra penas cruéis e multas exorbitantes.¹⁸⁵

John Locke foi quem teorizou e justificou sobre essa forma de monarquia em que o povo não dava o poder absoluto ao rei, que atuaria como um chefe do poder executivo em conjunto com os outros poderes, não detendo poder absoluto para tomar decisões. Um aspeto interessante, e diferente das demais revoluções liberais, é que a Inglaterra mantém até os dias atuais a monarquia como forma de governo, enquanto a maioria das outras revoluções instauraram a república.

A Constituição britânica é maioritariamente formada por leis consuetudinárias e atuação dos magistrados, com costumes que são internalizados e seguidos pelo povo. Nesse

¹⁸⁴ CERQUEIRA, Marcello – **A Constituição na história: origem e reforma: da revolução inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 55.

¹⁸⁵ MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 74.

sentido, existe uma contradição teórica sobre considerar, ou não, a Constituição britânica uma Constituição moderna, por conta de suas peculiaridades, como pontua Carlos Blanco de Moraes: “a Constituição britânica constituiu, até ao tempo presente, um caso único e atípico de Constituição histórico-evolutiva, portadora de uma supremacia política (e não tanto jurídico-normativa) e formada maioritariamente por normas não escritas, interiorizadas pela Comunidade e reconhecidas pelos tribunais. Por esta razão constitui uma realidade não enquadrável na noção de Constituição moderna”¹⁸⁶.

Cem anos depois, a Revolução Gloriosa influenciou diretamente na Revolução Norte-Americana e na Revolução Francesa, que ocorreriam no século seguinte. A principal influência britânica para a Revolução Norte-Americana partiu da ideia de John Locke de que era possível limitar legalmente o poder do soberano diante de uma relação recíproca entre o povo e as autoridades.

Assim como na Inglaterra, na terra norte-americana a burguesia passou a ter embates diretos com as atitudes do monarca inglês, o que culminou tanto na independência das colônias norte-americanas como em seu constitucionalismo, pois “a ideia de uma lei de hierarquia superior (*higher law*) a limitar o legislador comum e popular nos tribunais coloniais tornou-se mais incisiva na América do que na Mãe-Pátria”¹⁸⁷.

A partir desse momento nasce a ideia de poder constituinte, antes mesmo da Revolução Francesa, em que os americanos formaram uma convenção constituinte para oficializar a rutura com o Reino Unido e a monarquia e instaurar a república.

Nessa república, a Constituição elaborada em 1787, considerada Constituição moderna, delimitava os poderes do soberano: o governante não teria seu mandato vitalício; pelo contrário, possuiria um limite de tempo para atuação e tomaria decisões junto dos outros poderes, além de estruturar o poder político das treze colônias independentes que formaram os Estados Unidos da América.

Na revolução constitucional norte-americana, diferentemente do que aconteceu na Inglaterra, a Constituição era considerada norma soberana que deveria ser seguida pelos demais atos e leis, bem como falou-se sobre a possibilidade de revisão da norma constitucional, sendo que em 1791 foram aprovadas as dez primeiras emendas à Constituição que garantiam Direitos individuais às pessoas.

¹⁸⁶ MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 75.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 81.



Na Europa, após a Revolução Norte-Americana, ocorreu a Revolução Francesa, que pode ser considerada um dos principais movimentos sociais – revolucionários – que influenciou mundialmente a formação de ideologias e políticas em outros territórios, assim como a Revolução Industrial, que influenciou com grande força a economia do mundo.

Os movimentos que aconteceram na revolução americana impactaram diretamente nos ideais franceses “com a força de um Direito Constitucional escrito, contido em um código sistemático como projeto de organização do Estado, que se protege com a garantia de uma superlegalidade [...]”¹⁸⁸. Outra ideia que veio da revolução americana foi a noção de que era viável a formação de um governo republicano que se opunha à monarquia, a forma de organização do Estado em federações e o conceito democrático do princípio da igualdade.

A Revolução Francesa se iniciou com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento que garantia Direitos individuais resultado de frustrações e conflitos sociais perante o absolutismo presente no poder da época entre os burgueses e a monarquia e, ainda, sob grande influência da revolução americana. O constitucionalismo moderno francês se consagra com a primeira Constituição revolucionária, a Constituição de 1791. É interessante destacar que a França, no período revolucionário, passou por um ciclo de Constituições efémeras, alvos de mudanças por vários anos.

Destaca-se nesse momento que as Constituições francesas tinham como foco principal a separação dos poderes e a limitação do poder do soberano, independentemente da forma de regime, uma vez que a França, de forma diferente do que aconteceu nos Estados Unidos, não teve a república como forma de governo e seguiu com a monarquia. Todavia, a monarquia que se pretendia era um início de ideia democrática e distante do absolutismo.

Apesar de determinar a separação dos poderes e limites ao poder do soberano, as Constituições francesas não falavam sobre a norma constitucional ter força hierárquica superior em relação às outras leis, sendo que esse sentido variava de acordo com as Constituições que foram existindo no ciclo constitucional moderno francês. Ao mesmo tempo, não era dado ao poder judiciário o controlo de constitucionalidade difuso, sendo que a esse poder era atribuída apenas a aplicação das normas. Ainda assim, nesse período revolucionário, a ideia de reformar ou revisar a Constituição era muito resistente.

¹⁸⁸ CERQUEIRA, Marcello – **A Constituição na história: origem e reforma: da revolução inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**, p. 110-111.



É possível ver, nesses períodos revolucionários, que foi crescente a importância dada à separação dos poderes, aos limites do poder do soberano, à busca da aplicação do princípio da igualdade e da garantia da vontade geral pela lei. Há uma preocupação, nas Constituições revolucionárias, de se estabelecer a soberania da vontade geral, como diz Maurizio Fioravanti: “na era das revoluções, há um constitucionalismo da vontade geral, cujo modelo original é Hobbes, que tenta atribuir a realização dos princípios constitucionais, e em particular do princípio fundamental da igualdade, a poderes soberanos solidamente legitimados que podem e devem ter toda a autoridade necessária para impor a força da lei, mas que pode ser investida, na versão rousseauiana, do exercício direto e permanente da soberania popular”¹⁸⁹.

Depois da Revolução Francesa, seguindo pelo século XIX, outras revoluções liberais aconteceram na Europa, como em 1830 e 1848 na própria França e em 1820 em Portugal, esta a chamada Revolução Liberal do Porto – cujas repercussões impactaram o Brasil. Nesses movimentos, a Constituição foi usada como instrumento para limitar poderes da monarquia e garantir Direitos.¹⁹⁰

O período entre o século XVIII e XIX, que caminhou para o constitucionalismo liberal, foi marcado por grande valorização à limitação do poder da autoridade governamental, à separação dos poderes e à garantia das liberdades individuais clamadas pela burguesia, que se sentia, e era, politicamente prejudicada. Por sequência, é no início do século XX que surge o constitucionalismo social, em que se fala mais sobre os Direitos sociais das pessoas e a igualdade material (diferente da igualdade formal da ideia liberal), abraçando não só aos burgueses, mas ao povo, principalmente o proletariado.

No constitucionalismo liberal, até então, a Constituição tinha o principal objetivo de regular o Estado, de forma branda, com suas limitações e atuações, sem falar que este deveria, ou poderia, intervir na vida da comunidade, apenas garantir o básico dos Direitos de liberdade formal.

Nesse sentido, sobre a visão do ser humano cidadão pelo constitucionalismo liberal, José Afonso da Silva diz que “o indivíduo era uma abstração. O homem era considerado sem

¹⁸⁹ Tradução livre de: “*en la época de las revoluciones hay un constitucionalismo de la voluntad general, cuyo modelo originario es Hobbes, que trata de asignar la realización de los principios constitucionales, y en particular del principio fundamental de igualdad, a poderes soberanos sólidamente legitimados que pueden y deben tener toda la autoridad necesaria para imponer la fuerza de la ley, pero que puede revestirse, en la versión rousseauiana, del ejercicio directo y permanente de la soberanía popular*” (FIORAVANTI, Maurizio – **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales**, p. 38).

¹⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de – **Curso de Direito constitucional**, p. 11.

levar em conta sua inserção em grupos, família ou vida económica. Surgia, assim, o cidadão como um ente desvinculado da realidade da vida. Estabelecia-se igualdade abstrata entre os homens, visto que deles se despojavam as circunstâncias que marcam suas diferenças no plano social e vital. Por isso, o Estado teria que se abster”¹⁹¹.

Ao passo que as sociedades evoluíam, depois de passar pelas experiências liberais dos séculos até então, os pensamentos socialistas começam a se fazer presentes, como é o caso da obra *O manifesto comunista*, de Marx e Engels, que explora as teorias que ressaltam o enriquecimento daqueles que detêm os meios de produção e o empobrecimento do proletariado que produz. Além desse, outros aspetos levaram às discussões sobre Direitos económico-sociais a seguir atingidos.

A fase de constitucionalismo social teve sua ascensão após a Primeira Guerra Mundial, pela situação frágil em que a comunidade mundial se encontrava – somado ao pós-Revolução Russa –, de modo que apenas as ferramentas do Estado Liberal não seriam suficientes para contemplar as demandas e necessidades do período. É nesse lugar que se dá atenção ao chamado Estado Social, que considera que o Estado é responsável pelo bem-estar social e deveria intervir para que determinados Direitos fossem garantidos.

Destaca-se a importância de se transportar intelectualmente para cada momento histórico da formação do constitucionalismo para entender como os movimentos da história são muitíssimo relevantes e marcantes para o desenvolvimento das normas daquele período.

Sobre o período pós-Primeira Guerra, Caenegem explica que “a Europa viu-se envolvida num conflito dramático entre defensores da democracia liberal e das ditaduras de esquerda e de direita, conflito que dominou a maior parte do século e apenas foi resolvido nas últimas décadas. [...] Consequentemente, estas guerras e revoltas levaram muitas vezes à proclamação solene de cartas fundamentais das quais se esperava que estabelecessem uma melhor Constituição e que preservassem os Direitos e liberdades recém-adquiridos”¹⁹².

A Constituição mexicana de 1917 foi a primeira, nesse período, a trazer relevância às demandas sociais. Era previsto nessa norma constitucional, por exemplo, a diferenciação entre a propriedade originária, que seria da nação, da propriedade privada de uso particular; a

¹⁹¹ SILVA, José Afonso da – **Teoria do conhecimento constitucional**, p. 69.

¹⁹² CAENEDEM, Raoul C. Van – **Uma introdução histórica ao Direito constitucional ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 44.



Constituição mexicana atribuiu a finalidade da propriedade que limitava o poder absoluto do interesse individual sob o interesse coletivo e bem-estar social.¹⁹³

Dois anos depois, outra importante Constituição social surge com atenção aos Direitos sociais: a Constituição de Weimar, de 1919. Essa Constituição trouxe de forma decisiva a república para a Alemanha, tornando-a uma república federativa com 17 estados.

Mas, para além da república, a Constituição de Weimar consagrou o marco nos Direitos sociais, estabelecendo o Estado como o garantidor das políticas públicas para a promoção do bem-estar social. Na Constituição alemã de Weimar estavam presentes os Direitos da pessoa individual, Direitos da vida social, Direitos da vida religiosa, Direitos à educação e escola e os Direitos da vida económica. Assim como na Constituição mexicana, foram mantidos os Direitos sociais e económicos pertencentes à realidade capitalista junto da garantia dos Direitos fundamentais individuais.¹⁹⁴

Há de se destacar, mesmo que de forma breve, como a visão sobre a democracia foi sendo construída em todos os períodos, com forte atenção ao constitucionalismo moderno liberal, que começou a impor a vontade geral, por meio de lei, além das formas republicanas de governo. No período do constitucionalismo social, em que esse aspeto foi sendo readaptado, ou até transformado, de forma a entender que a democracia vai além de somente limitar o poder e dar poder soberano às leis que são erigidas sob a forma democrática.

Segundo Miguel Gualano de Godoy, “nas constituições sociais, o compromisso democrático revela-se na inclusão da sociedade como titular de Direitos sociais, que devem ser garantidos e realizados tanto quanto os Direitos individuais”¹⁹⁵.

Ainda no século XX, quase na sua metade, a Segunda Guerra Mundial trouxe impactos relevantes ao constitucionalismo, que hoje é considerado constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo.

Trata-se de um movimento constitucionalista que ilustra as cartas constitucionais que surgiram após a Segunda Guerra Mundial, dando também uma atenção especial a partir da década de 70, um período pós-ditadura em diversos países, como o caso do Brasil e Portugal.

Aqui “se trata de constituições que não se limitam a estabelecer competências ou a separar os poderes públicos, mas contêm altos níveis de normas ‘materiais’ ou substantivas

¹⁹³ GODOY, Miguel Gualano – **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da – **Teoria do conhecimento constitucional**, p. 70.

¹⁹⁵ GODOY, Miguel Gualano – **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**, p. 50.



que condicionam a atuação do Estado por meio de organização de determinadas metas e objetivos”¹⁹⁶. Além disso, as Constituições do constitucionalismo contemporâneo possuem uma ampla gama de Direitos fundamentais e preocupação com o bem-estar social, que reafirmaram a importância da relação entre o Estado governante e os cidadãos governados.

São exemplos de Constituições que nasceram desse momento pós-guerra, influenciadas principalmente pela Constituição alemã de 1949, a Constituição portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a Constituição brasileira de 1988.

É difícil citar o constitucionalismo contemporâneo sem se debruçar objetivamente em aspetos relativos à Segunda Grande Guerra e ao período posterior, principalmente na Europa. Tony Judt, em sua obra sobre o período pós-guerra, escreveu que “uma era chegara ao fim e nascia uma nova Europa. Isso era óbvio. Mas, com o fim da velha ordem, muitos conceitos antigos seriam questionados. O que antes parecera permanente e, de certo modo, inevitável assumiria um caráter passageiro”¹⁹⁷.

A disputa entre comunismo e capitalismo, a guerra fria, tantas mortes e tantos outros embates ocorridos nessa segunda metade do século XX não poderiam mais ser compreendidos como resultado de uma luta de pura ideologia ou disputa política.¹⁹⁸ Houve a necessidade de, após tantas perdas, reestruturar cidades, países e, por consequência, o ordenamento jurídico dos Estados, não apenas na Europa, mas em todo o mundo, uma vez que os impactos da Segunda Guerra afetaram grande parte do território mundial.

Laurence Rees retrata como foi esse período na Europa com uma atenção especial ao que ocorreu no regime nazista alemão ao mesmo tempo em que aconteciam as disputas militares mundiais. Ele questiona: “como uma situação dessas pôde chegar a existir no mundo? Como era possível que padrões comuns de decência e moralidade tivessem sido invertidos de maneira tão inacreditável que um gesto compassivo de alguém encaminhando o próprio irmão para ficar com a mãe ajudasse a provocar sua morte, e que a única chance de uma jovem mãe sobreviver mais do que um dia fosse ter seu bebê tirado dela e assassinado?”¹⁹⁹

¹⁹⁶ Tradução livre de: “*se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos*” (CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García – **El canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 162).

¹⁹⁷ JUDT, Tony – **Pós-Guerra: uma história da Europa desde 1945**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 15.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 15-16.

¹⁹⁹ REES, Laurence – **O Holocausto: uma nova história**. São Paulo: Vestígio, 2018, p. 11.

Depois de um período de conflito tão intenso como foi o da Segunda Guerra, a Europa se via sem perspectiva, com cidades destruídas e um número enorme de perdas. Entretanto, muito além das perdas materiais, milhões de perdas humanas estavam na conta naquele período.

Por consequência desse momento, o constitucionalismo contemporâneo buscou abraçar o constitucionalismo social e aprimorá-lo de forma a trazer, com mais força, a proteção dos Direitos humanos fundamentais, a partir de uma atuação presente do Estado em promover a luta contra as desigualdades – não deixando isso apenas ao indivíduo – e, junto disso, a organização e a estrutura do poder público.

Mas, para além do constitucionalismo social do século XIX e da primeira metade do século XX, o constitucionalismo contemporâneo tem características específicas que merecem ser destacadas. É a partir dele que o poder judiciário ganha mais destaque e passa a atuar de forma mais ativa tanto no controlo da constitucionalidade quanto na interpretação das normas constitucionais.

As atribuições do poder judiciário passam a estar descritas dentro da própria Constituição, o que toca outra característica do constitucionalismo contemporâneo: a constitucionalização das normas e princípios. A Constituição contemporânea procura trazer, em seu próprio texto, regulamentação para quase todos os assuntos da organização estatal e das relações da sociedade.

Dessa maneira, vê-se o surgimento do que se denomina *ativismo judicial*, em que a jurisdição do poder judiciário, com resoluções e decisões dos tribunais e de juízes de qualquer instância, atua de modo direto na manutenção dos Direitos constitucionais, no controlo de constitucionalidade e na interpretação das normas de acordo com a hermenêutica constitucional determinada pela norma maior.

Miguel Carbonell diz que, “no paradigma neoconstitucional, os juízes são de grande relevância, pois o ordenamento jurídico deve ser garantido em todas as suas partes por meio de mecanismos jurisdicionais”²⁰⁰. O mesmo autor considera, ainda, que a Constituição do constitucionalismo contemporâneo é “intrometida” por tratar de tantos assuntos e atuar em tantas áreas e se concentrar em tantos aspetos da vida social.

²⁰⁰ Tradução livre de: “*en el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales*” (CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García – **El canon neoconstitucional**, p. 163).



Esse ativismo judicial visto no constitucionalismo contemporâneo é um novo marco. Antes, na história, não se tinha falado em tanta atuação do poder judiciário em relação à lei maior do Estado, gerando “uma explosão da atividade judiciária e envolve ou requer algum grau de ativismo judicial, e em grande medida superior ao observado anteriormente”²⁰¹.

Essa constitucionalização das normas, cunhada pelo constitucionalismo contemporâneo ao momento em que todas as normas do ordenamento jurídico estão ligadas à Constituição, formalmente ou por interpretação, reúne algumas características específicas segundo Miguel Carbonell²⁰²: (1) a Constituição rígida; (2) a garantia jurisdicional da Constituição; (3) a força normativa da norma constitucional; (4) a “super interpretação” da Constituição; (5) a aplicação direta das normas constitucionais mesmo nas relações privadas; (6) a interpretação das leis; e (7) a influência da Constituição no debate político.

Tanto no constitucionalismo contemporâneo quanto na constitucionalização do ordenamento jurídico que este acompanha, vê-se presente o conceito de *Constituição rígida*. A Constituição possui uma rigidez quanto à sua alteração, sendo, inclusive, considerada super-rígida sem nenhuma previsibilidade de alteração. De certa forma, essa característica garante a segurança das normas constitucionais e sua soberania.

Consequentemente, essa rigidez garante a força jurisdicional da Constituição e, dessa forma, a norma constitucional pode se impor em relação às outras leis; daqui deriva, também, o controlo de constitucionalidade, além de permitir verificar a efetiva aplicação das normas constitucionais.

O constitucionalismo contemporâneo traz como marco a sua extensão quanto à interpretação, que comporta inclusive uma ampliação interpretativa da norma constitucional, quando o intérprete não se limita apenas à norma constitucional, recorrendo às interpretações por princípios implícitos “adequados para regular quase todos os aspectos da vida social e política e, portanto, também adequados para condicionar de forma muito incisiva o conteúdo de uma parte do sistema jurídico”²⁰³.

²⁰¹ Tradução livre de: “*el neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, e buena medida superior al que se había observado antes*” (CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García – **El canon neoconstitucional**, p. 163).

²⁰² *Ibid.*, p. 167-169.

²⁰³ Tradução livre de: “*idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política y por ende idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de un parte de ordenamiento jurídico*” (*ibid.*, p. 167-169).



Não se olvide que o constitucionalismo contemporâneo, ao estabelecer como matriz a dignidade da pessoa humana, fortalecendo e valorizando, por consequência, o rol dos Direitos humanos e fundamentais, permite que sua interpretação e aplicação façam parte da vida social e política direta dos cidadãos.

Miguel Gualano de Godoy expõe que “as constituições contemporâneas, ao reafirmarem o princípio da soberania popular, assumiram a democracia como princípio basilar. Elas retomaram a tradição revolucionária das declarações de Direitos, expandindo suas disposições normativas até os Direitos sociais, os quais tinham sido apenas de maneira muito efêmera no curso da Revolução Francesa”²⁰⁴.

O constitucionalismo contemporâneo também tem certa tridimensionalidade, que se sintetiza na dignidade da pessoa humana, na Constituição material e na soberania da democracia.

Em que pese o constitucionalismo apresente gênese comum, o movimento constitucional de cada Estado foi munido de características e particularidades²⁰⁵ específicas do povo, com seus valores morais, éticos, políticos, sociais e culturais que convertem para que se identifique a tipologia constitucional daquele Estado, de forma que deve-se optar pela rejeição da adoção em termos de constitucionalismo de uma espécie de modelo comercial de *export/import*.²⁰⁶

Há que se reconhecer que, para além da tipologia das Constituições e/ou do Constitucionalismo de cada Estado/País, tem-se também patologias próprias, que decorrem da compreensão de que a gênese do constitucionalismo permite compreender “três importantes questões: a primeira da Constituição e dos Poderes Constituídos, a segunda a Constituição como mandato normativo, isto é, como dever de legislar, a terceira como qualidade das

²⁰⁴ GODOY, Miguel Gualano – **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**, p. 54.

²⁰⁵ Pedro Cruz Villalón traz um exemplo interessante que justifica o estudo da tipologia: um jurista, sem ter qualquer informação acerca do nosso país, resolve conhecer a estrutura do nosso Estado, a estrutura Constitucional, e para tanto procura um exemplar da Constituição limitando-se ao seu texto. Seria factível afirmar que esse jurista realmente conhece a nossa ordem constitucional? Certamente a resposta será negativa, pois a sua compreensão não será plena tampouco da realidade constitucional (VILLALÓN, Pedro Cruz – **La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución**. 2.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 377).

²⁰⁶ KOSTA, Emilio Kafft – **Estado de Direito – O Paradigma Zero: Entre Lipoaspiração e Dispensabilidade**. Coimbra: Almedina, 2007.



normas Constitucionais, que está para além do sentido semântico, e comporta o carácter evolutivo, próprio da mudança e transformação”²⁰⁷.

Essas três questões convergem aos dilemas que a gênese do constitucionalismo vivencia nesse primeiro quarto do século XXI, que inicialmente convergem quanto ao embate entre uma teoria constitucional democrática e uma teoria constitucional neoliberal. Ocorre que as sucessivas crises económicas que os diversos países ou regiões vivenciaram nas últimas décadas formam o “efeito combinado de uma desaceleração do crescimento e uma aceleração da desigualdade”²⁰⁸.

O pensamento de Mounk, na verdade, não é novo e corresponde às ideias, embora com outra roupagem, que Robert Dahl²⁰⁹ apontava décadas antes e que avançam para o dilema de que o constitucionalismo pleno – assim como a democracia – é quase uma utopia, até pela célebre lição de que o homem vai até que encontre limites, sendo um eterno desafio a contenção do autoritarismo, que nas épocas de crise económica/financeira sempre é cogitado como uma saída, tendo em vista a facilidade em estabelecer inimigos ou culpados pela crise.

Para além do embate com o viés económico, o paradoxo entre a regra da maioria (democracia) e a contenção da autonomia ou o estabelecimento de limites (constitucionalismo) aparentam uma tensão inconciliável. Entretanto, é preciso compreender, como se demonstrou, que o constitucionalismo, para além da construção histórica de ideias políticas, cada vez mais se torna jurídico, fornecendo ferramentas à própria democracia para sua salvaguarda, costurando um tecido social absolutamente civilizatório e humanista que amolda de forma balanceada as democracias constitucionais, afastando, portanto, qualquer aparente paradoxo. Partindo da tipologia à patologia da gênese do constitucionalismo, observa-se que há uma transformação no sentido de que o constitucionalismo é essencialmente antitotalitário, e passa-se a buscar a construção de mecanismos para impedir violações e, ao mesmo tempo, dar efetividade à voz do povo “não somente como órgão constitucional de Estado, mas, como órgão constitucional de soberania”²¹⁰.

²⁰⁷ AVILA JUNIOR, Luiz Carlos – Tipologia e Patologia da Constituição Brasileira. In AVILA JUNIOR, Luiz Carlos (coord.) – **Constituição & Direitos: Estudos Contemporâneos para uma melhor Efetividade do Constitucionalismo**. Porto: Juruá Editorial, 2020. p. 17-37, p. 26.

²⁰⁸ MOUNK, Yascha – **El Pueblo contra la democracia: Por qué nuestra libertad está en peligro y como salvarla**. Barcelona: Paidós, 2018, p. 159.

²⁰⁹ DAHL, Robert A.; LINDBLOM, Charles – **Política, economia e bem estar social**. Rio de Janeiro: Livradora, 1971.

²¹⁰ RODRIGUES, Luis Barbosa – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**, p. 17.



Observa-se que a gênese do constitucionalismo, marcada por uma transição gradual das normas consuetudinárias para o reconhecimento de documentos constitucionais escritos, ilustra um profundo diálogo entre doutrinas jurídicas e práticas políticas. Esse diálogo não foi uma simples transição linear, mas um processo complexo de interação entre ideais teóricos e sua aplicabilidade prática, refletindo a dinâmica entre o poder e os Direitos fundamentais dos cidadãos.

No coração desse processo estava o reconhecimento crescente de que o poder absoluto dos monarcas e governantes precisava ser limitado para proteger os Direitos e liberdades dos indivíduos. Esse reconhecimento não emergiu no vácuo, mas foi o resultado de séculos de desenvolvimento teórico, debates filosóficos e confrontos políticos.

A Magna Carta de 1215 é um exemplo primordial dessa interação, em que a pressão dos barões ingleses levou à criação de um documento que limitava o poder do rei e estabelecia Direitos legais para os “homens livres”. Esse documento não apenas refletia as tensões sociais e políticas da época, mas também servia como um precedente para o desenvolvimento de futuras teorias constitucionais.

O constitucionalismo moderno, em especial a partir das revoluções liberais do século XVII, destacou ainda mais esse diálogo entre teoria e prática. As ideias de John Locke²¹¹ sobre o governo limitado e a separação de poderes não apenas influenciaram teoricamente o desenvolvimento do constitucionalismo, mas também encontraram expressão prática em documentos como a *Bill of Rights* inglesa de 1689 e, posteriormente, na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787.

Esses documentos incorporaram princípios teóricos em estruturas governamentais concretas, demonstrando a capacidade da teoria constitucional de moldar a prática política.

Além disso, a Constituição dos Estados Unidos exemplifica como as doutrinas constitucionais podem ser adaptadas e implementadas em diferentes contextos, influenciando a formação de novas práticas constitucionais.

A inclusão de um processo de emendas na Constituição dos EUA, por exemplo, permitiu que o documento evoluísse ao longo do tempo, refletindo uma compreensão dinâmica do constitucionalismo que reconhece a necessidade de adaptação às mudanças sociais e políticas.

²¹¹ LOCKE, John – **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis: Vozes, 1994.



No século XX, o constitucionalismo social e, em seguida, o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, reforçaram a importância do diálogo entre teoria e prática. A incorporação de Direitos sociais, económicos e culturais nas Constituições reflete a influência de teorias sociais e filosóficas sobre as práticas constitucionais, destacando o papel do Estado na promoção do bem-estar social e na garantia de uma igualdade mais substantiva.

Esse diálogo contínuo entre as doutrinas e as práticas constitucionais demonstra que o constitucionalismo não é estático, mas um campo vibrante de interação entre ideais teóricos e sua aplicação no mundo real. Cada período histórico de desenvolvimento constitucional mostra como os princípios teóricos são testados, adaptados e, por vezes, reformulados em resposta às necessidades práticas e aos desafios enfrentados pelas sociedades.

Ao pesquisar essa evolução, torna-se evidente que a história do constitucionalismo é marcada por um esforço contínuo para equilibrar o poder governamental com a proteção dos Direitos fundamentais, um esforço que permanece central para o desenvolvimento das democracias modernas.

2.2 O CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS

Segundo Luis Barbosa Rodrigues, a gênese do constitucionalismo português é dividida, no início, em dois grandes períodos: o primeiro que se refere à Constituição Antiga, que corresponde ao período entre 1140 e 1820, onde “não existe uma nítida separação entre, de um lado, o Rei e, de outro lado, o próprio Reino”²¹².

Ao nosso sentir, ainda nesse período há um importante movimento social que merece ser registrado, a crise sucessória iniciada em 1578, quando D. Sebastião desapareceu na batalha de Alcácer-Quibir contra os mouros no Marrocos. Sem deixar herdeiros para sucedê-lo, o trono português foi assumido por D. Henrique, tio-avô de D. Sebastião, que faleceu dois anos depois, também sem herdeiros para suceder o trono.

O rei espanhol Filipe II, que possuía parentesco com a então coroa portuguesa, reivindicou – em disputa com outras duas famílias – o trono português. Invadira Portugal, ocasionando pequenos conflitos, mas sagrou-se vencedor e sendo coroado Rei de Portugal em 1580.

Em 21 de agosto de 1637, não suportando mais aumentos de impostos – que decorriam em grande medida como forma de custeio das guerras que a Espanha travava à

²¹² RODRIGUES, Luis Barbosa – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**, p. 25.

época –, um grupo liderado por João Barradas e Sesisnando Rodrigues, respetivamente procurador e escrivão de Évora, se insurgem contra o domínio espanhol. O movimento social iniciado na verdade não tinha propriamente um líder; atuou por uma espécie de anonimato com reivindicações e manifestações sob o pseudônimo de Manuelinho de Évora, que era um conhecido doente mental da região.

A Espanha conseguiu conter o movimento, inclusive levando à morte João Barradas e Sesisnando Rodrigues, contudo não conseguiu conter a centelha da “revolução” lançada por eles, tanto que três anos depois, em 1º de dezembro de 1640, ocorre a chamada Restauração da Independência, que culmina com o rompimento da União Ibérica, devolvendo a soberania a Portugal.

Ainda no período antigo, observa-se “a presença de Sebastião José de Carvalho e Melo, Marquês de Pombal, a conduzir uma modelação fática e jurídica radicalmente diversa... Reformador revolucionário, e, entre nós, singular – Pombal dirige, em escassos dez anos, um intenso processo de transformação das estruturas do Estado”²¹³.

Pombal foi diplomata na Inglaterra entre 1738 a 1743 e na Áustria de 1745 a 1749. Muito possivelmente essas experiências lhe trouxeram um outro olhar sobre Portugal, reconhecendo-o de uma certa forma como um País desconectado do contexto culto da Europa. Pombal, com ideais do iluminismo, pretendeu a derrubada de fronteiras intelectuais, cuja finalidade seria eliminar o famigerado “atraso”, sinônimo de tradicionalismo, arcaísmo e imobilidade, em seu diagnóstico.

Em 1755, Lisboa sofreu um grande terremoto, vivenciando uma gigantesca catástrofe. Marques de Pombal foi o principal artífice em reconstruir verdadeiramente das cinzas a cidade, o que lhe rendeu a imagem de homem invencível, incansável e protegido – resultado, principalmente, do fato de sua casa ter sido poupada pelo terremoto.²¹⁴

Marques de Pombal, imbuído da condição de reformador, buscou introduzir novos padrões e novas formas de pensar, não propriamente do estrangeiro para com os portugueses, mas sim dos próprios portugueses, o que lhe atraiu uma paradigmática intervenção na educação e na própria inclusão social, que gradualmente converge em um certo movimento social, tanto em apoio a esse ideal de mudança quanto por Marquês de Pombal utilizar-se de

²¹³ RODRIGUES, Luis Barbosa – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**, p. 28.

²¹⁴ CARVALHO E MELO, Sebastião José de (org.) – **Memórias secretíssimas do Marquês de Pombal e outros escritos**. Lisboa: Europa-América, 2018, p. 17-18.



métodos de convencimento contundentes, que se revestiam de um grau elevado de obrigatoriedade, o que acirrava descontentamentos e resistências.

Esse embate de forças, diante da incapacidade de Marques de Pombal equilibrá-las, acaba por permitir uma sobreposição dos interesses do Estado/Coroa sobre os interesses da sociedade.

No segundo período, que se denomina Constituição moderna²¹⁵, são identificados dois momentos na história das Constituições: o período constitucional monárquico e o da ascensão da república. Dentro desses dois momentos, em cada um deles, as Constituições portuguesas passam por transformações.

Com a permanência do Rei D. João VI na então colônia do Brasil, Portugal ficou sob a administração de um protetorado britânico, com consentimento do monarca. Diante de crises e conflitos entre a burguesia e o poder absoluto do rei, irrompeu-se, em 1820, a Revolução Liberal do Porto.

O movimento era uma revolução de cunho liberal, que protestava pelo fim do absolutismo monárquico, assim como ocorreu em terras europeias em anos anteriores, e que pedia o retorno do rei a Portugal e a instauração de uma monarquia constitucional, visando limitações ao poder absoluto da monarquia.

Com essa revolução nasceu a Junta Provisional do Governo Supremo, que administrou Portugal após a revolução até o momento da criação da assembleia constituinte. No mesmo ano, a Junta Provisional procedeu à eleição dos membros das Cortes Extraordinárias e Constituintes (que atuaram como uma assembleia constituinte), que, em 1822, elaboraram a primeira Constituição portuguesa.

2.2.1 A Constituição de 1822

A Constituição de 1822 era “uma Constituição que faz apelo aos ideais da Revolução Francesa e, em particular, à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, reclamando-se, em consequência, do princípio da ‘soberania nacional’, una, indivisível e inalienável, como título de legitimidade, apresentando-se por isso como produto de um poder constituinte unilateral, sem dependência de sanção real”²¹⁶.

²¹⁵ Que contempla a vigência de oito Constituições: 1822, 1826, 1838, 1911, 1918, 1933, 1976 e 1982.

²¹⁶ QUEIROZ, Cristina – **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**, p. 209.



O constitucionalismo vintista teve como inspiração os textos constitucionais da França de 1791 e da Espanha, que representavam uma ideologia política liberal e democrático-radical que unia o tradicionalismo, visto na ligação do Estado com a Igreja Católica constatado no próprio preâmbulo do texto constitucional, e as correntes liberais e democráticas que predominavam na modulação do poder.²¹⁷

Logo no artigo 1.º da Constituição vê-se que foi exposto seu objetivo influenciado pelo liberalismo moderno: “A Constituição política da Nação Portuguesa tem por objeto manter a liberdade, segurança, e propriedade de todos os Portugueses”.

Cunhou formalmente uma monarquia representativa, em que havia o modelo de separação de poderes de Montesquieu, contemplando os poderes legislativo, executivo e judiciário (descrito no artigo 30.º). O poder legislativo pertencia ao parlamento, denominado de Cortes, o poder judiciário pertencia aos juizes e o poder executivo foi atribuído ao rei e seus secretários. Nesse mesmo dispositivo, foi disposto o princípio que resguardaria a autonomia dos poderes, que diz que cada um dos poderes é independente e que um não podia atribuir a si as competências do outro.

As Cortes, responsáveis pelo legislativo, eram consideradas a representação da nação portuguesa, e seus deputados eram eleitos, a cada dois anos, por voto censitário, sendo excluídos aqueles não considerados cidadãos à época, como as mulheres, analfabetos, criados, entre outros que não detinham poder económico relevante e não exerciam os Direitos de cidadão dispostos nos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 24.º. Reuniam-se todo ano em assembleia, que durava 3 meses, e tinham como atribuição não só a criação de leis em si, mas também a manutenção e decisão de vários outros atos políticos, como a instituição de impostos, assuntos sobre a defesa do Estado etc. As criações e decisões legislativas das Cortes estavam sujeitas à sanção do rei.

O poder executivo exercido pelo rei era um tanto quanto limitado. Este tinha como atribuição a contratação ou demissão de seus secretários, editar regulamentos e tinha o poder do veto suspensivo em relação às leis ordinárias criadas pelas Cortes. Além disso, o rei não podia dissolver ou suspender as Cortes e não era responsável politicamente (artigo 121.º).

O poder judiciário estava atribuído aos tribunais, e era o rei quem nomeava os magistrados. Nessa organização política, o poder legislativo, atribuído às Cortes, era considerado dominante e detinha maior poder e influência; o monarca, aqui, possuía uma

²¹⁷ MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 134.



participação diminuída. A Constituição considerava o Brasil como parte do território, e o poder executivo da colônia, chamado de Regente, era determinado pelas Cortes.

Há forte influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao dispor sobre os Direitos individuais dos portugueses. O Título I da Constituição se inicia com os dizeres “Dos Direitos e Deveres Individuais dos Portugueses” e dispõe, principalmente, de Direitos que prezavam pela liberdade. Por exemplo, a liberdade de agir se não há proibição legal (art. 2.º), a inviolabilidade do domicílio (art. 5.º), a liberdade de comunicação e expressão (art. 7.º), pena proporcional ao delito (art. 11.º), a igualdade na aplicação das leis (art. 9.º), entre outros Direitos básicos fundamentais para a segurança do povo português.

O artigo 28.º previa a possibilidade de revisão constitucional após quatro anos de vigência, que ficaria a cargo das Cortes, o que acabou não ocorrendo posto que em 1826 outra Constituição foi outorgada no território português.

A Constituição de 1822 teve vigência curta. Logo em 1823, uma revolta liderada pelo Príncipe Dom Miguel, de cunho absolutista e requerendo o tradicionalismo de volta, forçou o Rei João VI a revogar a Constituição, voltando a vigorar as leis fundamentais da monarquia Tradicional.

Com o falecimento de Rei João VI, seu filho, Dom Pedro, deixa o Brasil e assume o trono como novo rei de Portugal. Foi nesse momento que, em 1826, foi outorgada a nova Constituição portuguesa. Essa Constituição, diferente da anterior, tinha carácter mais tradicional equilibrado com o liberalismo da época e foi outorgada não por um poder constituinte de representação nacional, mas sim pela vontade exclusiva do monarca.

2.2.2 A Constituição de 1826

Na Constituição de 1826, o rei detinha mais poderes, mas traz um ponto de inovação ao estabelecer um quarto poder: o moderador. Além da tripartição dos poderes em legislativo, executivo e judiciário, a Constituição dispôs de mais um poder, que seria exercido pelo rei. O poder legislativo pertencia às Cortes, que ainda dependiam da sanção do rei; o poder judiciário era atribuído aos juízes e jurados; o poder executivo pertencia ao rei e era exercido por meio de seus ministros.²¹⁸

²¹⁸ QUEIROZ, Cristina – **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**, p. 213.

Cristina de Queiroz descreve que “o poder moderador, o quarto que se acrescenta, ‘compete privativamente ao Rei’, ‘chefe do Supremo da Nação’, ‘para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos’, definido no próprio texto da Carta, liminarmente, como ‘a chave de toda a organização política’”²¹⁹. Tais dizeres estavam incluídos no texto do artigo 74.º da Constituição de 1826.

Nesse texto constitucional houve uma tentativa de distinguir os poderes próprios do monarca e os poderes próprios do executivo, posto que o segundo era realizado pelos ministros. Entretanto, pela visão de Carlos Blanco de Moraes, “havia, sem embargo, alguma confusão entre os poderes Executivo e Moderador do Monarca, já que a Carta situava na esfera do segundo a nomeação dos Ministros, realidade que pareceria mais consentânea com os poderes do Rei como Chefe do Executivo”²²⁰. Essa atuação do rei pelo poder executivo e moderador trazia a ele, diferentemente da Constituição de 1822, um poder mais dominante e mais influente no sistema político.

O poder legislativo era composto pelas Cortes, nesse momento bicameral, sendo a Câmara dos Pares, preenchida por membros nomeados pelo rei e sem número fixo, e a Câmara dos Deputados, que era eleita por voto indireto e censitário e com mandato de quatro anos. De forma semelhante à Constituição anterior, as Cortes eram responsáveis pela legislação e outras competências políticas diversas, podendo ocorrer a deliberação das duas Câmaras em caso de processo complexo (conforme os artigos 48.º ao 55.º) e estavam sempre submetidas ao veto do monarca que, nesse momento, possuía o poder de sanção absoluta.²²¹

Os Direitos fundamentais continuaram previstos no texto constitucional, agora no final do texto escrito em vez de no início, e previam os Direitos naturais e políticos juntos, sem uma separação clara. O que a norma constitucional trouxe de inovação para os Direitos fundamentais foi a liberdade religiosa junto a uma limitação à censura imposta pela igreja, bem como liberdade de trabalho e de circulação. Ademais, foi instituído um sistema de socorro público e a gratuidade da instrução primária a todos os cidadãos (previsto no artigo 154.º). Sobre a possibilidade de revisão do texto constitucional, a prática era de que poderiam ser feitos aditamentos, ou atos adicionais, pelas Cortes com a sanção do Rei.

²¹⁹ QUEIROZ, Cristina – **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**, p. 213.

²²⁰ MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 139.

²²¹ *Ibid.*, p. 140.



A Constituição de 1826, apesar de ser considerada a Constituição de maior longevidade, passou sua vida por momentos de muita turbulência. Sua vigência foi marcada por uma não receção da carta constitucional, o que fez com que os insatisfeitos lutassem contra os ideais nela contidos.

Foi em 1827 que D. Pedro nomeou D. Miguel como seu regente e este, meses depois em 1828, dissolveu a Câmara dos Deputados e reuniu representantes dos estados do Reino para revogar a presente Constituição. Em assembleia reunidas, as Cortes decretaram D. Miguel como soberano e a volta das leis da monarquia tradicional, o que rompe o período constitucional e instaura uma forte guerra civil até o ano de 1834, que resulta na criação de grupos políticos opositores e a favor do governo.

Mas foi com a revolução de setembro de 1836 que o governo de D. Miguel é derrubado, a guerra civil tem o seu fim e a Constituição de 1822 se torna, mais uma vez, vigente. Pelos dois anos seguintes, é a carta constitucional vintista que rege o território português, até que, em 1838, é decretada a nova Constituição.

2.2.3 A Constituição de 1938

“Aceitada e jurada pela Rainha D. Maria II, mas decretada, à semelhança do texto de 1822, por Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes, o texto de 1838 resulta de um compromisso entre as forças de 1822 e de 1826, de um pacto entre os princípios monárquico e da representação nacional”²²². Foi uma Constituição que tentou equilibrar os correntes ideais dos grupos conservadores-liberais e os radicais-democratas que se fortificaram no último período.

Essa nova Constituição trouxe como organização política a tripartição dos poderes, abolindo o poder moderador, o quarto poder criado na Constituição de 1826 e que pertencia ao monarca, contemplando apenas a separação entre os poderes executivo, legislativo e judiciário.

O poder legislativo, conforme disposto no artigo 34.º, competia às Cortes e estava sujeito à sanção do rei. Sem entrar em muitos detalhes, a Constituição não expõe sobre esse poder de veto do monarca, o que se entende ser um veto absoluto. O parlamento era formado por duas câmaras: a Câmara dos Deputados e um Senado. Os deputados eram eleitos de forma

²²² QUEIROZ, Cristina – **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**, p. 217.



direta, mas restrita àqueles considerados cidadãos; tinham um mandato de três anos e, para serem eleitos, precisavam ter renda anual de quatrocentos mil réis (artigo 74.º). Os Senadores também eram eleitos de forma direta por um mandato de seis anos e dispunham de determinados requisitos para serem eleitos; o artigo 77.º esclarece que os senadores precisavam ter renda anual de dois contos de réis e precisavam ocupar certas posições de destaque social, como bispos ou arcebispos, comerciantes com lucro anual em quatro contos de réis, marechais do exército, entre outras profissões de grande *status* social.

O poder executivo era exercido pelo monarca por meio de seus ministros, que podiam ser nomeados ou demitidos a qualquer momento pelo rei, que também tinha o poder do veto sobre as decisões do legislativo e de dissolver a Câmara dos Deputados caso entendesse necessário para o Estado. Conforme o artigo 123.º, o poder judiciário era composto pelos juízes e jurados que eram nomeados pelo rei.

Quanto ao seu conteúdo, o Título III “Dos Direitos e Garantias dos Portugueses” estabelece os Direitos fundamentais da nação, uma certa repetição do que tinha sido declarado em Constituições anteriores, porém com algumas inovações. Reafirmava a liberdade religiosa como Direito, incluindo a não perseguição (artigo 11.º), e trazia como novo o Direito à liberdade de reunião e de associação (artigo 14.º) e o Direito de reagir a ordens caso haja violação das garantias individuais (artigo 25.º).

Assim como a Constituição anterior, era possível a revisão do texto constitucional por meio de atos adicionais feitos pelas Cortes, entretanto sem a necessidade de veto do rei, disposto no artigo 139.º. Todavia, a Constituição política de 1838 teve duração curta e atribulada; com quase quatro anos de mandato, em 1842, o ministro da Rainha D. Maria II, Costa Cabral, articulado pela revolução de setembro, pôe fim à vigência da norma constitucional e decreta o retorno da Carta Constitucional de 1826.

Foi um período de um governo ditatorial, e a Carta Constitucional sofreu várias alterações por meio de atos adicionais. Com as modificações e a atuação do governo eclodiu um sistema parlamentar “artificial”, que era construído e moldado de forma que fosse capaz de manter os interesses vigentes do poder, porém de modo que parecesse representativo.

O que ocorria, segundo Cristina Queiroz, era um “rotativismo ministerial” *em que* “o rei dissolvia as Cortes, nomeava como Primeiro-Ministro o líder do partido da oposição, e em eleições gerais este era sufragado pelos eleitores, graças a um sistema bem oleado de uma



‘rede de caciques locais’, que mobilizavam os eleitores na direção pretendida em troca de promessas de favores políticos”²²³.

Foi com os atos adicionais que o rei passa a ter mais poder e o parlamento começa a ser suprimido, como na alteração de 1896, que determinou que os membros das Cortes tivessem mandatos vitalícios e a atribuição ao rei de dissolver a Câmara dos Deputados.

Caminhando para o final do século XIX ressaltou-se uma crise político-económica em Portugal, o que culminou em uma crise do regime monárquico e a fortificação das correntes republicanas. Em 1910, José Relvas proclamou a república em Portugal, pondo fim ao regime monárquico; Teófilo Braga assumiu como Presidente da República. Enquanto governo provisório, o chefe de Estado convocou uma assembleia constituinte para a adoção de novas medidas.²²⁴

2.2.4 A Constituição de 1911

A Constituição republicana de 1911 nasceu com grande influência da Constituição da primeira república brasileira de 1891 e instituiu uma organização política baseada em um parlamentarismo de assembleia que contava com um Presidente da República e seguiu com a tradição da tripartição dos poderes. Além do mais, essa Constituição trouxe algumas inovações no campo dos Direitos fundamentais. No rol do artigo 3.º estabeleceu-se a separação do Estado e da Igreja, consagrando o Direito à liberdade religiosa e igualdade a todos os cultos, garantindo o exercício de outras crenças e que ninguém fosse perseguido por motivo de religião. Continuando com as inovações, o artigo 4.º inaugurou na história constitucional portuguesa uma cláusula aberta de Direitos fundamentais, também assegurando a garantia daqueles não expressos no rol constitucional.

O poder legislativo pertencia ao Congresso da República, que era formado pela Câmara dos Deputados e o Senado, ambas as câmaras eleitas de forma direta pelo povo. A legislatura de cada câmara tinha a duração de três anos e as sessões legislativas duravam quatro meses. Os Deputados, para serem eleitos, deveriam ter no mínimo vinte e cinco anos de idade e lhes eram atribuídas as decisões de maior peso político para a nação, enquanto os

²²³ QUEIROZ, Cristina – **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**, p. 220.

²²⁴ MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 145.



Senadores precisavam ter a idade mínima de trinta e cinco anos e representavam os distritos e as províncias ultramarinas.²²⁵

Nesse sistema de parlamentarismo de assembleia é o Congresso o detentor de maior poder, influência e relevância, sendo que a posição do Presidente acaba por ser apenas de figura simbólica. Era o Congresso quem elegia o Presidente, que tinha um mandato de quatro anos e não podia ser reeleito consecutivamente. Cabia ao Presidente a promulgação das propostas de leis do Congresso, porém sem o poder de veto. Cabia, ainda, ao Congresso da República a destituição do Presidente se deliberassem pelo menos dois terços dos seus membros (artigo 26.º). No rol do artigo 26.º é possível ver a descrição das funções atribuídas ao Congresso e constatar o poder soberano do legislativo no período da Constituição republicana portuguesa de 1911.

O poder executivo era atribuído ao Presidente da República, que não o exerceria diretamente – precisava atuar junto de seus ministros nomeados pelo chefe de Estado. O Presidente tinha uma função representativa da nação nas relações externas e internas. O poder judicial pertencia aos tribunais.

A norma constitucional também previa suas formas de revisão, considerando que era atribuição do Congresso da República a revisão do texto constitucional a cada dez anos. Nessa Constituição também foi inserido pela primeira vez o controlo difuso de constitucionalidade, de modo que cabia aos tribunais a verificação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis aplicadas. Contudo, essa não era uma função que o juiz podia reconhecer de ofício; era necessário que as partes o invocassem para tanto. Carlos Blanco de Moraes diz que “o sistema, contudo, não funcionou e nenhuma norma foi julgada inconstitucional”²²⁶.

Entretanto, a Constituição de 1911 também não teve uma vigência tranquila e pacata, afinal passou por momentos de turbulência na sua história. Logo em 1915 desencadeou um golpe de Estado que foi encabeçado pelo Major Sidónio Pais, com apoio daqueles a favor do regime monárquico, dos católicos e nacionalistas. Esse golpe trouxe ao governo um novo poder, um poder autoritário e ditatorial, que reformou a Constituição de 1911 e transformou, principalmente, o sistema de organização política.

²²⁵ QUEIROZ, Cristina – **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**, p. 224.

²²⁶ MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 149.



2.2.5 A Constituição de 1918

A primeira reforma da Constituição ocorreu em 1918 e trouxe um viés mais presidencialista ao sistema que antes era de um parlamentarismo de assembleia. O presidente da república passa a ser eleito de forma direta e por voto masculino, atribuindo-lhe a competência de nomear e demitir livremente os secretários do Estado, trazendo para si o efetivo exercício do poder executivo. Junto dessa alteração houve também uma reforma do Senado.

Logo em 1919 acontece a segunda alteração do texto constitucional de 1911 que dava ao Presidente da República o Direito de dissolver as câmaras a qualquer momento que entendesse necessário, bem como o de estabelecer nova organização do Conselho Parlamentar e a instauração de bases para um sistema de autonomia na administração das Colônias.

Além de todas as questões internas vividas pelo povo português nesse período, ainda há de se considerar que, durante toda essa turbulência no governo, acontecia a Primeira Guerra Mundial, que contou com a participação de Portugal e que também causou efeitos conflituosos no país e no continente europeu.

Segundo explica Luis Barbosa Rodrigues, “a ingovernabilidade e disfuncionalidade emergentes, tanto da Constituição de 1911, como da prática política dão causa ao surgimento de uma construção militar”²²⁷, que se inicia em 1926 e prosseguirá até 1933, regendo o território português por meio de decretos-lei, com um governo autoritário e antiliberal. Aspeto importante desse período é que, com as crises e conflitos vividos nos últimos anos, havia se instalado uma força de conservadorismo que fez com que o governo militar tivesse certo apoio popular.

Quando António Maria da Silva, a 18 de dezembro de 1925, toma posse como Presidente do Conselho do 23.º governo desde 1920, era claro que a Primeira República vivia os seus últimos dias, que todos os setores de opinião, incluindo os velhos republicanos e os democratas e socialistas, aspiravam por estabilidade e segurança. Esse sentimento era agudizado pelo reconhecimento que, um pouco por toda a Europa, as forças pró-ordem pública cresciam e na vizinha Espanha a ditadura de Miguel Primo de Rivera, depois da vitória de Alhucemas e da criação do Diretório Civil, parecia ter êxito crescente, servindo de exemplo para a ansiada regeneração nacional.

²²⁷ RODRIGUES, Luis Barbosa – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**, p. 43.



As tentativas de golpe militar sucedem-se e, logo a 1º de fevereiro de 1926, em Almada, nova tentativa, agora encabeçada por Martins Júnior e pelo antigo Ministro da Instrução Pública, Manuel de Lacerda de Almeida. Os convites a Gomes da Costa para encabeçar a regeneração nacional vinham do princípio do ano anterior e adivinha-se a sua presença crescente nas movimentações. Crescia o desejo de que ele fosse, finalmente, o chefe ansiado.

Em 28 de maio de 1926, houve um golpe de Estado, que se principia em vários levantamentos anteriores, e diversos movimentos sociais, que tiveram origem com o momento crítico especialmente económico-político. O golpe era esperado e corriam boatos, havia razoável tempo, havendo registros de convites ao General Gomes da Costa para que o capitaneasse, como uma espécie de regenerador e salvador da Pátria.

No dia 28 de maio de 1926, estava a ocorrer na cidade de Braga um congresso Mariano, no qual estariam os proeminentes nomes do conservadorismo católico, especialmente Cunha Leal. Gomes da Costa noticiou a sua ida a referido congresso, o que motivou Cunha Leal a realizar um almoço no dia anterior, em que discursou Bom Jesus, tecendo fortes críticas ao Partido Democrático. Gomes da Costa chega à noite na cidade de Braga e, logo nas primeiras horas do dia 28 de maio de 1926, assume o protagonismo do Golpe, dando início com uma marcha sobre Lisboa. O movimento repercute nos diversos grupamentos militares, que passam a aderir ao movimento golpista. Em 29 de maio de 1926, o governo de António Maria da Silva rende-se ao golpe, apresentando sua demissão a Bernardino Machado.

Uma figura de atenção nesse período é o ministro das finanças António Oliveira Salazar, que se destaca “pelo facto de ter equilibrado as contas públicas e por ter procurado insuflar o regime nascente, um ideário corporativo, autoritário e nacionalista”²²⁸.

Foi por meio de plebiscito nacional que Salazar fez aprovar uma nova Constituição que denominou o novo momento como “Estado Novo”. A Constituição do Estado novo veio com influências da Constituição de 1826 ao se falar sobre a atuação da autoridade por um poder moderador e da Constituição de 1911, por ter o sistema republicano e eleições diretas para presidente.

O viés ideológico de Salazar propõe um sistema corporativo para o Estado Novo, sendo que “a forma de governo é qualificada de ‘República Corporativa’, assente nos ‘corpos

²²⁸ MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 151.



intermédios’ ou ‘corporações’, designados de ‘elementos estruturais da Nação’, isto é, a família, as freguesias, os concelhos e as organizações corporativas. O Estado não é mais uma ordenação liberal e democrática, mas uma estrutura não democrática e anti-parlamentar, caracterizado pela sua intervenção no domínio económico e social. O interesse coletivo prevalece sobre o interesse individual. O indivíduo é absorvido no coletivo”²²⁹.

2.2.6 A Constituição de 1933

A organização do poder político pela Constituição de 1933 mantém no texto escrito formal o sistema presidencialista de governo, contudo a praxe da prática era outra. Tratava-se de um presidencialismo em que a função do presidente era de representação perante a Nação e também de comando das Forças Armadas, porém todo o poder executivo era exercido pelo Primeiro-Ministro, presidente do Conselho de Ministros. Esse ministro era responsável pela direção geral da política e não respondia politicamente perante a Assembleia.

O poder legislativo era formado pela Assembleia Nacional e pela Câmara Corporativa. A Assembleia Nacional continha 90 deputados, que eram eleitos por voto direto com mandato de quatro anos. Nesse período do Estado Novo, era muito difícil que partidos opositores ao governo conseguissem eleger algum parlamentar; inclusive, “existiam intervenções restritivas das forças policiais sobre a liberdade política desenvolvida por forças oposicionistas, as quais afetavam drasticamente a liberdade do sufrágio”²³⁰.

A Câmara Corporativa, disposta no artigo 103.º, era um órgão de pouca força política, que funcionava por meio de seções e representava determinados grupos de interesse como de natureza administrativa, autárquica, económica etc. Tinha a função principal de analisar leis e decisões para dar pareceres técnicos a contribuir de alguma forma à ordem política.

O poder judiciário pertencia aos tribunais, como estabelecido em Constituições anteriores. Os juizes eram nomeados pelo chefe de Estado e, mesmo assim, atuavam de forma independente. Os tribunais continuavam com a atribuição do controlo de constitucionalidade difuso.

Acerca do conteúdo de Direitos fundamentais, a Constituição do Estado Novo suprimia certos Direitos civis e políticos, como era o caso do Direito de associação e da

²²⁹ QUEIROZ, Cristina – **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**, p. 231.

²³⁰ MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 156.

liberdade de expressão, que ficavam sujeitos à restrição mediante legislação ou ato do poder público. Junto disso, havia o instituto da censura prévia, que visava contornar as expressões de opiniões públicas que pudessem ser consideradas perversas para o governo, e não era autorizada a criação de partidos políticos como forma de controlar a oposição ao governo regente.

Entretanto, apesar disso, na Constituição de 1933 estabeleceu-se o Direito à vida e à integridade pessoal. Esta “pode ser definida como uma Constituição programática, na medida em que positivou um conjunto de Direitos sociais, económicos e culturais em normas não exequíveis por si próprias”²³¹. Os Direitos sociais que podem ser citados aqui são o Direito ao trabalho, à educação e cultura, à proteção da família, a função social da propriedade e Direito à saúde.

Na Constituição de 1933, houve continuidade do que era estabelecido na Constituição de 1911 a respeito do controlo de constitucionalidade. O poder judiciário tinha a competência para fiscalizar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ao aplicá-las no caso concreto, porém, agora, com uma diferença: os juízes podiam reconhecer a inconstitucionalidade de ofício sem que as partes o invocassem para tanto. A Assembleia Nacional também detinha da competência de fiscalizar a inconstitucionalidade das leis promulgadas pelo presidente da república.

Buscando aparentar ou simbolizar a existência democrática, inicialmente previu a escolha por sufrágio direto para Presidente da República, com mandato de sete anos, podendo ser reeleito, contudo, “em 1959, passa a ser indiretamente escolhido, por um colégio eleitoral formado pelos membros da Assembleia Nacional e da Câmara Corporativa e por representantes de cada Distrito e Província Ultramarina sem debate, por escrutínio secreto, e com dois terços dos votos... a partir de 1971, tal colégio reúne, ainda, representantes dos órgãos eletivos legislativos das Províncias Ultramarinas”²³².

A Constituição foi também alvo de alterações e revisões constitucionais que trouxeram mudanças significativas, que ocorreram entre 1938, 1951 e 1971. Porém, a alteração mais significativa foi a que culminou com as revisões de 1959 e 1971. A primeira revisão foi a que alterou a eleição direta para presidente da república, tornando o cargo eleito por votação

²³¹ MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 157.

²³² RODRIGUES, Luis Barbosa – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**, p. 46.

indireta, pela qual era responsável um órgão colegiado restrito composto pela Assembleia Nacional e pela Câmara Corporativa, contando com representantes municipais e provinciais.

A segunda revisão, feita em 1971, se concentrou em algumas outras modificações específicas: “(1) elevação das províncias ultramarinas à categoria de regiões autónomas, (2) autorização para criação de um estatuto de quase-nacionalidade para os cidadãos brasileiros residentes em Portugal e os cidadãos portugueses residentes no Brasil, (3) aumento do número de deputados à Assembleia Nacional que passam para 150 e (4) ampliação e alargamento do número de matérias da competência exclusiva do Parlamento”²³³.

Durante a vigência da Constituição do Estado Novo, Portugal viveu anos em um governo ditatorial e autoritário. A Constituição de 1933 perdurou por um mandato de 41 anos, e, mesmo com as alterações em seu texto constitucional, não houve mudanças significativas no regime político nem na organização territorial do Estado português, pois que eram meras revisões simbólicas com o evidente propósito de manter o regime autoritário.

Segundo explica Celso Cruzeiro, “o chamado Estado Novo, que se impôs dentro do clima europeu de ascenso do nazismo e do fascismo, de que assimilaram as construções sociais corporativistas e o modelo hierárquico e autoritário do poder político, veio a ser juridicamente justificado por uma divagação pseudo-filosófica de caráter conservador e tradicionalista, de raiz escolástica, recrutada no modelo subserviente com que o Direito era ministrado, com particular incidência naquela então proeminente Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”²³⁴.

O regime de Salazar contou com grande apoio ideológico da Igreja Católica²³⁵, em especial do Cardeal Gonçalves Cerejeira, oriundo do Centro Académico de Democracia Cristã da Faculdade de Coimbra, o que de certa forma corroborou para que a Faculdade de Coimbra fosse o alfobre do corpo executivo do salazarismo, no qual diversos acadêmicos vieram a preencher várias pastas ministeriais.²³⁶

²³³ QUEIROZ, Cristina – **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**, p. 233.

²³⁴ CRUZEIRO, Celso – **Direito e Justiça**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 217.

²³⁵ O apoio da Igreja Católica empregava uma legitimidade estruturante aos ideais da direita política ultraconservadora propugnados por Salazar. Eram esses elementos que justificavam a repressão política e cultural permitindo a censura, inclusive e especialmente da imprensa, sufocando a liberdade e o pluralismo, e chegando a selecionar o corpo docente de universidades de forma a pretender conter o pensamento crítico.

²³⁶ Entre outros, trabalharam com o Salazar: Fezas Vital, Quirino de Jesus, Marcello Caetano, Mário de Figueiredo, Martinho Nobre de Melo, Manuel Rodrigues e José Alberto dos Reis.



Há em especial dois textos de Cabral de Moncada: o primeiro publicado em 1930 que parte de ideias de Carl Schmitt, denominado “Valor e Sentido da Democracia”, e que procura legitimar o ascenso das forças nazi-fascistas, com a derrocada do domínio nazi-fascista e com o encerramento da Segunda Guerra Mundial, mantendo-se apenas o eixo ibérico de Franco e Salazar. Cabral de Moncada publica outro texto, “Da democracia e das suas formas”, tecendo críticas para concluir que “o sistema democrático liberal, obrigado a ceder às cada vez maiores pressões emergentes das revoluções sociais a partir de 1848, contaminou decisivamente a estrutura filosófica natural do habitat humano e abriu portas ao perigo do ‘espectro vermelho’, então bem visível na organização comunista do país dos soviets”²³⁷.

A vigência da Constituição de 1933 teve seu fim com a Revolução dos Cravos, que aconteceu em 1974. A revolução derrubou o governo corporativo que foi instaurado por Salazar e aboliu de forma gradual a Constituição do Estado Novo, até que, em 1976, entra em vigor uma nova Constituição em Portugal, sob a qual trataremos em tópico próprio.

Após a revolução, o comando do governo português ficou sob uma Junta de Salvação Nacional presidida pelo General Spínola, que permaneceu no poder apenas até setembro de 1974, momento em que deixou o cargo após resistências a seus projetos. Da saída de Spínola, o governo transitou entre oficiais militares e civis que eram movidos pelos ideais marxistas.

Foram momentos turbulentos entre 1974 e 1976, quando se buscava, em Portugal, a transição de um governo ditatorial para uma democracia incerta, de viés socialista, que por um tempo ainda perseguia os opositores ao governo e a criação de partidos de direita e extrema-direita no país, o que abriu espaço a determinados pactos impostos pelo poder militar.

Entre 25 de abril de 1974 e 25 de abril de 1976 vigoraram as normas constitucionais portuguesas, sendo a mais importante “a lei nº 3/74 de 14 de Maio que, de entre outras matérias, constitucionalizou o ‘Programa do Movimento das Forças Armadas’, o qual consistia num documento elaborado por uma comissão coordenadora do chamado movimento dos capitães, posteriormente sujeito a correções informais pelo futuro Presidente da Junta de Salvação Nacional, e no qual a Revolução revela o seu projeto de poder para Portugal. Foi neste programa constitucionalizado que se plasmou a primeira manifestação do poder constituinte material, ou seja, a ideia de Direito que iria enformar a Constituição de 1976”²³⁸.

²³⁷ CRUZEIRO, Celso – **Direito e Justiça**, p. 224.

²³⁸ MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 166.



Há que se registrar que durante os duros anos da Constituição de 1933, a Faculdade de Coimbra serviu de abrigo aos interesses de Salazar. Com o rompimento do regime, iniciou-se um movimento de contestação ao positivismo legalista, capitaneado por Castanheira Neves e João Baptista Machado, que procuraram “um sentido para o Direito que não só extravase da visão positivista de interpretação e aplicação da lei, como prossiga para além do estrito percurso do texto, sempre referenciado às conquistas que nos vários espaços multidisciplinares, das ciências da natureza às ciências sociais e à filosofia, a inteligência da contemporaneidade ia polemicamente construindo”²³⁹.

2.2.7 A Constituição de 1976

Eleita a Assembleia Constituinte para executar os trabalhos da nova Constituição a ser formada, finalmente em 1976 é aprovada a nova Constituição da República Portuguesa, que colocou fim ao regime fascista. Cognitivamente, a Constituição teve grandes influências da própria Constituição de 1933, ao tratar dos poderes do presidente e da autonomia dada à Assembleia Legislativa, e da Constituição de 1911, ao garantir um sistema republicano. As Constituições dos países europeus também influenciaram na redação da nova lei constitucional, levando em consideração a Constituição alemã de 1949, ao tratar sobre os Direitos fundamentais, a Constituição italiana de 1947, que influenciou com o modelo de organização regional, além da influência dos movimentos comunistas dos países do leste europeu e das revoluções no continente africano.

A Constituição de 1976 instituiu um sistema político de governo semipresidencialista, contando com a atuação do Presidente da República e do Primeiro Ministro no exercício do poder executivo. O Presidente é eleito por meio de sufrágio universal e direto, com mandato de cinco anos e tem a competência para nomear o Primeiro-Ministro, conforme o artigo 133.º, alínea “f”.

Em um verdadeiro pacto conciliador contemplou o Conselho da Revolução, que foi “órgão de natureza não democrática. Em primeiro lugar, considerando que não é popularmente eleito e que não é tão-pouco, sufragado no interior das Forças Armadas. Em segundo lugar, porque, embora contendo a função política de direção, não é estatuída

²³⁹ CRUZEIRO, Celso – **Direito e Justiça**, p. 232.



qualquer forma de controlo político da mesma...E em terceiro lugar, porque inexistia qualquer suscetibilidade de alternância democrática”²⁴⁰.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 previa a composição desse conselho da seguinte forma: Presidente da República, Chefe e Vice-Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas, Chefes de Estado Maior do Exército, Armada e Força Aérea e por mais quatorze militares, sendo militar o Primeiro-Ministro.

O Governo, constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros e pelos Secretários e Subsecretários de Estado, podendo somar-se um ou mais Vice-Primeiro-Ministros, conforme o artigo 185.º: “é o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública. 2. O Governo define e executa a sua política com respeito pela Constituição, por forma a corresponder aos objectivos da democracia e da construção do socialismo”.

Encontrava, pois, evidente restrição tanto pelo Conselho da Revolução quanto pelo finalismo socialista previsto na Constituição. Nota-se um certo “engessamento” do Poder Executivo diretivo inclusive porque a nomeação do Primeiro-Ministro exigia a audição do Conselho da Revolução e os partidos representados na Assembleia da República, tendo em conta os resultados eleitorais, conforme artigo 190.º, assim como os demais membros do Governo necessariamente teriam a nomeação por meio de proposta do Primeiro-Ministro.

As competências do Conselho da Revolução ultrapassavam o carácter diretivo, possuindo reserva absoluta legislativa e regulamentar militar, sem que seus decretos exigissem referendo, muito menos a ratificação ou aprovação por parte da Assembleia da República, sendo ainda “conferidas faculdades de controlo político-institucional, uma vez que surge com o estatuto de órgão de garante do regular funcionamento das instituições democráticas, de garante do cumprimento da Constituição, e de garante da fidelidade da ação política ao espírito da Revolução (art. 142.º)... cabe a fiscalização preventiva obrigatória, de todos os decretos remetidos ao Presidente da República para promulgação como lei ou decreto-lei, ou que consistam na aprovação de tratados ou acordos internacionais”²⁴¹.

A Assembleia da República sob a égide da Constituição de 1976 não correspondia a um órgão de direção política primário, mas sim secundário em matérias que não fossem afetas

²⁴⁰ RODRIGUES, Luis Barbosa – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**, p. 66.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 67.

à incidência militar, detendo, inclusive, uma intervenção mínima na escolha do Primeiro-Ministro.

Os pactos realizados com os militares são alvo de certa discordância doutrinária. Para alguns como Jorge Miranda, não era razoável que o poder militar que havia ganhado autonomia aceitasse subordinação imediata ao poder civil, tal qual era em outros Países Europeus, de forma que um período de transição asseguraria gradualmente a democracia.²⁴² De outro lado, Carlos Blanco de Moraes defende que “não é possível concordar com esta asserção e considera-se, mesmo, que se terá verificado uma ostensiva falta de coragem política de um setor partidos de arco democrático, em aceitarem semelhante condicionamento”²⁴³.

Essa posição de Carlos Blanco de Moraes parece acertada quando se observa a constatação de Luis Barbosa Rodrigues: “no que toca à prática, na vigência da Constituição de 1976 regista-se a formação de sete Governos, o que, com a média de mais de um Governo anual, sugere uma relevante ingovernabilidade. Ingovernabilidade essa originada, essencialmente, pela configuração tripartida e difusa, da função de direção política, e, por consequência, com a inevitável fragilidade e volatilidade do sistema de governo”²⁴⁴.

Como consequência de movimentos que lutavam pelo restabelecimento dos Direitos sociais, assim como as fontes de inspiração em outras Constituições do pós-guerra, a Constituição de 1976 tem um extenso catálogo que Direitos fundamentais descritos em seu corpo constitucional, expostos nos capítulos do Título II da Constituição.

A possibilidade de revisão do texto constitucional é de competência da Assembleia da República, que pode se revisada a cada cinco anos mediante deliberação de dois terços dos deputados membros, sendo que é assegurado pelo artigo 288.º a possibilidade de revisão extraordinária seguindo determinados requisitos.

A Constituição de 1976 passou por sete revisões constitucionais, sendo que a “vicissitude constitucional observada em Portugal em setembro de 1982 determina a emergência de uma verdadeira e própria transição constitucional, não de uma simples revisão constitucional”²⁴⁵.

²⁴² MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**, p. 171.

²⁴³ *Ibid.*, loc. cit.

²⁴⁴ RODRIGUES, Luis Barbosa – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**, p. 69.

²⁴⁵ *Ibid.*, loc. cit.



Dando início a um novo período constitucional, denominado pela doutrina como período pós-liberal, rompe-se com a vinculação política socialista, extinguindo o Conselho da Revolução e, portanto, colocando fim à anacrônica militarização que evidentemente não conferia um carácter democrático. Destacou, então, a Constituição uma efetiva ligação com os resultados eleitorais, o que se observa inclusive na designação do Primeiro-Ministro, cuja legitimidade democrática passa a ser reforçada.

Também foi a revisão de 1982 que estabeleceu o Tribunal Constitucional para fiscalização do controlo de constitucionalidade.

Vê-se, pela história do constitucionalismo português, uma similaridade com a história brasileira: a luta dos movimentos sociais para tentar, de alguma forma, reinstaurar o poder democrático do povo, garantir os Direitos fundamentais individuais e superar os momentos de supressão de Direitos e autoritarismo que pairaram sobre as normas constitucionais.

A Constituição portuguesa integra o desenrolar histórico do constitucionalismo contemporâneo e carrega consigo as características desse período. É uma Constituição preocupada com a garantia dos Direitos fundamentais de seus cidadãos e que assegura uma harmonia entre os poderes, de forma a priorizar a ordem social e a segurança jurídica.

Em termos de tipologia constitucional, nosso entendimento é de que do aspeto material há duas Constituições: uma Constituição de 1976 e outra de 1982. Bruce Ackerman²⁴⁶ propõe uma tríplice tipologia para classificar as Constituições, que em linhas gerais podem ser divididas em: [1] Constituições que resultaram em completa rutura com a ordem considerada ilegítima pelos insurgentes ou revolucionários; [2] que por meio da convergência com reivindicações formuladas pelos líderes moderados de movimentos e concessões estratégicas do detentor do poder, revigoram a legitimidade, ao menos em parte, do sistema anterior; [3] resultado de uma construção de elite, hipótese em que a população em geral permaneceu relativamente passiva ao esfacelamento das estruturas do governo e esse vácuo de poder foi ocupado por lideranças e movimentos não contemplados na velha ordem, dando ensejo a um rearranjo do pacto.

Baseados nessa tipologia, entendemos que a Constituição de 1976 é uma Constituição tipicamente revolucionária. Note-se que isso não significa a inexistência de pactos, como o que permitiu a militarização; contudo, isso ocorreu porque, no movimento que culmina com a

²⁴⁶ ACKERMAN, Bruce – **Constituições revolucionárias: liderança carismática e Estado de Direito**. São Paulo: Contacorrente, 2022, p. 23.



Revolução dos Cravos, como em muitos outros movimentos, estavam direitas, esquerdas, socialistas, conservadores, comunistas, militares etc., todos a reivindicar o resgate da democracia, o que restou bem-sucedido.

2.2.8 A Constituição de 1982

A Constituição do período pós-liberal, 1982, tipifica-se em uma Constituição de convergência, fruto de concessões mútuas, e contando com a vivência cidadã e política do Governo e população.

O constitucionalismo português, conforme verifica-se das lições cunhadas por Luis Barbosa Rodrigues²⁴⁷, demonstra uma evolução significativa na relação entre doutrina e prática, marcada por momentos de tensão e conciliação entre o poder estatal e as demandas da sociedade. Desde a Constituição Antiga, que delineava uma monarquia não absolutista, até as complexas dinâmicas da Restauração da Independência e as reformas pombalinas, Portugal testemunhou a influência de ideais iluministas e a tentativa de modernização e centralização do Estado, refletindo um diálogo constante entre as necessidades práticas e os princípios teóricos.

2.2.9 Considerações Finais sobre as Constituições portuguesas

O século XIX, com a introdução da Constituição de 1822 e a subsequente alternância entre modelos constitucionais, evidencia o impacto das revoluções liberais europeias no pensamento político português. As Constituições desse período, embora breves em sua vigência, expressam um esforço de incorporar os ideais de soberania nacional, separação de poderes e Direitos fundamentais, mesmo em meio a conflitos internos e desafios à estabilidade política.

O Estado Novo de Salazar, estabelecido pela Constituição de 1933, representa um desvio significativo em direção ao autoritarismo, cuja prática política se afastou dos princípios democráticos e limitou severamente os Direitos e liberdades. No entanto, esse período também configura um exemplo de como a doutrina pode ser instrumentalizada para sustentar regimes políticos, demonstrando a plasticidade do constitucionalismo em se adaptar às circunstâncias políticas, mesmo que à custa da supressão de liberdades fundamentais.

²⁴⁷ RODRIGUES, Luis Barbosa – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**.



A Revolução dos Cravos e a subsequente Constituição de 1976 marcam um retorno às aspirações democráticas e ao diálogo entre a teoria constitucional e as práticas políticas. A inclusão de extensivos Direitos fundamentais e a estruturação de um regime semipresidencialista refletem uma tentativa de reconciliar as diferentes forças políticas do país e de estabelecer um marco para o desenvolvimento democrático.

As revisões constitucionais subsequentes, em especial a de 1982, ilustram a capacidade de adaptação do constitucionalismo português, buscando equilibrar as demandas por estabilidade e por participação democrática.

A trajetória do constitucionalismo português destaca o papel fundamental do diálogo entre a doutrina e a prática na evolução das estruturas políticas e jurídicas. Cada período histórico reflete uma interação entre as ideias de justiça, governança e Direitos humanos e as realidades políticas, económicas e sociais do país. Esse diálogo, embora às vezes conflituoso, é essencial para a progressiva realização dos ideais constitucionais de democracia, justiça e igualdade.

Assim, a história do constitucionalismo português não é apenas uma sequência de documentos legais e eventos políticos; é uma narrativa sobre a luta contínua para conciliar teoria e prática, ideais e realidades, na busca por uma sociedade mais justa e equitativa. O constitucionalismo, em sua essência, é um projeto inacabado, constantemente redefinido pelo diálogo entre as aspirações da doutrina jurídica e as exigências da prática política.

2.3 O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A história do constitucionalismo brasileiro tem sua conexão com a de Portugal, principalmente no período imperial, antes da proclamação da república. Todavia, mesmo assim, as Constituições do Brasil passaram por aspetos próprios, que evidentemente se somam à gênese do constitucionalismo no mundo.

Foi em 1820, quando Dom João VI precisava deixar a colônia e retornar para Portugal, que movimentos reivindicavam uma Constituição que limitasse os poderes do monarca. Assim como anteriormente em outras partes do mundo, as forças da população burguesa clamavam pelo fim do absolutismo e por certa limitação ao poder da autoridade monárquica principalmente no tocante aos Direitos de liberdade e de propriedade privada.

Assim, no dia 21 de abril de 1821, como uma tentativa de amortecer certos movimentos que aconteciam no Rio de Janeiro, o rei decretou a vigência da Constituição



Espanhola de Cádiz de 1812. A Constituição de Cádiz surgiu na Espanha, sob o movimento das classes populares com grande influência dos ideais da Revolução Francesa, que pediam por limitações ao poder do rei e o fim do absolutismo.

Mas, no mesmo dia em que Dom João VI decreta a vigência da Constituição de Cádiz no Brasil, o monarca volta atrás e revoga a norma constitucional. O que registra na história brasileira a Constituição com a vigência mais curta, tendo durado apenas algumas horas.

Superado esse momento de tentativa de implantação constitucional, logo em 1822 Dom Pedro II declara a independência do Brasil em relação ao domínio português, iniciando a elaboração da (de fato) primeira Constituição brasileira. Em seguida, “foram eleitos representantes e convocada, afinal, uma Assembleia Constitucional (em 03/06/1822) para elaborar uma Constituição para o país. A Assembleia foi instalada em 03/05/1823, mas dissolvida em 12/11/1823 pelo Imperador, que acabou por outorgar diretamente a Carta de 1824 [...]”²⁴⁸.

A dissolução da primeira assembleia aconteceu por um desentendimento entre o Imperador e aqueles membros da Assembleia Constituinte. A ideia que o Imperador tinha para uma Constituição era diferente das ideias propostas e, dessa forma, por ter o poder absoluto, não deixou que situações adversas à sua vontade prosseguissem. O Imperador queria uma Constituição que não limitasse tanto o poder monárquico, então, no dia seguinte criou o Conselho de Estado composto por dez membros e ele mesmo participa da elaboração do projeto de lei constitucional.

2.3.1 A Constituição de 1824

Quando outorgada, a Constituição de 1824 não agrada ao povo que por ela seria governado, e desencadeiam-se vários movimentos dentro das províncias. Algumas figuras importantes para a época se posicionaram contra a Constituição de Dom Pedro II, como foi o caso do Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, conhecido como Frei Caneca. Em uma reunião popular, na capital Recife, argumentou-se sobre o documento outorgado frisando que a Constituição deve ser a mostra do pacto social das pessoas que se associam para viver em sociedade; ele defendia que os Direitos e deveres contidos no pacto social dos cidadãos

²⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de – **Curso de Direito constitucional**, p. 81.

deveriam defender e sustentar a liberdade, a vida dos cidadãos, a sua propriedade, o bem-estar de forma a conservar o bom andamento do negócio social pactuado no contrato.²⁴⁹

Nessa fala, Frei Caneca argumenta e analisa de forma crítica os aspetos que integram a Constituição de 1824, fazendo críticas inclusive ao poder moderador do Imperador, que diz ser uma “invenção Maquiavélica e chave mestra da opressão da Nação Brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos”²⁵⁰. O Frei ainda conclui questionando: “como agora podereis jurar uma Carta Constitucional, que não foi dada pela soberania da Nação, que vos degrada da sociedade de um povo livre e brioso para um valongo de escravos e curral de bestas de carga?”²⁵¹ Frei Caneca foi condenado à morte por enforcamento pelo Império.

A Constituição de 1824 trazia como características a forma de governo monárquico hereditário, constitucional e representativo, o território dividido em Províncias considerando um Estado Unitário e a separação de quatro poderes, sendo: poder executivo, legislativo, judiciário e moderador, assim, “fundava-se em certo compromisso liberal, a despeito de jamais haver sido encarada pelo Imperador como fonte de legitimidade do poder que exercia”²⁵².

O Poder Legislativo competia à Assembleia Geral, que era composta por duas câmaras: a Câmara dos Deputados, que eram eleitos e tinham mandato temporário, e a Câmara dos Senadores, que eram nomeados pelo Imperador e tinham cargo vitalício. O Poder Executivo era exercido, principalmente, pelos ministros de Estado, e o Poder Moderador era exercido pela pessoa do Imperador. Esse poder moderador era o que dava ao monarca poder absoluto de mexer na organização política. O poder judicial, que competia aos juízes e tribunais, era um poder independente. O Estado tinha como religião oficial o catolicismo romano.

Sobre os Direitos fundamentais, a Constituição se limitava aos clássicos Direitos trazidos pelas revoluções europeias, como liberdade, igualdade perante as leis, entre outros. Porém, nesse momento, esses Direitos foram irrelevantes e ignorados na história da vigência dessa Carta Constitucional, uma vez que o próprio trabalho escravo só foi abolido em 1888, perto do fim da monarquia. O regime monárquico da Constituição de 1824 definitivamente

²⁴⁹ SILVA, José Afonso da – **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 49.

²⁵¹ Fala de Frei Caneca citada por *ibid.*, p. 49-50.

²⁵² BARROSO, Luís Roberto – **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, p. 9.



não era um regime monárquico, e a norma constitucional não tinha a menor pretensão de ser algo revolucionário ou até mesmo liberal, seu objetivo final era oficializar a separação do Brasil da colonização portuguesa.

A Carta Constitucional de 1824 era considerada uma norma constitucional semirrígida por conter parte de seu texto passível de alteração por leis ordinárias e a outra parte de conteúdos sobre os limites do poder público, e os Direitos políticos e individuais dos cidadãos deveriam seguir um processo mais rígido de alteração. Porém, qualquer alteração à norma constitucional só poderia ser feita quatro anos após a sua vigência.

Aconteceu, por exemplo, uma alteração na Constituição em 1824. O evento foi chamado de Ato Adicional. Tal Ato deu às províncias uma certa autonomia e independência legislativa. O que, contudo, foi revogado em 1840 com outra alteração constitucional que retirou essa competência das províncias e causou ainda mais desagrado ao povo.

Foi uma Constituição que vigorou por sessenta e cinco anos, sendo a de maior duração no constitucionalismo brasileiro; entretanto, é a que carrega a marca de ser a Constituição menos efetiva de todas elas. Sobre a efetividade da Constituição de 1824 e a visão de que a sociedade daquele período era livre e de estrutura civilizada, Luís Roberto Barroso diz que “vem de longe a visão estreita, oligárquica, caricaturalmente aristocrática, de um país que se desenvolve para poucos, os mesmos de sempre, de geração para geração”²⁵³.

Essa Constituição Imperial vigorou até o ano de 1889, quando proclamada a república brasileira, no fatídico momento de 15 de novembro de 1889 em que Marechal Deodoro da Fonseca e um grupo de militares deram um golpe de Estado e destituíram o governo monárquico.

A partir dali o Brasil vive um novo momento no seu constitucionalismo. Após os republicanos assumirem o poder, é instaurado um Governo Provisório com a presidência de Marechal Deodoro da Fonseca. Nesse mesmo dia foi expedido o Decreto n.º 1, que tratou de instituir o sistema Federativo no país. No decreto, “as Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficaram constituindo os Estados Unidos do Brasil, e cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretaria sua Constituição e elegeria seus corpos legiferantes e seus governos (arts. 1º, 2º e 3º)”²⁵⁴.

²⁵³ BARROSO, Luís Roberto – **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, p. 12.

²⁵⁴ SILVA, José Afonso da – **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**, p. 53.

2.3.2 A Constituição de 1891

Foi logo no ano seguinte, em 1890, que foi eleito um Congresso com poder constituinte para a criação da nova Constituição. Então, em 1891 foi promulgada a Constituição da primeira república do Brasil. A Constituição republicana tinha fortes influências do processo constitucionalista da república norte-americana, que influenciou inclusive no nome do país.

A Constituição de 1891 organizou o país em uma Federação, em que os Estados membros tinham sua autonomia, com suas competências independentes para se governarem e legislarem. Exclui-se a instituição do poder moderador e a separação dos poderes fica definida na tripartição tradicional de Montesquieu: poder executivo, legislativo e judiciário.

O poder legislativo era composto pelo Congresso Nacional, com a sanção do presidente (artigo 16.º), e nele integravam a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, esse último com a função de representar cada Estado. Os membros do Congresso Nacional não tinham mandato vitalício, era agora por tempo determinado, eleitos de forma direta. O poder executivo ficava a cargo do Presidente da República, uma vez que foi adotado o sistema presidencialista, incluindo a possibilidade de *impeachment*, o que a difere da Constituição anterior, em que a autoridade máxima, no caso o monarca, não era responsabilizado politicamente.

Sobre os Direitos fundamentais, a Constituição não inovou muito e assegurou o rol de Direitos clássicos que vinham sendo descritos na Constituição anterior; entretanto, com a ressalva de não serem plenamente efetivos. Como novidade, a Constituição de 1891 trouxe a separação entre o Estado e a igreja católica, o que seria o início de um Estado laico, além de dispor sobre o casamento civil.

Sobre as eleições para presidente, a Constituição determinava que, a partir da primeira, as eleições seriam diretas, o voto deixaria de ser censitário (porém, dentro dos limites da época em que mulheres, analfabetos e mendigos não podiam votar). Na Constituição, havia a previsão do remédio constitucional *habeas corpus*, porém a norma constitucional não falava sobre o Direito de locomoção, o que fez com que o *habeas corpus* fosse utilizado para qualquer tipo de violação a Direitos ou abuso de poder.

Foi uma Constituição rígida, pois exigia que sua alteração passasse por determinados procedimentos mais complexos do que as leis ordinárias, além de prever em seu corpo

cláusulas pétreas que não eram passíveis de alteração. As cláusulas pétreas tratavam da federação, da república e da igualdade de representação dos Estados no Senado. Era possível também que o poder judiciário exercesse o controlo de constitucionalidade difuso de leis e atos do poder público.

Apesar de um texto constitucional inovador, sérias críticas podem ser feitas sobre a realidade fática do governo da primeira república brasileira. Aqui ainda não se fala em democracia, e há a instauração de mais um governo autoritário, mas não por regra, e sim por consequência da ordem dos fatos.

Barroso elucida que “a República se inicia de forma melancólica, densamente autoritária, omissa na questão social, elitista no seu desprezo à conscientização popular. Prenunciava-se, desde que promulgada a nova Carta, a convulsiva instabilidade das instituições, golpeadas logo à primeira hora pelo Marechal Deodoro, que em gesto de força decretou a dissolução das Câmaras Legislativas”²⁵⁵.

Várias consequências surgiram da atuação inefetiva da Constituição de 1891. Foi por uma consequência das medidas que atribuíram tamanha autonomia aos estados da federação, que se instauraram, naquele momento, as muitas rebeliões que acabaram por criar um cenário de guerra civil no país. As revoltas e rebeliões demonstraram cada vez mais a instabilidade desse governo, como a rebelião das fortalezas de Lage e Santa Cruz em 1892, a revolta dos Canudos, a revolução federalista do Rio Grande do Sul, todas em 1893, a revolta da Chibata, em 1910, entre outras sublevações que ocorreram até a revolução de 1930.

Sob a perspectiva dos Direitos sociais, a Constituição de 1891 não se preocupou em garantir a efetividade dos Direitos fundamentais a todas as classes. É como diz Virgínio Santa Rosa, citado por José Afonso da Silva, que “no seu texto, o espírito mais apaixonado e a maior boa vontade nada encontrarão em defesa dos pobres e das classes proletárias. [...] É o código mais perfeito do individualismo burguês, a consagração do desejo de infinito crescimento das plutocracias, na ânsia de absorção e esmagamento das outras classes pela burguesia”²⁵⁶.

As crises e conflitos gerados durante todo o período de vigência da Constituição da primeira república, juntamente da crise económica que afligiu o mercado dos Estados Unidos da América, culminaram na revolução de 1930. Além desses fatores, a vitória de Júlio Prestes

²⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto – **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, p. 13.

²⁵⁶ SILVA, José Afonso da – **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**, p. 56.



para a Presidência da República não agradou às oligarquias brasileiras, que se sentiram prejudicadas, pois que havia acordos, entre a classe burguesa produtora de café e o governo, que foram quebrados. Foi então que os estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e outros estados nordestinos, com a liderança de Getúlio Vargas, se uniram em movimentos para concretizar a revolução de 1930.

Tal revolução resultou em um golpe de Estado que fez com que Júlio Prestes fosse o primeiro presidente eleito a não conseguir tomar posse, tornando-se Getúlio Vargas chefe do chamado “Governo Provisório”. As primeiras medidas de Vargas no Governo Provisório foram o fechamento do Congresso Nacional, a derrubada da Constituição de 1891, a extinção dos partidos políticos e a destituição dos governadores de estados, na época intitulados de presidentes de estado, nomeando então aliados para ocupar tais cargos. O Governo Provisório de Vargas se manteve por meio de decretos-lei até que em 1934 é promulgada uma nova Constituição em solo brasileiro.

2.3.3 A Constituição de 1934

A Constituição de 1934 teve influência das Constituições sociais da Europa, como a Constituição de Weimar, de 1919, e ao mesmo tempo do corporativismo, que foi visto no mesmo período em Portugal com António Oliveira Salazar. Chamou a atenção ao estabelecer certos Direitos sociais que até então na história brasileira não tinham sido discutidos em Constituição. A nova Constituição previu uma nova legislação eleitoral, instituiu o voto secreto e feminino e criou grande parte dos Direitos trabalhistas.

Manteve nos ditames constitucionais o sistema de república federativa brasileira, as eleições diretas com mandato de quatro anos para o presidente da república, incluindo a impossibilidade de reeleição no quadriênio seguinte. O Congresso Nacional foi reintegrado nessa Constituição, apesar de agora ter menos atribuições e competências diversas das Constituições anteriores, como o Senado, que passou a poder suspender atos do Executivo por ilegalidade, suspender as leis declaradas inconstitucionais pelo judiciário, entre outros. Ainda no Congresso Nacional surge a representação classista que determinava que pelo menos vinte por cento dos deputados federais deveriam ser compostos por pessoas que representassem as



atividades económicas, como a lavoura, indústria, comércio, profissionais liberais, funcionários públicos etc.²⁵⁷

Era uma Constituição rígida, pois não podia ser alterada da mesma forma que as leis ordinárias, e possuía a cláusula pétrea sobre a república federativa, que não admitia nenhuma modificação. Nesse momento foi instituída a justiça militar e a justiça eleitoral no poder judiciário; no âmbito do poder executivo, existia uma espécie de justiça do trabalho, mas que só teria esse nome (e passaria a pertencer ao judiciário) anos mais tarde.

Sob a perspectiva dos Direitos fundamentais, a Constituição de 1934 deu uma atenção aos Direitos sociais e económicos, que não tinha se visto anteriormente. Foram instituídos Direitos trabalhistas como o salário mínimo, férias remuneradas, jornada de trabalho de oito horas, repouso semanal remunerado, reconhecimento das organizações coletivas, a organização sindical e, conectado a esses Direitos, uma espécie de previdência que garantia auxílio aos trabalhadores que se acidentassem, licença maternidade, invalidez e velhice. Além disso, nessa Constituição aparece pela primeira vez o mandado de segurança como remédio constitucional e a ação popular.

Entretanto, não foi um governo pacífico e cem por cento democrático, tendo em vista que eram perseguidos aqueles que se opusessem a ele e havia um certo impedimento a movimentos contrários à gestão de Vargas.

A Constituição de 1934 teve uma vida curta e estava prestes a terminar. Em 1938 seria o fim do governo de Getúlio Vargas, uma vez que na própria Constituição era disposto que o mandato do presidente teria duração de quatro anos e sua reeleição também estava proibida constitucionalmente. Próximo ao período eleitoral, viu-se a popularidade que a possível candidatura de Armando Sales de Oliveira vinha tomando; o ex-governador de São Paulo vinha conquistando os votos da burguesia brasileira.

Foi nesse cenário que se conspirava sobre a não realização das eleições, que Getúlio Vargas, para continuar no poder, derrubou a Constituição de 1934, afinal com ela não conseguiria se manter na presidência, e decretou uma nova Constituição em 1937. A justificativa utilizada para reforçar a medida tomada pelo presidente foi a invenção de um “perigo comunista”. Foi aqui, nesse período, que surgiu o “Plano Cohen”: uma narrativa criada para amedrontar a população de uma ameaça comunista que não existia, colocando

²⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de – **Curso de Direito constitucional**, p. 84.



Getúlio Vargas como o único herói que poderia salvar a pátria. A partir desse momento, vigora então no Brasil a Constituição de 1937.

2.3.4 A Constituição de 1937

A Constituição de 1937 instaurou o governo do Estado Novo no Brasil, e Getúlio Vargas se manteve no poder. O texto constitucional teve influências da Constituição polaca, a Magna Carta polonesa de 1935 com ideias fascistas. A Constituição outorgada é considerada, na verdade, a Constituição que nunca existiu porque, nas próprias disposições transitórias, o texto constitucional deveria passar por um plebiscito, o que nunca aconteceu.

Getúlio Vargas, por meio da Carta de 1937, dissolveu todo o poder legislativo, não havendo mais participação do Congresso Nacional, e passou a concentrar toda a competência do poder executivo e legislativo na pessoa do presidente, além de cumular, também, a competência de reformar a Constituição sozinho. Além disso, os dispositivos da própria Constituição declaram que o país passava por um Estado de Emergência, portanto vários Direitos fundamentais poderiam ser, e foram, suprimidos durante todo o período do Estado Novo.

Apesar da consequência, a Constituição de 1937 foi inovadora ao concentrar quase todas as competências no poder executivo, não havendo nenhuma participação do legislativo. Era uma Constituição considerada rígida por conter em suas disposições um sistema complexo de alteração das normas, porém, como não havia o Congresso Nacional, o Presidente era quem podia alterar, vetar ou sancionar qualquer assunto, não havendo nenhuma cláusula pétrea.

A Constituição de 1937 instituiu formalmente o Decreto-Lei, que se tratava da forma como o Executivo podia legislar. Nas disposições constitucionais, o decreto-lei deveria passar pela análise do Congresso Nacional, contudo, como esse não existia, o Presidente da República podia criar decretos-lei da forma que pretendesse e sobre as matérias que lhe conviessem, como aconteceu durante o período do Estado Novo até o ano de 1946.

Não só o poder legislativo foi apagado, como o poder judiciário também sofreu limitações. Ao judiciário não competia a apreciação de questões políticas, e o congresso poderia rever qualquer decisão judicial que falasse sobre a inconstitucionalidade de alguma lei. Por óbvio, como não havia Congresso, quem detinha essa competência era o poder Executivo.



Na aura dos Direitos fundamentais, a Constituição de 1937 revogou o Direito de greve dos trabalhadores e institucionalizou a pena de morte, que podia ser admitida para variadas formas de crimes políticos e crimes de homicídio.

O período constitucional de 1937 refletiu em um governo autoritário, que perseguia opositores políticos e nomeava “inimigos” da nação, tal qual regimes fascistas faziam. Foi um período antidemocrático em que se conviveu com muita censura, principalmente nas *media* de comunicação.

Todavia, assim como nas outras partes do mundo, em 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial, não era mais aceitável que governos tiranos continuassem no poder. Nos anos anteriores ao fim da Constituição de 1937 havia movimentações contrárias ao governo, expressões de insatisfação pela própria população. “O crescente desgaste político do Estado Novo era de certa forma atenuado pela conflagração mundial, em curso desde 1939. [...] Sem menosprezo à resistência interna que se opunha ao regime, é inegável que os rumos da guerra até o seu desfecho final, em 1945, foram decisivos para que se fechasse o cerco em torno da ditadura”²⁵⁸.

Aceitando as proposições do novo período que viria a chegar, Getúlio Vargas decretou a Lei Constitucional n.º 9, de 28 de fevereiro de 1945, que continha alterações liberalizantes e flexibilizantes à Constituição de 1937. Dentre essas medidas, anunciou-se a convocação para novas eleições, e vários partidos foram criados, representando diferentes segmentos da sociedade, aptos à participação das novas eleições.

Houve, ainda, um certo apelo popular daqueles que queriam a continuidade do Ex-tirano no poder. Esse movimento foi chamado de “queremismo”, pessoas protestavam para que Getúlio Vargas continuasse no poder. No entanto, cumpre-se uma breve análise desse movimento: um certo número de pessoas que faziam parte desse movimento pela continuidade do ditador eram trabalhadores que temiam a perda de seus Direitos, que só foram reconhecidos por Vargas em suas Constituições. Antes de Vargas, nenhum outro governo deu essa atenção à classe pobre, que não tinha nem o mínimo de Direitos para viver. O pobre proletário podia se aposentar e temia não ter mais seus Direitos após a saída do presidente. Sabe-se que esse foi um aspeto das falas populistas de Getúlio para atingir a classe mais vulnerável no Brasil.

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto – **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, p. 24.



Por conta desses movimentos, temeu-se que isso poderia afetar o desdobramento das eleições; assim, em 29 de outubro de 1945, as Forças Armadas se impuseram e intervieram em mais um Golpe de Estado para depor Getúlio Vargas e retirá-lo da presidência.²⁵⁹ Foi, portanto, convocada uma nova Assembleia Constituinte no mesmo ano e foi eleito o novo presidente da república, o General Eurico Gaspar Dutra.

É o fim da vida da Constituição de 1937 para entrar em vigor a Constituição de 1946. “Instalou-se a Assembleia Constituinte (melhor, o Congresso Constituinte, pois era composto de Câmara e Senado), e iniciou seus trabalhos sob enorme esperança do povo brasileiro”²⁶⁰.

2.3.5 A Constituição de 1946

A Constituição brasileira de 1946 tinha o objetivo de redemocratizar, recuperar e reorganizar o Estado brasileiro. A Carta é considerada, inclusive, a mais democrática até a chegada da Constituição de 1988. Sobre a organização dos poderes, a nova Constituição recupera a harmonia e independência dos três poderes, reestabelecendo o Congresso Nacional e suas atribuições.

É extinto o instituto do Decreto-lei, que permitia a legislação pelo poder executivo, bem como retira-se do presidente a atribuição de reformar o texto da Constituição. Diferente da Constituição de 1937, essa nova dispõe da possibilidade de intervenção federal apenas em caso excepcional e que dependa de aprovação pelo Congresso Nacional, além de ter recuperado as eleições para governadores. O poder judiciário foi readmitido, adicionando ainda nos termos da Constituição de 1946 a inafastabilidade do poder judiciário para o bem-estar e organização da sociedade e é aqui, em 1946, que se cria a Justiça do Trabalho atrelada ao poder judiciário.

Era considerada uma Constituição rígida por conta de seu processo de alteração e suas cláusulas pétreas versavam sobre a república e a federação. Sobre os Direitos fundamentais, a Constituição abraçou o rol dos Direitos clássicos de liberdades individuais, manteve as disposições sobre a ordem económica social e os Direitos sociais, incluindo os trabalhistas.

Resgatou o Direito de greve dos trabalhadores e assegurou a liberdade de associação sindical, além do mais, inaugurou em textos constitucionais o Direito dos trabalhadores à

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto – **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, p. 25.

²⁶⁰ SILVA, José Afonso da – **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**, p. 73.



participação dos lucros. O autor José Afonso da Silva completa que a Constituição de 1946 era composta por um “texto de compromisso entre forças conservadoras e progressistas, mas refletiu mais o pensamento conservador”²⁶¹.

Por mais que o texto constitucional de 1946 tivesse um carácter inovador e democrático para a época, e mesmo tendo muitas tendências conservadoras, a vigência dessa Constituição também foi marcada por grandes oposições e turbulências. Passando por um momento de ápice de crise de governo, em 1961 foi aprovada a Emenda n.º 4 que novamente instalava o parlamentarismo no Estado, como uma forma de prejudicar os poderes do presidente – que viria a ser João Goulart depois da renúncia de Jânio Quadros.

De acordo com as disposições da própria emenda, a troca de sistema deveria passar por plebiscito popular para só assim ser aprovada de fato. E o plebiscito ocorreu, momento em que 83% da população brasileira votou pelo presidencialismo, mantendo, assim, esse sistema. Porém, essa decisão não agradou a muitos dos interessados na mudança e, assim, começou-se a ser planejado o Golpe Militar de 1964.

Vinha, dos Estados Unidos da América, desde 1949, a influência da Doutrina da Segurança Nacional, que foi a principal base ideológica de justificativa utilizada pelos militares para a execução do Golpe de Estado. A Doutrina da Segurança Nacional “foi elaborada sob o fundamento de que a guerra deixaria de ser um hiato trágico num mundo tranquilo para se transformar em guerra total, provocada, segundo sua formulação, pela permanente ‘ameaça comunista’ sobre o chamado ‘mundo livre’”²⁶².

Então, foi sob o medo irrefutável da suposta “ameaça comunista” e a imprudente necessidade de controlar o poder do Estado, que a Junta Militar assumiu o poder e depôs o presidente da república em 1964. O Golpe Militar foi instaurado. Inicia-se, assim, mais um período de ditadura no Brasil.

A primeira medida feita pelos militares no poder foi a expedição do primeiro Ato Institucional, conhecido por AI-1, que ocorreu no mesmo ano do golpe. Esse Ato Institucional serviu de porta-voz da revolução, fez alterações na Constituição de 1946 e determinou as eleições diretas para presidente. O mesmo Ato Institucional invocou para o presidente amplos

²⁶¹ SILVA, José Afonso da – **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**, p. 75.

²⁶² *Ibid.*, p. 77.



poderes legislativos, além da possibilidade de cassar mandatos, suspender Direitos políticos, demitir ou dispensar servidores públicos, limitando o controlo judicial sobre essas medidas.²⁶³

Depois desse primeiro Ato Institucional, até 1966 outros vários foram decretados, alterando intrinsecamente o conteúdo da Constituição de 1946. Eram Atos que davam poderes ao Presidente da República, suprimiam Direitos civis e políticos e suas criações eram argumentadas como ações necessárias inerentes à revolução.

Como consequência, a Constituição de 1946 sofreu inúmeras alterações e no final de 1966 se podia colecionar suas mais de 21 emendas feitas de forma regular. O texto constitucional não era mais o mesmo; foi então que o militar, então Presidente da República, percebeu que era momento de criar uma nova Constituição para o Brasil que representasse os ideais da revolução.

Foi o Ato Institucional n.º 4, expedido pelo então Presidente Castelo Branco, que convocou, não uma Assembleia Constituinte, mas sim o próprio Congresso Nacional para elaborar a nova Constituição brasileira. O próprio Ato Institucional não se limitou a apenas convocar o Congresso como poder constituinte, mas detalhou as etapas que precisariam ser observadas para que fosse editada a nova Constituição.

O primeiro projeto apresentado para a nova Constituição era cruel e não apresentava nenhuma garantia aos Direitos individuais. Por mais que sua versão final também não tivesse tanta atenção aos Direitos fundamentais, o Congresso Nacional alterou as disposições e procurou garantir minimamente tais Direitos, apesar de não serem levados em consideração na prática. Em 1967, outorga-se, enfim, a nova Constituição.

2.3.6 A Constituição de 1967

A Constituição de 1967 trouxe uma inovação: alterou o nome do país para República Federativa do Brasil, que é utilizado até os dias atuais. O texto constitucional atribuiu mais poderes ao Presidente e à União, reestruturou o Sistema Tributário Nacional, ampliando o Federalismo Cooperativo, instituiu normas políticas fiscais, reduziu com extremismo a autonomia individual e assegurou a possibilidade de supressão de Direitos individuais.

A carta constitucional sofreu influências autoritárias da Constituição de 1937 e da Constituição polaca baseada nos ideais fascistas. Foi uma Constituição autoritária e ditatorial em demasia, mas não pior do que o documento que viria a seguir.

²⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de – **Curso de Direito constitucional**, p. 87.



Pouco tempo depois, em 1968, a “revolução militar” não tinha mais tantos apoiadores e não era tão bem quista pela população. Junto disso, a crise económica eclodia no Brasil, e nenhuma das medidas tomadas pelo Presidente e pelo congresso foram efetivas no controlo da inflação. Foi quando se expediu mais um ato institucional, o AI-5, considerado o estopim da ditadura militar e registrado como o pior momento na história do constitucionalismo democrático brasileiro.

O Ato Institucional n.º 5 dava plenos poderes para o Presidente dissolver o Congresso Nacional, o que foi feito algumas vezes durante toda a ditadura. Permitiu que Direitos fundamentais individuais fossem cassados, a censura fosse implantada, proibiu qualquer manifestação contrária ao governo, impediu a associação de sindicatos e qualquer tipo de manifestação de natureza política.

O Presidente podia demitir ou dissolver qualquer funcionário público, funcionários de autarquias e empresas públicas, podia intervir em investigações, decretar estado de sítio quando pensasse pertinente e suprimir os Direitos que entendesse necessário. Excluiu a possibilidade de *habeas corpus* para crimes políticos, crimes contra a ordem económica social, contra a economia popular e afastou qualquer afeto do poder judiciário, impedindo-o de analisar os casos referentes aos crimes citados.

Não havia mais Direito de ir e vir. Sequer havia proteção de algum Direito fundamental. Todo e qualquer ato praticado pelo governo estava agora fundamentado e qualquer discordância custaria a vida. Depois do AI-5, outros vários Atos Institucionais ainda foram decretados, até que em 1969 outorga-se a primeira Emenda Constitucional à Constituição de 1967.

2.3.7 A Constituição de 1969

Tal emenda é mais considerada como uma nova Constituição do que somente uma modificação em si. O recurso da emenda foi utilizado por ser mais fácil de ser outorgado, se comparado à revogação e criação de outra assembleia constituinte. Mais do que uma emenda, a alteração fixou um novo texto constitucional, completamente alterado, mas tão cruel quanto a original de 1967. “Ela é pior que a Constituição de 1967. Malfeita, autoritária, centralizadora, praticamente entregou todos os poderes ao Executivo. Esvaziou o Poder



Legislativo. Retirou-lhe as prerrogativas de independência. Manteve os atos institucionais e complementares”²⁶⁴.

E assim foram os anos do governo militar. O regime autoritário vigorou por mais de vinte anos até que, a partir da década de 80, vai perdendo cada vez mais força. A crise económica e a indisposição do povo brasileiro com as medidas destruidoras do governo foram alavancando novas insatisfações e questionamentos. Em 1983, tem início o movimento das Diretas Já, marcado pela mobilização de milhões de brasileiros, em vários estados do país, que suplicavam pelas eleições diretas para Presidente da República.

Depois de tamanha pressão, o povo enfim conseguiu que fosse votada uma Emenda Constitucional que aprovasse as eleições diretas. Porém, a emenda não foi aprovada, e o sentimento devastador de tristeza encharcou a nação brasileira. O último grito de esperança era que Tancredo Neves, aliado ao movimento das Diretas Já, fosse eleito presidente pelo colégio eleitoral nas eleições seguintes. E assim aconteceu. Tancredo Neves foi eleito Presidente da República pela forma indireta e carregava consigo o compromisso firmado com o povo nas ruas.

Pouco tempo antes de assumir a posição, Tancredo Neves adoeceu e veio a falecer em abril de 1985, assumindo a presidência José Sarney. Sarney garantiu ao povo brasileiro que seguiria com o programa de governo planejado por Tancredo de redemocratizar o Brasil e trazer liberdade à população.

Em 1985 é derrubado o regime da ditadura militar, que perdurou por mais de vinte anos no Brasil, que aniquilou qualquer resquício democrático e suprimiu todos os Direitos fundamentais individuais e coletivos.

Na sequência, no ano de 1986 é convocada uma Assembleia Constituinte para a elaboração da nova ordem constitucional brasileira. Não foi uma Assembleia eleita exclusivamente para a criação da norma constitucional, o que se convocou foi o próprio Congresso para tal função.

Os trabalhos da Assembleia Constituinte se iniciaram em 1987, sem algum projeto definido, e foram diversas discussões até a sua promulgação em 1988. Na Constituinte foram definidas várias comissões temáticas para que cada uma delas redigisse projetos de artigos a serem integrados no texto constitucional e discutidos e organizados em sessão. Nasce em 05 de outubro de 1988 a nova Constituição da República Federativa do Brasil.

²⁶⁴ SILVA, José Afonso da – **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**, p. 80.



2.3.8 A Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como uma “Constituição Cidadã”, por seu inegável fortalecimento dos Direitos fundamentais individuais e coletivos, garantindo Direitos civis, políticos, sociais e económicos de todas as pessoas, sem fazer distinção entre elas. A Constituição mantém o sistema de república federativa, as eleições diretas para todos os cargos da administração pública, incluindo legislativo e executivo, e institui um Estado democrático de Direito.

É considerada uma Constituição rígida por condicionar sua alteração a um processo legislativo complexo que demanda deliberação das duas casas do Congresso Nacional e conta com cláusulas pétreas que não são passíveis de qualquer alteração: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os Direitos e garantias individuais. Conta, até o atual momento, com 125 emendas constitucionais.

O Congresso Nacional é composto pela Câmara de Deputados e pelo Senado Federal, cujos membros são eleitos de forma direta pelo povo, os deputados com mandato de quatro anos e os senadores de oito anos. O Presidente da República também é eleito de forma direta para um mandato de quatro anos, podendo ser reeleito em seguida por mais quatro anos, e fica estabelecida a forma presidencialista de governo.

Sob a perspectiva dos Direitos sociais, a Constituição de 1988 é marcada pelas inúmeras garantias individuais asseguradas em seu texto constitucional. A Constituição conta com Direitos sociais, Direitos trabalhistas como salário mínimo, condições dignas de trabalho, Direito de greve, liberdade de associação sindical, 13.º salário, férias remuneradas, repouso semanal, seguro desemprego, licença e salário maternidade, previdência social, entre outras medidas tanto reestabelecidas quanto inovadoras; as liberdades de expressão, de locomoção, de crença, de associação, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência, a livre manifestação repudiando qualquer mínimo ato de censura; o pluralismo político, o Direito à educação, lazer, saúde e cultura, e mais um extenso rol, nada taxativo, de Direitos e garantias fundamentais.

Também trouxe como novidade “os novos remédios constitucionais para a proteção de Direitos individuais (mandado de segurança coletivo, habeas data), o passo dado em direção a um federalismo mais descentralizado, com o aumento das fontes de receita e das competências de Estados e municípios, etc. Apesar das críticas que muitas vezes cabem ao



texto, não há como negar a importância da nova Constituição, especialmente como uma valiosa Carta de Direitos”²⁶⁵.

É possível ver presente na Constituição de 1988 a importância dada à atuação do Estado para a promoção do bem-estar e da harmonia social, prezando por tempos de paz que não se viam nas realidades das últimas décadas anteriores.

Ademais, a Constituição trouxe a preocupação com movimentos sociais que têm a finalidade de garantir e promover a igualdade social como a obrigação estatal de manter as culturas indígenas e afrodescendentes e garantir sua expressão. A preocupação com o meio ambiente também é um ponto forte nos assuntos tratados no texto constitucional, e atribui ao Estado, em suas extensões estaduais, municipais, federal e distrital, o dever de manter e preservar as riquezas naturais do país.

É uma Constituição que, claramente, foi alvo de insatisfações elitistas, por mais que se tratasse de um texto de viés liberal com inspirações sociais. Um aspeto interessante sobre a atual Constituição brasileira é a forma como as oposições a ela se transformaram, na maioria das vezes, em agregados mais inovadores ao caminhar junto da sociedade.

Sobre os embates à Constituição, José Afonso da Silva dispõe que “o princípio popular teve importante papel na sua elaboração. Nela, num certo sentido, encontramos a prova de que o procedimento constituinte será compatível com o poder popular se se efetivar com fidelidade a um princípio de justiça do resultado, porque a justiça da Constituição depende do procedimento seguido em sua feitura. Não é por outra razão que, mal tinha a Constituição sido promulgada, e já era combatida pelas elites. A Constituição assume a condição de instrumento de realização dos Direitos fundamentais da pessoa humana”²⁶⁶.

A Constituição de 1988 chama atenção na história brasileira por ser a primeira que não se fez como mera cópia das Constituições de outros lugares, como a de 1891 e a de 1934, tampouco nasceu fundada em ideologias oriundas de outros problemas geopolíticos como a Doutrina da Segurança Nacional.

“Algumas das Cartas Políticas anteriores só têm nome de ‘Constituição’ por simples torção semântica, pois não merecem essa denominação, só de si rica de conteúdo ético-valorativo. Não é Constituição, como repositório dos valores políticos de um povo, documento que não provenha do fundo da consciência popular, fecundadora de uma autêntica

²⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de, *op. cit.*, p. 88.

²⁶⁶ SILVA, José Afonso da – **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**, p. 88.



ordem jurídica nacional.”²⁶⁷ Não há como negar o cunho inovador e autêntico que marca a história do constitucionalismo brasileiro.

Porém, o extenso texto constitucional recebe críticas por seu detalhismo extremo e por tratar de muitos assuntos, que talvez não fossem necessários constar em uma Constituição. A amplitude dos temas tratados e com tantos detalhes faz com que a Constituição seja prolixa e extensa, com muitos vocábulos técnicos, e abranja demasiados assuntos.

Luís Roberto Barroso explica essa crítica ao dizer que “a falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada um cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, os assédios dos *lobbies*, dos grupos de pressão de toda ordem, geraram um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo”²⁶⁸.

Um fato que não há como excluir ao analisar a Constituição de 1988 é a influência de tantos períodos assombrosos que viveu a estrutura política e social da sociedade brasileira. “O que sempre prevaleceu na evolução constitucional do Brasil foi o autoritarismo, ostensivo ou disfarçado”²⁶⁹.

A democracia brasileira, atingida na nova república pela Constituição de 1988, é muito jovem e imatura, e isso se reflete em vários aspetos ao se tratar da efetividade das normas constitucionais e da forma como o seu povo lida com elas. A cultura de politizar todos os assuntos e dar acesso ao debate a todas as pessoas ainda está engatinhando na vida social e política dos brasileiros justamente por tantas heranças de descrença no poder público e político.

Barroso considera as questões históricas do constitucionalismo e elucida que “a crítica, cabível e necessária, não empana o seu caráter democrático, mas apenas realça a fisionomia ainda imatura de um País fragilizado pelas sucessivas rupturas institucionais e pela perversidade de suas relações sociais”²⁷⁰.

²⁶⁷ SILVA, José Afonso da – **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**, p. 88.

²⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto – **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, p. 42.

²⁶⁹ SILVA, José Afonso da – **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**, p. 89.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto – **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, p. 42.



Outra crítica que se faz à Constituição de 1988 é que, apesar de ter sido inovadora no quesito dos Direitos fundamentais e da ordem social, não foi suficiente o bastante para mudar a estrutura de poder nem uma grande reforma de Estado. “Em suma, a Constituição de 1988 não concluiu a reforma do Estado e deixou intacta a estrutura de poder, por meio da qual as elites conservadoras realizaram a contrarreforma”²⁷¹.

Em termos de tipologia temos defendido²⁷² que a Constituição Brasileira não é tipicamente uma Constituição revolucionária, tampouco pode ser considerada uma Constituição fruto de vivência cidadã da população; por consequência, os pronunciamentos do texto constitucional podem ser chamados de uma construção de elite.

Ninguém desconhece que houve participação popular na constituinte que culminou com a Constituição Brasileira de 1988. Essa participação formulou 122 propostas de emendas populares e resultou em 24 comissões ou subcomissões; entretanto, elas foram formadas ou sofreram grande pressão de grupos de interesse, como igrejas, partidos políticos e sindicatos, não se evidenciando nenhum carácter dialógico ou deliberativo efetivo.

A sociedade brasileira da época contava com menos de 40% da população com ensino fundamental completo, 20% com ensino médio concluído e menos de 10% com ensino superior.

Há diversas manifestações, como a de Miguel Reale, de que a elaboração de uma Constituição era tarefa para juristas, de forma a conter qualquer participação popular, José Sarney argumentava que a Constituição podia tornar o País ingovernável.

O medo implantado pelo regime militar quanto a manifestações populares encontrava-se presente e fez com que efetivamente a participação popular fosse diminuta.

Definir a Constituição Brasileira como uma construção de elite implica reconhecer que a mudança de regime ocorreu sem uma revolta popular, sendo nítido que houve um “pacto” com a preservação de poderes da antiga elite, gerando uma Constituição com a qual ambos os lados se comprometeram com novas regras do jogo e que resultou em ‘tirar o vento das velas’, tanto do movimento autoritário quanto do movimento insurgente.

Pode-se dizer, se quisermos estabelecer alguma nomenclatura, que a Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição reconciliadora de principiologia sociológica, isso

²⁷¹ SILVA, José Afonso da – **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**, p. 90.

²⁷² AVILA JUNIOR, Luiz Carlos – Constituição material e a mutação pelos costumes de natureza constitucional. In ROSÁRIO, Pedro Trovão; DAL RI, Luciene; HAMMERSCHMIDT, Denise – **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade**. Porto: Editorial Juruá, 2018. p. 103-131.



porque: [1] apresenta forma de ser e não deve ser; [2] construção de Instituições do Presente por meio de relações económicas e políticas; [3] legitimidade permanente na sociedade e não encapsulada na normatividade; [4] vigência suscetível a mudanças ou transformações.

2.3.9 Considerações Finais sobre as Constituições brasileiras

Observa-se que, desde os primeiros movimentos para limitar o poder monárquico até os complexos debates que culminaram na Constituição de 1988, o Brasil experimentou uma série de transformações constitucionais que, em cada fase, buscaram responder às demandas e aos dilemas de sua época.

A Constituição de 1824, por exemplo, estabeleceu as bases do estado brasileiro, enquanto enfrentava desafios internos significativos, evidenciados pelas críticas de Frei Caneca e pelas rebeliões provinciais, expressando um embate entre os desejos de autonomia local e a centralização do poder imperial.

A proclamação da República e a Constituição de 1891 marcaram uma rutura com o sistema monárquico, inspirando-se no modelo federalista americano e inaugurando o regime republicano no Brasil. Essa transição não foi apenas uma mudança de estrutura política, mas também uma tentativa de redefinir a relação entre o Estado e os cidadãos, ainda que a prática muitas vezes divergisse dos ideais constitucionais, como evidenciado pela persistência de práticas autoritárias e pela limitada participação popular nas decisões políticas.

As Constituições subsequentes, especialmente a de 1934 e a de 1946, refletem um Brasil em constante busca por modernização e justiça social, influenciadas por contextos globais e locais, como a ascensão e queda de regimes autoritários e a pressão por Direitos trabalhistas e sociais. Cada documento constitucional tentou, à sua maneira, equilibrar poderes, garantir Direitos e responder às demandas de uma sociedade diversa e em transformação.

O regime militar (1964-1985) e suas Constituições (1967 e 1969, com a Emenda Constitucional de 1969) representaram um desvio profundo dos princípios democráticos, concentrando poderes e restringindo liberdades.

A resposta a esse período de autoritarismo veio com a mobilização popular por eleições diretas e a subsequente Assembleia Constituinte, que resultou na Constituição de 1988, um documento que aspira a consolidar a democracia, expandir os Direitos fundamentais



e promover a justiça social, refletindo um consenso mais amplo sobre os valores fundamentais da nação.

A Constituição de 1988, apesar de suas críticas por prolixidade e excesso de detalhismo, é um marco na história constitucional brasileira. Ela simboliza uma tentativa de reconciliação nacional após anos de divisão e autoritarismo, buscando construir um estado que valorize a dignidade humana, a justiça social e a participação democrática. Seu carácter inclusivo e a abertura a emendas refletem o entendimento de que a Constituição é um documento vivo, capaz de evoluir com a sociedade que serve.

Esse diálogo entre doutrina e prática no constitucionalismo brasileiro ilustra a complexa tarefa de moldar uma ordem jurídica que atenda às necessidades e aspirações de uma sociedade heterogênea.

A história das Constituições do Brasil revela não apenas a luta pela democracia e justiça social, mas também a capacidade de autorreflexão e adaptação. A Constituição de 1988, em particular, destaca-se como um compromisso contínuo com esses ideais, apesar dos desafios persistentes, e serve como um lembrete de que o projeto de construção de uma sociedade mais justa e equitativa é um processo em andamento.

Esse percurso do constitucionalismo brasileiro, desde as raízes imperiais até a “Constituição Cidadã” de 1988, demonstra a interação dinâmica entre as aspirações de liberdade, justiça e democracia e as realidades políticas, sociais e económicas de cada período.

2.4 SOB O VIÉS DA DEMOCRACIA: ANÁLISE DE MOVIMENTOS SOCIAIS QUE CULMINARAM EM FORTALECER O CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS E BRASILEIRO.

Tanto no constitucionalismo brasileiro quanto no constitucionalismo português, os movimentos sociais sempre tiveram um papel de destaque nas formações constitucionais dos períodos, fossem eles democráticos ou antidemocráticos. Atinente à centralidade da pesquisa da tese, reputamos ser relevante, ainda que de forma objetiva, trazer à análise os movimentos sociais²⁷³ que buscavam pelo fim de um regime autoritário e uma revolução no sistema de

²⁷³ Note-se que, no mais das vezes, há uma tendência na história em valorizar ações individuais, criando heróis ou monstros; entretanto, essa não é nossa perspectiva, mas, sim, a de demonstrar situações coletivas, ainda que isso perpassasse por nomes ou algum protagonismo individual.



normas a fim de valorizar os Direitos e liberdades individuais, coletivas e fundamentais, culminando com as formações da Constituição da República Portuguesa de 1976 e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O movimento social português, chamado de “Revolução dos Cravos” e o movimento brasileiro conhecido por Diretas Já influenciaram de forma direta nas disposições normativas de seus Estados e foram responsáveis por reestruturar regimes governamentais de forma democrática. Colocaram em discussão a soberania do povo e a finalidade primordial da Constituição de um país em ser mais do que um documento que estrutura a organização da administração pública.

Cumprir analisar os aspetos particulares de cada movimento, da Revolução dos Cravos, de 1974, em Portugal, e das Diretas Já, de 1983, no Brasil. Cada um desses movimentos, apesar de terem pontos em comum, possuem particularidades inerentes a cada sociedade e que contribuem para a caracterização dos movimentos sociais contemporâneos na fortificação do constitucionalismo e da redemocratização.

É no início da crise da primeira república portuguesa que, em 1926, instaura-se um governo ditador que perduraria anos a fio na história. O regime ganha destaque especial em 1930, quando Antônio Salazar passa a demonstrar certa ascensão e surge como uma figura ultraconservadora e de cunho fascista. Era ministro das finanças do Estado; em 1932, passa a ser Primeiro Ministro e elabora uma nova Constituição em Portugal no ano seguinte.

O regime de Salazar foi marcado por ser autoritário, muito envolvido com os ideais fascistas, que suprimia Direitos fundamentais, negava as liberdades individuais e perseguia os movimentos opositores. Foi um poder que teve grande apoio das burguesias da época por ter a característica de um governo oligárquico, que beneficiava e centralizava o poder às classes sociais mais abundantes e de mais poder social.

No entanto, durante esse período de regime ditatorial, Portugal passava por uma crise económica muito difícil e dependia da exploração de suas colônias na África. As revoluções para independência começaram nos países africanos, como em Angola, Guiné e Moçambique, antes mesmo de a Revolução dos Cravos ter nome em terras lusitanas.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a queda dos governos nazifascistas, os movimentos opositores ao governo salazarista vão em crescente aumento, fortificando o Partido Comunista português e as ideologias de correntes socialistas. Mas, além do



comunismo e do socialismo, opositores liberais democráticos também passaram a se fazer mais fortes em tentativa de embate à ditadura de Salazar.

Outro ponto que culminou na revolução foi não só a crescente dos movimentos opositores civis, mas também as insatisfações militares com o governo salazarista. Frações militares apoiavam a independência das colônias africanas e o fim do regime ditatorial. Note-se que “Lisboa, à época, era o centro do poder político, económico e militar do que restava de um vasto império que se estendeu às cinco partes do mundo, mas ainda com domínio sobre povos em vastas regiões de África, onde se desenrolava uma guerra colonial há treze anos,”²⁷⁴ porém “em termos ideológicos, não começa em Lisboa. Mas na África”²⁷⁵.

Não se olvide que o continente negro envidava as maiores críticas a Portugal continental, pois, além de ser o elo mais fraco, ainda a sua população suportava o peso das defasagens sociais, culturais e técnicas de Portugal, fazendo com que o colonialismo agonizasse. Note-se que os governadores do Império em Guiné, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Angola, Moçambique, Diu, Damão, Goa, Timor Oriental e Marau eram predominantemente militares e, no desenrolar dos fatos, tornaram-se problema ao regime salazarista.

Foi então pela junção da fração dos militares insatisfeitos com o governo, da organização do Partido Comunista português, das uniões estudantis, dos trabalhadores e movimentos de greve que culminou, no dia 25 de abril de 1974, no fim do salazarismo português. O Primeiro-Ministro que estava no poder em 1974 era Marcelo Caetano, sucessor de Salazar, após sua morte em 1970.

Em anos de preparação para o momento da derrubada do governo ditador, foram combinadas certas “senhas” para que as pessoas soubessem quando a Revolução se iniciaria e tomaria o poder. Foi com a música “Grândola, Vila Morena”, de José Afonso, que a população sabia que a Revolução estava prestes a começar.

Na madrugada do dia 25 de abril de 1974, à meia-noite, começa a tocar na rádio a música que tinha um significado ensurdecidor aos portugueses. Quando a música começa a tocar nas rádios, milhões de pessoas saem às ruas e ocupam os espaços públicos em Lisboa e nas principais capitais do país.

²⁷⁴ MAURICIO, Maria José – **Os Sonhos da Revolução dos Cravos**. Lisboa: Edições Colibri, 2020, p. 57.

²⁷⁵ SECCO, Lincoln – **A Revolução dos Cravos**. São Paulo: Alameda, 2004, p. 58.

A Revolução dos Cravos se caracterizou por ter sido pacífica, sem manchas de sangue pelos locais, dando mais significado ao seu desfecho. A Revolução teve esse nome justamente por esse sentido figurado da flor ao invés das armas. As pessoas colocavam um cravo em cada um dos fuzis dos militares, em tanques de guerra e enfeitavam a Revolução com os cravos, que foram fortes o suficiente para depor o Presidente e o Primeiro-Ministro e, por fim, ao salazarismo.

Houve, em Portugal, uma forte influência dos ideais comunistas e socialistas, principalmente do Partido Comunista, que comandou e organizou a maior parte da Revolução. Porém, não só de ideologias de esquerda ela se fortificou, visto que havia militares de ideologia moderada e democrática que participaram do movimento. É a partir da tomada de poder que a esquerda portuguesa consegue reestruturar e reformar o Estado, que, logo em seguida, parte para a convocação de uma Assembleia Constituinte, culminando na promulgação da Constituição de 1976.

“A revolução inaugurou um novo espaço comunicativo auto-reconhecido. Ocupou semanticamente o espaço público e criou uma hegemonia linguística, simbólica, iconográfica. Dos murais que invadiram o país às charges, aos filmes feitos no meio da rua com a participação popular, à edição descontrolada de novos livros, boletins, jornais.”²⁷⁶ A Revolução dos Cravos enquanto movimento social conseguiu impactar com intensidade os comportamentos sociais e, principalmente, a mudança na organização política de Portugal.

“Portugal conseguiu, inicialmente, livrar-se de todos os males de uma revolução, sem perder a ‘energia revolucionária’. Assistiu-se a um golpe de Estado sem grandes violências, mas que alterou radicalmente as estruturas políticas e económicas, embora não contasse com lideranças carismáticas ou mesmo simplesmente conhecidas pela população”²⁷⁷. Além do mais, essa pontuação feita por Secco ao contar a história da Revolução é clara ao mostrar como os objetivos do movimento foram atingidos mesmo por seu aspeto peculiar de ter sido pacífico, portando flores ao invés de armas. Isso traduz que os movimentos sociais não são violentos, mas disruptivos e se adaptam de acordo com a cultura e sistema de governo e do próprio povo.

Após a Revolução, promulgada a nova Constituição, assistiu-se em Portugal o efeito da movimentação democrática para além da representação. O povo agiu por si para

²⁷⁶ SECCO, Lincoln – **A Revolução dos Cravos**, p. 120.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 119.

demonstrar suas insatisfações e, nesse caso em específico, fala-se do povo civil junto dos militares. Apesar da forte e importante influência comunista e socialista na organização da Revolução e na tomada do poder, a constituinte seguiu, ao menos em parte, o caminho das correntes liberais, assegurando as preocupações sociais do movimento, como a garantia dos Direitos individuais fundamentais convergindo dentro da tipologia revolucionária e conciliadora que, no caso Português, acolheu vozes dos diversos movimentos que compuseram a Revolução dos Cravos.

No Brasil, o movimento social das Diretas Já tem, em uma frase de Ulisses Guimarães, de 24 de abril de 1984, um grande marco: “Vi a história brotar nas ruas e na garganta do povo”²⁷⁸, reunindo mais de cinco milhões²⁷⁹ de brasileiros pelas ruas do país clamando pelo fim da ditadura, pela volta da liberdade e, principalmente, pelas eleições diretas para Presidente da República. Tratava-se visivelmente da consciência de um povo que buscava romper com o período sombrio do regime militar e pôr fim à falta de garantias fundamentais e à atuação violenta do governo, substituindo armas por diálogo, por democracia.

É de se destacar que em 1964, após a tentativa de redemocratizar o Brasil pela Constituição de 1946, uma Junta Militar se reúne para aplicar um golpe de Estado derrubando o então presidente eleito João Goulart, atitude que transformaria o futuro da população brasileira. Os militares tomam o poder e chamam o golpe de Estado de “revolução militar”. A principal fundamentação utilizada para justificar a medida tomada pelos militares foi a de que o país precisava ser protegido da “ameaça comunista” que estaria a assombrá-lo.

A Doutrina da Segurança Nacional, que é oriunda das forças armadas americanas e era veiculada no período de guerra fria contra a inimidade russa, foi um dos principais fundamentos. A Doutrina, adotada pelos militares brasileiros, foi uma justificativa para todas atitudes que o governo tomaria “em nome da segurança nacional”, como se o país vivesse uma constante ameaça.

Desde o início as medidas utilizadas pelos militares durante o regime focavam, sobretudo, na manutenção do poder absoluto nas mãos do poder executivo. O Congresso Nacional foi por vezes dissolvido e reestabelecido dentro do regime ditatorial, o

²⁷⁸ PLENARINHO – Você sabe quem foi Ulysses Guimarães? **EBC** [Em linha]. Brasília-DF, 27-10-2016. Disponível em: <https://memoria.ebc.com.br/infantil/voce-sabia/2016/10/voce-sabe-quem-foi-ulysses-guimaraes>. [Consult. em 05-01-2023].

²⁷⁹ BERTONCELO, Edison – **A campanha das Diretas e a democratização**. São Paulo: Humanitas; Fapesp, 2007, p. 15.



pluripartidarismo foi extinto e não havia quase nenhum opositor do governo dentro das instituições políticas. Mesmo porque, se houvesse alguma oposição, era desde logo aniquilada e perseguida com severidade.

O governo militar foi responsável pela Constituição de 1967, uma Constituição autoritária e ditadora que não garantia Direitos e liberdades individuais, não se comprometia com a democracia e, muito menos, pensava no povo brasileiro. A Constituição foi, inclusive, ignorada até pelos próprios militares no poder, uma vez que governavam o país por meio de vários Atos Institucionais que alteravam com frequência as letras constitucionais a fim de resguardar cada vez mais poderes ao militarismo e justificar todas as medidas tomadas pelo governo.

Os Atos Institucionais expedidos durante o governo militar foram os responsáveis pela supressão de todos os Direitos civis e políticos dos cidadãos, que viviam sem nenhum tipo de liberdade, proibidos de se reunir e de se expressar livremente. Qualquer ato que soasse uma manifestação de natureza política era fortemente perseguido, impedido e desde logo cassado.

O período da ditadura militar brasileira foi responsável por mortes e desaparecimentos de pessoas que se opuseram ao governo de alguma forma. Professores, jornalistas, humoristas, artistas, manifestantes civis, qualquer um deles poderia ser preso pelo governo. “As estatísticas sobre as vítimas da ditadura são imprecisas. Nem mesmo em relação à lista de mortos e desaparecidos chegou-se a um consenso – os números variam, de acordo com critérios adotados. Uns somam apenas os que perderam a vida nas mãos dos agentes do Estado. Outros querem totalizar também os que foram mortos pela esquerda.”²⁸⁰

“O Dossiê Ditadura: mortos e desaparecidos políticos no Brasil – 1964-1985, da Comissão de Familiares mortos e Desaparecidos Políticos, crava o total de 426 mortos e desaparecidos: 237 mortos e 159 desaparecidos, mais trinta ao exterior”²⁸¹. Assim como em Portugal no Salazarismo, a ditadura militar no Brasil foi agressiva e violenta contra seus opositores: pessoas foram mortas, desaparecidas e exiladas de seu próprio país.

Além das barbáries humanísticas, o Brasil passou por uma séria crise económica que abalava vigorosamente as estruturas da vida económica popular brasileira: salários baixíssimos, sem quase nenhum poder de compra, aumento desenfreado da inflação e alto índice de pobreza, gerando uma conjuntura política específica que alimentou o movimento

²⁸⁰ MARKUN, Paulo – **Farol Alto Sobre as Diretas 1969-1984**. São Paulo: Benvirá, 2014, p. 69.

²⁸¹ *Ibid.*, loc. cit.



objetivando a retomada democrática, a voz do povo e pondo fim à ditadura militar, não só para colocar fim ao autoritarismo, mas também para uma migração esperançosa a um futuro melhor. Há um ultrapassar da privação ou insatisfação individuais ou até de um grupo para o coletivo. Trata-se de um movimento social que surge num contexto de descompasso entre o momento social e a consciência coletiva.

As eleições para presidente eram, até então, indiretas: o presidente era eleito por um colégio eleitoral. Foi nesse momento de extrema censura aos meios de comunicação e esgotamento do povo, sem nenhuma autonomia, que começou a se falar sobre o movimento de uma campanha pró-eleições diretas.

Aspeto importante de ser ressaltado sobre o movimento a favor das eleições diretas é o de que não só a mobilização popular acontecia, como os rumores de apoio a essa campanha se iniciaram entre os políticos que não concordavam mais com as eleições indiretas. Deputados, governadores e alguns militares tiveram relevância ao fortificar, dentro das relações políticas, a vontade do povo, que se firmou principalmente em 1982, quando nas eleições para governadores os candidatos do partido de oposição, o PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), ganharam em maioria. Assim como em Portugal na Revolução dos Cravos, o movimento das Diretas Já não foi executado de forma totalmente popular; precisou de apoio dos políticos do período para fazer com que seus pedidos fossem concretizados.

Em 1983, houve tentativas de articular um acordo com o governo da época para uma transição de forma compactuada. O PMDB teve grande relevância nesse momento, uma vez que o partido era composto por pessoas que defendiam a negociação com o governo e aqueles que “invocavam as ‘bandeiras históricas’ do partido”²⁸². Mas, “ao mesmo tempo, a articulação de uma campanha nacional de rua pelas eleições diretas começava a se viabilizar”²⁸³. Durante o ano de 1983, aconteceram várias manifestações em vias públicas, em diferentes cidades do país, que reuniram milhares de pessoas ao movimento que então se denominaria Diretas Já. Políticos, civis, sindicalistas se expuseram publicamente nas manifestações e lideraram grupos que encabeçariam o movimento.

Dentro do grupo de políticos que tentavam agir em conformidade com o movimento no Congresso Nacional esteve Dante de Oliveira, um deputado federal do estado do Mato Grosso. O deputado apresentou, em março de 1983, uma proposta de emenda à Constituição

²⁸² RODRIGUES, Alberto Tosi – **Diretas já: o grito preso na garganta**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 32.

²⁸³ *Ibid.*, loc. cit.



que estabeleceria as eleições diretas no país. Os movimentos sociais continuaram pelas ruas brasileiras com a intenção de pressionar a atuação dos governantes que deveriam, logo, votar pela aprovação da emenda. Aqui o movimento das Diretas Já reunia milhões de pessoas e líderes espalhados pelo país. A população se mostrava insatisfeita e atuante, na busca pelo fim de um regime autoritário e pela redemocratização brasileira.

Foi no ano seguinte, em 1984, que o Congresso Nacional brasileiro faria uma sessão para votar a aprovação ou não da emenda proposta por Dante de Oliveira, que estabeleceria as eleições diretas, assim como clamava o povo. A sessão legislativa foi transmitida pelas *media* nacionais, e o Brasil inteiro parava para assistir à decisão que mudaria o futuro do país. Aqui, ressalta-se, as medidas de censura do governo militar não haviam parado; na verdade, tornaram-se mais incisivas a fim de dificultar e impedir o movimento das Diretas Já. Inclusive, a transmissão da sessão não estava permitida sem antes ter o aval do departamento de imprensa do governo. O que de fato muitas rádios fizeram foi transmitir a sessão sem esse aval do governo, em uma forma de enfrentar a censura que vinha lhes calando, tentando driblar as imposições do governo.

Foi então que, em 25 de abril de 1984, coincidentemente (ou não), exatamente dez anos depois da Revolução dos Cravos em Portugal, acontece a votação, e a proposta de emenda constitucional é rejeitada pelo Congresso Nacional. A emenda obteve 298 votos a favor, 65 votos contra e 112 parlamentares não compareceram à votação. Para que fosse aprovada, a Emenda necessitava de 350 votos. É de conhecimento público que existiu uma articulação dos militares ao não comparecerem à sessão para impossibilitar a aprovação da emenda.

Essa atitude fez eclodir milhões de brasileiros às ruas manifestando-se ainda com mais força frente às censuras e violências do governo, que se viram devastados e tomados por um enorme sentimento de desesperança e tristeza. Os esforços tomados pelo povo brasileiro para demonstrar sua indignação e seu poder foram, ao que parece, irrelevantes frente aos interesses daqueles que ocupavam os espaços de poder. “A ruptura com a ‘relação de manipulação’ se expressa também na agenda da mobilização. A luta por eleições diretas confronta diretamente os interesses das elites no poder e, ao mesmo tempo, não se traduz em reivindicação voltada para interesses particulares de grupos, corporações ou mesmo classes.”²⁸⁴

²⁸⁴ RODRIGUES, Alberto Tosi – **Diretas já: o grito preso na garganta**, p. 102.



A esperança somente renasceria com o “plano B” do Diretas Já: a candidatura indireta de Tancredo Neves à Presidência da República. Tancredo era governador de Minas Gerais e foi um dos grandes apoiadores do movimento, trazendo um suspiro de esperança ao povo brasileiro, o que o tornou, de certa forma, um líder do movimento e, por conseguinte, firmou com o povo nas ruas um compromisso de levar a democracia de volta para o governo brasileiro e reestabelecer a organização política nacional.

Esses elementos, embora sintéticos, permitem diagnosticar que a sociedade brasileira entendeu que o regime militar era o principal causador da caótica situação política, económica e social, uma vez que impunha pela centralização do poder o alto custo da desigualdade e da perda de liberdade. Isso converge para uma ideia de prognóstico centrada no fato de que apenas um governo eleito diretamente pela população teria representatividade política e apoio social para propor medidas de superação da crise e, por consequência, demonstrar não só a insatisfação, mas também e principalmente exigir a mudança. Esses fatores foram motivadores na campanha.

Nesse cenário, em 1985, Tancredo Neves é eleito Presidente da República de forma indireta pelo colégio eleitoral e reacende no povo brasileiro a esperança de novos tempos. Tancredo Neves não toma posse do cargo, pois falece um dia antes da cerimônia. Mais uma vez, o medo toma conta dos sentimentos do povo. José Sarney foi seu sucessor, pois era o vice-presidente na chapa de Tancredo, e assim toma posse como novo presidente do país.

José Sarney seguiu com o compromisso que Tancredo Neves fizera com o movimento das ruas pelas Diretas Já de estabelecer uma nova ordem constitucional e garantir as eleições diretas.

Cumprir destacar que a derrota da emenda de Dante de Oliveira, somado ao fato de Tancredo Neves ter sido eleito indiretamente, não significa uma derrota do movimento Diretas Já; pelo contrário, o movimento foi vitorioso em termos de impacto no processo político e no “jogo sucessório”, que passou a não ter outra via possível que não fossem eleições diretas, o que forçou o regime militar a ceder às pressões vindas das ruas.

“Do mesmo modo, a transferência parcial das energias liberadas pelo movimento à candidatura indireta de Tancredo Neves representou a vitória de uma estratégia de transição baseada na conciliação com os setores moderados do regime autoritário.”²⁸⁵ O que vinha se articulando em 1983 como uma negociação para mudança das eleições indiretas foi o que, por

²⁸⁵ RODRIGUES, Alberto Tosi – **Diretas já: o grito preso na garganta**, p. 103.

fim, ofereceu resultado às reivindicações. Todavia, não há como negar a influência que os movimentos das Diretas Já tiveram na transição do governo ditatorial para um governo democrático e livre, mas essa mesma perspetiva pode ser vista com olhos mais críticos.

Alberto Tosi Rodrigues analisa que “a derrota das Diretas Já não representou apenas o adiamento do pleito presidencial por cinco anos. Representou a derrota da pauta trazida à cena pública pelos novos sujeitos que em torno dela se mobilizaram. Representou sobretudo a derrota de uma concepção participativa de democracia política, gestada no caldo de cultura dos movimentos populares e do novo sindicalismo. Representou, finalmente, a derrota da tentativa de romper com o legado institucional e com o esquema de sustentação política estruturados durante o regime militar”²⁸⁶.

A democracia jovem e, por vezes, imatura do Brasil tem resquícios de suas histórias autoritárias e antidemocráticas, o que acaba por influenciar na forma como os próprios brasileiros veem a efetividade dos movimentos sociais. Por terem experienciado um passado de não ser ouvido, é comum que na sociedade brasileira existam aqueles que pensem que a movimentação do povo “não tem vez” e as autoridades políticas se organizam entre si de forma independente da vontade do poder soberano do povo.

Mas há de se ressaltar que, após o movimento das Diretas Já, as manifestações populares que reivindicaram mudanças ou a garantia de Direitos se fortaleceram e se tornariam mais energizadas nos próximos anos. O movimento sindicalista dos trabalhadores, o movimento estudantil pelo Direito à educação, os movimentos sociais contra discriminação, entre outros movimentos contemporâneos, passaram a fazer parte da luta constante pela manutenção da democracia e evolução do ordenamento jurídico.

Os movimentos sociais, tanto no Brasil quanto em Portugal, foram grandes responsáveis pela redemocratização constitucional em seus países de forma irrefutável. Com suas particularidades, ambos os movimentos trouxeram a participação popular à tona. “E, na campanha das Diretas, o povo foi o sujeito da história. Ainda que por trás de cada comício funcionassem engrenagens, maiores ou menores, que por trás de toda a movimentação de rua se desenvolvessem articulações políticas, conversas restritas, golpes e contragolpes, [...], o fato é que na campanha das Diretas o povo era o protagonista.”²⁸⁷

²⁸⁶ RODRIGUES, Alberto Tosi – **Diretas já: o grito preso na garganta**, p. 103.

²⁸⁷ LEONELLI, Domingos; OLIVEIRA, Dante de – **Diretas já: 15 meses que abalaram a ditadura**. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 603.

Se não fossem os movimentos sociais da década de 80, a Constituição brasileira não seria reconhecida por ser uma “Constituição Cidadã” tão detalhada quanto aos Direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e com tamanha amplitude de atuação popular. O constitucionalismo contemporâneo, como um todo, foi marcado por essa transição do autoritarismo ao regime democrático com vigor e apelo às forças das camadas sociais.

Rememore-se que o propósito primordial da nova carta constitucional foi de redemocratizar o país de forma a assegurar que o povo é o titular do poder soberano brasileiro. Tamanha importância foi dada às eleições diretas, que é cláusula pétrea na Constituição de 1988 o voto direto, secreto e universal, sem distinção de gênero, classe, letrismo ou cor. “O princípio popular teve importante papel na sua elaboração. Nela, num certo sentido, encontramos a prova de que o procedimento constituinte será compatível com o poder popular se se efetivar com fidelidade a um princípio de justiça do resultado, porque a justiça da Constituição depende do procedimento seguido em sua feitura.”²⁸⁸

Tanto em Portugal, como (principalmente) no Brasil, as camadas populares que antes não tinham nenhum acesso à organização política ou à participação legislativa, depois das revoluções passaram a ter mais chances participativas na construção do governo, ainda que simbólicas do ponto de vista formal, mas na convergência material plena em reivindicar seus Direitos e propor melhorias.

Nesse sentido, Marcus Abílio Pereira explica que, “dentro de um contexto democrático, a explicitação do conflito permite que determinadas temáticas adentrem o espaço público pelo uso estratégico da *media* e da influência da opinião pública. Desta forma, os movimentos sociais influenciam e são influenciados pelos contextos políticos nos quais estão inseridos”²⁸⁹.

Por fim, há de se consignar que, em nosso entendimento, uma adequada compreensão do movimento Diretas Já impacta, para além das transformações estruturais, em fortalecer a tipologia constitucional brasileira de construção de elite, eis que de um lado diversos grupos sociais e políticos lutavam para ampliar a autonomia política, enquanto de outro certas camadas dirigentes buscavam conservar suas posições de poder, que se convergiu – ainda antes da elaboração da Constituição – para uma solução pacificadora intermediária, uma

²⁸⁸ SILVA, José Afonso da – **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**, p. 87-88.

²⁸⁹ PEREIRA, Marcus Abílio – Movimentos sociais e democracia: a tensão necessária. **Opinião Pública** [Em linha]. Vol. 18, n.º 1 (jun. 2012), p. 68-87. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-62762012000100004>. [Consult. em 10-01-2023].



verdadeira construção de elite que permitiu de certa forma tanto atingir o anseio da redemocratização quanto à possibilidade de conservar o poder de uma certa elite dirigente.

Ademais os movimentos sociais, como a Revolução dos Cravos em Portugal e as Diretas Já no Brasil, não apenas marcaram períodos significativos de transição democrática em seus respectivos países, mas também ajudaram a forjar costumes de natureza materialmente constitucional que permeiam a cultura política contemporânea.

Esses costumes, emergidos do seio da sociedade civil em momentos de resistência e luta por Direitos e liberdades fundamentais, estabeleceram-se como verdadeiras normas de comportamento e expectativas coletivas, influenciando a prática política e a compreensão do Direito constitucional. São exemplos de costumes constitucionais que se evidenciaram desses movimentos:

1. **A Prática da Mobilização Popular como Instrumento de Mudança Política:** Movimentos como a Revolução dos Cravos e as Diretas Já demonstraram que a mobilização popular é um mecanismo legítimo e eficaz de participação política, capaz de provocar mudanças substanciais na estrutura de poder. Esse costume de mobilização popular, quando percebida uma desconformidade entre a prática governamental e os valores democráticos, tornou-se um elemento materialmente constitucional ao reafirmar o poder soberano do povo.
2. **O Compromisso com a Democracia Participativa:** Por meio desses movimentos, consolidou-se a expectativa de que a democracia vai além do exercício do voto em eleições periódicas; ela engloba a participação ativa da sociedade na vida política, seja por meio de manifestações, seja por meio da participação em processos decisórios. Esse costume reforça a ideia de uma democracia viva e participativa, em que o diálogo entre sociedade e Estado é constante.
3. **A Valorização dos Direitos e Liberdades Fundamentais:** Movimentos sociais que lutam pela democracia colocam em destaque, com frequência, a importância dos Direitos humanos e liberdades fundamentais. A resistência contra regimes autoritários e a luta pela redemocratização contribuíram para solidificar a noção de que o respeito aos Direitos fundamentais é um pilar inegociável da ordem constitucional.



4. **A Legitimidade da Oposição e do Dissentimento:** A prática de contestar abertamente as decisões e políticas governamentais, característica desses movimentos, reafirma o Direito ao dissentimento como fundamental em um sistema democrático. Esse costume sublinha a importância de um espaço público em que a oposição e a crítica construtiva são vistas como essenciais para a saúde e o desenvolvimento da democracia.

Esses movimentos sociais, Revolução dos Cravos em Portugal e Diretas Já no Brasil, não apenas contribuíram para transições democráticas significativas em seus respectivos países, mas também ajudaram a cimentar costumes de natureza materialmente constitucional que reforçam os princípios democráticos.

Pela mobilização popular, da valorização da democracia participativa, da defesa intransigente dos Direitos e liberdades fundamentais, e do reconhecimento da legitimidade da oposição e do dissentimento, esses costumes se entrelaçam com o tecido da prática política contemporânea, moldando a compreensão e a aplicação do Direito constitucional.



3 REFLEXOS SOCIAIS NO COSTUME CONSTITUCIONAL

3.1 OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS DO SÉCULO XXI

Antes de adentrar especificamente nos novos movimentos sociais do século XXI, entendemos que, ainda que de modo objetivo, é relevante tecer algumas considerações gerais quanto às abordagens no estudo dos movimentos sociais.

Maria da Glória Gohn, explica que “um movimento social é sempre a expressão de uma ação coletiva e decorre de uma luta sociopolítica, económica ou cultural. Usualmente ele tem os seguintes elementos constituintes: demandas que configuram sua identidade; adversários e aliados; bases, lideranças e assessorias – que se organizam em articuladores e articulações e formam redes de mobilizações –, práticas comunicativas diversas que vão da oralidade direta aos modernos recursos tecnológicos; projetos ou visões de mundo que dão suporte a suas demandas; e culturas próprias nas formas como sustentam e encaminham suas reivindicações”²⁹⁰.

Antecedendo o desenvolvimento do nosso entendimento, é preciso destacar que a compreensão dos movimentos sociais no século XXI requer uma análise peculiar de suas características essenciais e da evolução das abordagens no estudo desses fenómenos sociopolíticos. Para lançar luz sobre esse tema complexo, é fundamental uma reflexão sobre o que constitui um movimento social e como ele se manifesta em nossa sociedade.

Maria da Glória Gohn²⁹¹ nos oferece uma visão esclarecedora. Segundo ela, um movimento social é, em sua essência, a expressão de uma ação coletiva que emerge a partir de lutas sociopolíticas, económicas ou culturais. Esses movimentos, frequentemente, apresentam elementos que definem sua identidade e objetivo, tais como demandas específicas, a identificação de adversários e aliados, além de uma base de apoiadores que se unem sob lideranças e assessorias. O dinamismo dessas ações se reflete na formação de articuladores e articulações que dão origem a redes de mobilização.

Além disso, os movimentos sociais são intrinsecamente conectados às práticas comunicativas. Desde a oralidade direta até o uso de modernos recursos tecnológicos, a disseminação de suas mensagens e a mobilização de seus apoiadores são fundamentais para o

²⁹⁰ GOHN, Maria da Glória Marcondes – **Novas teorias dos movimentos sociais**. São Paulo: Loyola, 2019, p. 14.

²⁹¹ *Ibid.*



sucesso de suas causas. Por trás de suas demandas, geralmente encontramos projetos ou visões de mundo que servem como alicerces para suas reivindicações.

Aspeto essencial para entender esses movimentos é reconhecer a presença de culturas próprias que moldam a maneira como se sustentam e direcionam suas reivindicações. Essas culturas podem ser expressas por meio de símbolos, rituais, narrativas e valores compartilhados que conferem uma identidade única aos movimentos sociais.

No final do século XIX, a doutrina, especialmente a francesa, abordava os movimentos sociais como um instinto de natureza selvagem, reportando-os como desvios de comportamento das massas. Na segunda metade do século XX, predominaram duas abordagens: uma, que se inspirava no funcionalismo apoiado na tradição psicológico-social, capitaneada pela Escola de Chicago, denominada de clássica ou comportamento coletivo; outra, que se apoiava na perspectiva marxista.

Segundo a teoria clássica, o surgimento de ações coletivas eram o reflexo da incapacidade dos mecanismos de controlo social, aduzindo que movimentos sociais surgiam num contexto de desordem. “As ‘situações de crise’, provocadas por rápidas transformações na estrutura social, poderiam produzir alterações psicológicas nos indivíduos, causando sentimentos de privação e frustração, que, por sua vez, provocariam comportamentos individuais ‘irracionais’. A ação coletiva derivaria da ‘massificação da irracionalidade’.”²⁹²

Observa-se que as abordagens sobre os movimentos sociais evoluíram ao longo do tempo, passando de uma visão que os considerava instintos selvagens para uma perspectiva que os relacionava com desordem social e comportamentos individuais influenciados por crises e privações. Essas teorias ajudaram a compreender melhor os motivos por trás deles e suas dinâmicas.

Uma segunda corrente apoiava-se na perspectiva marxista, defendendo que os movimentos sociais possuem fontes estruturais, distanciando-se de qualquer argumento de irracionalidade para enfatizar que os movimentos eram providos de racionalidade, concentrando-os em uma espécie de conflito social, primordialmente travada entre duas classes: burguesia e proletariado, considerando que, mais do que agentes sociais, as classes seriam sujeitos históricos, capazes de produzir transformações na política e estrutura social.

Essa perspectiva marxista sobre os movimentos sociais trouxe uma abordagem fundamental para entender a dinâmica das lutas sociais. Ao focar a luta de classes como o

²⁹² BERTONCELO, Edison – **A campanha das Diretas e a democratização**, p. 22.



motor subjacente desses movimentos, os teóricos marxistas argumentaram que as contradições inerentes ao sistema capitalista eram a fonte primordial de conflito. Para eles, as classes sociais não eram apenas agentes sociais, mas também sujeitos históricos dotados de poder para moldar a política e a estrutura social.

A análise marxista dos movimentos sociais enfatizou que essas lutas não eram irracionais ou caóticas, mas sim uma resposta lógica às desigualdades e injustiças do sistema capitalista. A burguesia, como detentora dos meios de produção, era vista como uma classe que buscava preservar seus interesses económicos, enquanto o proletariado, a classe trabalhadora, tinha o potencial de se unir em busca de mudanças estruturais que beneficiariam a maioria.

Nesse sentido, os movimentos sociais sob a perspectiva marxista eram vistos como meios pelos quais o proletariado poderia conscientizar-se de sua posição na sociedade, organizando-se para desafiar o *status quo*. Esses movimentos não eram apenas reações espontâneas, mas sim a expressão de uma consciência de classe, buscando a transformação das estruturas políticas e económicas.

Portanto, enquanto uma corrente via os movimentos sociais como irracionais e caóticos, a abordagem marxista os considerava uma manifestação da luta de classes, uma busca racional por justiça social e igualdade. Essa visão ressaltou a importância de entender a dinâmica das classes na análise dos movimentos sociais e enfatizou o seu potencial para impulsionar mudanças significativas na política e na estrutura da sociedade.

Essas correntes são colocadas em xeque com “o surgimento de novas modalidades de movimentos sociais – como os dos Direitos civis nos Estados Unidos ainda nos anos de 1950, dos estudantes de vários países europeus nos anos 1960, de mulheres, pela paz, contra a Guerra do Vietnã etc. – contribuiu para o surgimento de novos olhares sobre a problemática. ... passou-se a destacar o lado positivo dos movimentos, como construtores de inovações culturais e fomentadores de mudanças sociais”²⁹³.

Esse novo olhar proporcionou o desenvolvimento de três perspectivas teóricas: [1] Teoria da Mobilização de Recursos; [2] Teoria do Processo Político; e [3] Teoria dos Novos Movimentos Sociais.

Na Teoria da Mobilização de Recursos há um absoluto distanciamento do carácter emotivo e, portanto, passa-se a estar concentrado em racionalidade, de forma que se busca

²⁹³ GOHN, Maria da Glória Marcondes – **Novas teorias dos movimentos sociais**, p. 25.

muito mais do que explicar as razões dos movimentos sociais, para se compreender o que levou a tal mobilização.

A mobilização de recursos é todo e qualquer meio ou instrumento que permite um agente influenciar outro, sendo, portanto, o processo pelo qual os recursos²⁹⁴ tornam-se disponíveis para um grupo social, o que converge para que seja “necessário, para tanto, que algumas estruturas sejam criadas, pois, sem elas, a racionalidade tenderia a voltar à emotividade e os objetivos finais poderiam deixar de serem alcançados. A burocracia que segue um movimento social, como o caso dos sindicatos, representa o exemplo claro do anteriormente mencionado. Os cargos, as hierarquias, a especialização dos recursos humanos, as novas lideranças, entre outras características, demonstram que, quanto mais burocratizados, maior a possibilidade de um movimento social se tornar longo”²⁹⁵.

Essa teoria, em nosso sentir, é tendente ao paradigma marxista²⁹⁶, em que se associa movimento social com luta de classes, onde é absolutamente relevante o processo de organização da classe e da formação da consciência social, colocando demasiada importância nas organizações e transformando-as em suportes dos movimentos. O tema maior, nesse caso, estará na desigualdade social em contraponto ao da igualdade e emancipação da classe ‘explorada’.

A teoria do processo político também se radica na racionalidade e “afirma que as ações políticas ‘não-institucionalizadas’ são parte do repertório social legítimo que os grupos podem mobilizar. Mas diferentemente dela, não direciona a análise para a dimensão interna (os recursos ‘internos’ aos movimentos sociais, como liderança, organização, dinheiro,

²⁹⁴ Tempo, dinheiro, conhecimento, influência, trabalho, organização...

²⁹⁵ SCHWARTZ, Germano – **As Constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018, p. 59.

²⁹⁶ Sendo prudente registrar as seguintes diferenças: *Ênfase na Causa Raiz*: A teoria marxista dos movimentos sociais coloca uma forte ênfase nas questões de classe e na luta de classes como a causa raiz dos movimentos sociais. Por outro lado, a teoria de mobilização de recursos não atribui necessariamente as causas dos movimentos sociais a fatores económicos e de classe, mas enfatiza mais a mobilização eficaz de recursos como fator-chave para o sucesso dos movimentos; *Análise de Recursos*: A teoria de mobilização de recursos se concentra mais na análise dos recursos disponíveis e na estratégia de mobilização desses recursos, enquanto a teoria marxista tende a enfatizar a análise das relações de classe e do sistema económico em que os movimentos estão inseridos; *Perspectiva de Mudança Social*: A teoria marxista tende a ver os movimentos sociais como agentes de transformação social que podem levar a mudanças fundamentais no sistema capitalista. A teoria de mobilização de recursos pode ser mais pragmática e centrada em objetivos específicos, como mudanças de políticas públicas.

Embora essas abordagens tenham diferenças fundamentais, é importante notar que as análises dos movimentos sociais muitas vezes podem incorporar elementos de ambas as perspectivas, dependendo do contexto e dos objetivos da pesquisa. Além disso, combinar *insights* de diferentes abordagens para obter uma compreensão mais abrangente dos movimentos sociais pode ser enriquecedor.

informações). Ao invés, examina a relação entre o contexto político (por exemplo, o sistema político-institucional) onde estão inseridos. Seu foco teórico central é a relação entre a esfera político-institucional e seus agentes, de um lado, e os grupos desafiadores (que desafiam o governo e os membros do sistema político) de outro”.²⁹⁷

Nessa perspectiva há um retorno do pensar clássico funcionalista, que abrange privações individuais ou grupais e, por consequência, convergindo a uma cultura identitária. Isso inclui processos de dominação²⁹⁸ e abre espaços para sujeitos ou agentes que até então não se encontravam na cena pública ou que não detinham de visibilidade.

Em consequência, caminha-se a uma tríade na análise dos movimentos sociais. Inicialmente, procura-se traçar um diagnóstico que consiste na identificação específica da razão ou problema que o motiva, o que, à vista disso, transforma o fenómeno natural em uma questão social e política.

No momento subsequente, estabelece um prognóstico que procura identificar soluções ou articulações de soluções, bem como estratégias de ação para contenção do movimento social; busca-se, por fim, a construção motivacional do movimento social, embora não possamos atribuir textualmente que haja um efetivo resgate, não se consegue negar que o aspeto motivacional traz uma perspectiva funcionalista²⁹⁹, deslocando, de modo evidente, a existência desses ‘problemas’ sociais para uma espécie de construção social do problema, abrindo espaço para ‘oportunidades políticas’ que resultam sujeitas a determinados processos simbólicos.³⁰⁰

As ‘oportunidades políticas’, quase sempre, se dão por meio da elaboração retórica da mudança, estabelecendo uma espécie de urgência, agência e possibilidade, destacando os riscos de não agir e evidenciando que a não solução, nesse momento, pode impactar no comprometimento futuro.

O argumento apresentado sobre a teoria do processo político relativa aos movimentos sociais destaca a importância de analisar a relação entre o contexto político institucional e os grupos desafiadores. Essa perspectiva coloca em foco a interação entre a esfera política e os agentes que desafiam o sistema político, o que é fundamental para compreender os movimentos sociais.

²⁹⁷ BERTONCELO, Edison – **A campanha das Diretas e a democratização**, p. 25.

²⁹⁸ Como proposto por Bourdieu.

²⁹⁹ Privações individuais ou grupais.

³⁰⁰ Que se observará especialmente na aspiracional legislativa.



No entanto, além dessa análise da dinâmica política, é relevante considerar a dimensão sociológica e cultural dos movimentos sociais. A perspectiva apresentada sugere que as ações políticas não institucionalizadas são uma expressão legítima do repertório social dos grupos, mas não aborda completamente a complexidade das motivações por trás dessas ações.

Uma abordagem mais abrangente levaria em conta as privações individuais ou grupais que muitas vezes estão na raiz dos movimentos sociais. Essas privações podem ser de natureza económica, social, cultural ou política e, frequentemente, convergem em torno de questões de identidade. Os movimentos sociais muitas vezes emergem como uma resposta a essas privações como uma tentativa de reivindicar Direitos ou demandas que foram negligenciadas ou reprimidas.

Ao considerar a cultura identitária, podemos observar como os movimentos sociais não apenas desafiam o *status quo* político, mas também contribuem para a construção de novas identidades e narrativas sociais. Eles oferecem voz e visibilidade a grupos que anteriormente estavam ausentes ou marginalizados na cena pública. Isso pode ser visto como um aspeto motivacional dos movimentos sociais, pois a busca por reconhecimento e empoderamento desempenha um papel crucial em mobilizar os participantes.

Assim, a análise dos movimentos sociais pode ser vista como uma tríade, conforme mencionado: diagnóstico, prognóstico e construção motivacional. O diagnóstico envolve a identificação das razões subjacentes aos movimentos sociais, transformando problemas individuais em questões sociais e políticas. O prognóstico visa encontrar soluções ou estratégias de ação para lidar com esses problemas e movimentos. Por fim, a construção motivacional destaca como os movimentos sociais buscam criar uma narrativa que inspire a ação, muitas vezes enfatizando a urgência, a agência e a possibilidade de mudança.

Além disso, é importante reconhecer o papel das “oportunidades políticas” na dinâmica dos movimentos sociais. Essas oportunidades podem surgir quando há uma elaboração retórica convincente da necessidade de mudança, destacando os riscos de inação e enfatizando a importância da ação imediata. Essas oportunidades políticas podem influenciar a trajetória e o sucesso dos movimentos sociais, criando um ambiente propício para a mobilização e a conscientização.

A teoria do processo político é uma abordagem valiosa para compreender os movimentos sociais, mas é importante complementá-la com uma análise mais abrangente das dimensões sociológicas, culturais e motivacionais que impulsionam esses movimentos. Isso



nos permite ter uma visão mais completa e holística da dinâmica dos movimentos sociais e de seu impacto na sociedade e na política.

A teoria dos Novos Movimentos Sociais, em realidade, não tem essencialmente o carácter de novidade. Foi um termo cunhado por Alain Touraine³⁰¹, em 1979, que buscou enfatizar a importância dos movimentos que impulsionavam e reivindicavam dimensões mais culturais, identitárias, que surgiram após 1960, tais como a igualdade de género, meio ambiente, demandas económicas e de redistribuição de rendas ou riquezas, o que caracteriza uma estreita combinação de reivindicações materialistas e *pós-materialistas*.

Movimentos denominados altermundialistas são a demonstração do embate popular de resistência à lógica de primazia do capital em detrimento da saúde, dos recursos naturais, da paz, da democracia e da justiça.

Há diversos exemplos importantes que são encontrados observando-se objetivos específicos que esses grupos pretendem. Note-se, por exemplo, o movimento feminista que luta pelo fim da tipologia do corpo feminino como uma mercadoria, o ecologista com o controlo da expansão capitalista que culmina com a destruição de meios naturais e até de povos originários, sindicalistas que se opõem contra a precarização dos postos de trabalhos e dos próprios Direitos trabalhistas. Em comum entre eles há um certo apelo à dignidade que vincula a democracia como forma de respeito do Estado aos seus cidadãos.

Os Novos Movimentos Sociais do Século XXI, “entendidos como aqueles ocorridos a partir do ano de 2009 (Castells, 2013), com a Islândia, até o momento presente, são capazes de fornecer ao seu observador um leque variado de opções para sua análise”³⁰².

Ainda antes dos referidos movimentos, observava-se que a tanto a regulação quanto a promoção de Direitos sociais, no século XX, estavam projetadas como uma espécie de estrutura acoplada a critérios de decisão democrática, traçando um limiar entre o sistema político e sistema jurídico e, consequentemente económico, já que sem a continuidade do processo de acumulação a democracia também estará fragilizada ou minimamente exposta a dificuldades.³⁰³

Segundo explica Paulo Ferreira da Cunha, “Direitos sociais é o nome genérico para várias dimensões (durante algum tempo disse-se ‘gerações’, mas entendeu-se que tal era

³⁰¹ TOURAINE, Alain – La voz y la mirada. **Revista Mexicana de Sociología**. Vol. 41, n.º 4 (1979), p. 1299-1315.

³⁰² SCHWARTZ, Germano – **As Constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI**, p. 6.

³⁰³ CAMPILONGO, Celso – **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 119.



reduzidor, porque os vários adquiridos civilizacionais de Direitos convivem no tempo, em boa medida) de Direitos, liberdades e até garantias, com dimensão especificamente social, económica, cultural, ecológica, de igualdade de gênero etc.”³⁰⁴.

O embate humano na busca de mais concretização desses Direitos sociais, e dos próprios Direitos fundamentais e humanos, converte-se, no mais das vezes, em costumes e podem ser advindos tanto de fatos internos quanto externos, dada a influência do fenómeno da globalização desde o século XX até os dias atuais. “Novíssimos sujeitos entram em cena, com os movimentos sociais anti ou alterglobalização. Várias lutas sociais se internacionalizam rapidamente, novos conflitos sociais eclodem, abrangendo temáticas que vão da biodiversidade, do biopoder, de lutas e demandas étnicas (alguns autores chegam a separar o termo movimento social de movimento indígena) às lutas religiosas de diferentes sítios e crenças. Um sujeito coletivo passa a dominar o cenário desses conflitos, o imigrante, este pária desterrado que ora é exaltado na história dos países como construtor de uma nação ora execrado como a fonte de problemas sociais e políticos. Seus Direitos culturais são ignorados ou punidos”³⁰⁵.

Os novos movimentos sociais do século XXI, percebidos como uma aquisição evolutiva do sistema global, da complexidade do sistema social, ampliam-se para apresentar resultado por meio do sistema constitucional, de forma que “Compreender uma Constituição, por exemplo, como uma aquisição evolutiva do sistema social, é ter em mente que as comunicações que ela estabelece com tudo o que está ao seu redor (Novos Movimentos do Século XXI) necessitam ser filtradas de acordo com sua própria recursividade. Acaso isso não se estabeleça, há uma insuficiente diferenciação funcional (Neves, 2012), e os riscos de corrupção sistêmica tornam-se bastante problemáticos. O Direito deixaria de ser Direito porque não se reafirmaria como tal”³⁰⁶.

Não se olvide que no século XXI, diversos movimentos sociais democráticos vêm moldando a história e, conseqüentemente, as Constituições. Ao fim da Primeira Guerra Mundial, havia uma ideia de que a democracia estava avançando, entretanto, no final dos anos vinte, ou seja, no lapso de pouco menos de uma década, a percepção era inversa: o avanço dos poderes fascistas e de vários outros fatores culminaram no colapso da Segunda Guerra

³⁰⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da – **O contrato constitucional**. Lisboa: Quid Juris, 2014, p. 31.

³⁰⁵ GOHN, Maria da Glória Marcondes – **Novas teorias dos movimentos sociais**, p. 42-43.

³⁰⁶ SCHWARTZ, Germano – **As Constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI**, p. 9.



Mundial, o que retomou o debate e os próprios rumos da democracia constitucional. Acreditando-se estável a democracia, vários países, entre eles Portugal e Brasil, vivenciaram duros anos de regime autoritário, em que movimentos sociais, como já vistos, deram vida a grandes ondas de democratização. Há que se registrar que o “Irã foi desafiado pela **Revolução Verde** após as eleições presidenciais de 2009. O movimento democrático de Birmânia não havia tido muito sucesso quando, em 2010, os ganhadores de uma eleição tipicamente fraudulenta anunciaram uma liberalização significativa. E poucos movimentos democráticos chamaram a atenção do mundo como o fizeram os movimentos da **Primavera Árabe**, pouco depois neste mesmo ano”³⁰⁷.

Primavera Árabe é o termo “utilizado para descrever o conjunto de Novos Movimentos Sociais do Século XXI ocorrido no norte da África³⁰⁸ a partir do caso da Tunísia, em 18 de Dezembro de 2010, e que, por contágio, espalhou-se por vários países: Egito, Kwait, Líbia, Síria, Argélia, Bahrein, Djibuti, Iraque, Jordânia, Omã, Iemen, Kuwait, Líbano, Mauritânia, Marrocos, Arábia Saudita e Sudão”³⁰⁹.

Esses movimentos sociais, predominantemente sob a forma de protesto popular, eclodiram nos países árabes em dezembro de 2010, surpreendendo todas as análises e previsões quanto a sua dimensão e propósitos. Foram movimentos que, conectados, atraíram a atenção de meios de comunicação, revelando “que a perda do medo ante aos aparatos repressivos do poder, a tomada das ruas por milhões de pessoas, as demandas de justiça social e de mudança política, e as deposições precipitadas dos chefes de Estado que resultaram na implementação de mudanças políticas constituíram um momento histórico transcendental”³¹⁰.

No Brasil, tanto alguns acontecimentos quanto a evolução dos costumes em relação a determinados temas demonstraram a capacidade que os movimentos sociais têm de influenciar na esfera constitucional.

³⁰⁷ MARKOFF, John – **Olas de Democracia. Movimientos Sociales Y Cambio Político**. Granada: Comares, 2018, p. 152, tradução nossa, grifos do autor.

³⁰⁸ JOFFÉ, George – A Primavera Árabe no Norte de África: origens e perspectivas de futuro. **Relações Internacionais** [Em linha]. N.º 30 (2011), p. 85-116. Disponível em: https://ipri.unl.pt/images/publicacoes/revista_ri/pdf/ri30/n30a06.pdf. [Consult. em 20-03-2023].

³⁰⁹ SCHWARTZ, Germano – **As Constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI**, p. 153.

³¹⁰ Tradução livre de: “*Que la pérdida del miedo ante los aparatos represivos del poder, la apropiación de las calles por millones de personas, las demandas de justicia social y de cambio político, y las precipitadas deposiciones de jefes de Estado que se tradujeron en la puesta en marcha de cambios de políticos constituyeron un momento histórico transcendente*” (ÁLVAREZ-OSSORIO, Ignacio; BARREÑADA, Isaías; MIJARES, Laura – **Movilizaciones Populares Tras Las Primaveras Árabes (2011-2021)**. Catarata: Madrid, 2021, p. 12).



Desde o início do século XXI, sobretudo a partir da segunda década, as manifestações públicas tomaram o centro das atenções, com efeitos diretos na esfera política e, consequentemente, constitucional no país. “O protesto maciço contra as deficiências do sistema de prestação de serviços públicos trincou e turvou a imagem de ‘paz social’ que havia no ar, construída ao longo da última década. Não se brigou contra um aumento de 20 centavos nos bilhetes de autocarro em São Paulo e em outras capitais, mas por muito mais, talvez por quase tudo. A revolta não chegou a pedir o céu, nem organizou uma agenda muito clara, mas fez com que ressoasse por longos dias um grito de indignação e de angústia coletiva. Ignorou parlamentares, sindicatos e partidos políticos. Ainda que de modo espontâneo e improvisado, deixou evidente que se dirigia – por vias transversas, sem condenação ou clareza programática – contra o governo representativo tal qual estruturado no Brasil”³¹¹.

Ao contrário da impressão que deixou, cabe ressaltar que esse movimento “não se voltou contra um governo em particular, mas contra todos os governos: contra o sistema político, seus atores, seus procedimentos e sua cultura. O Brasil conheceu em junho a face mais visível de uma crise da política que vinha de longe, que trocara sua manifestação explícita por uma latência recorrente que aos poucos foi corroendo a representação política e pondo em xeque a legitimidade dos governos”³¹².

Os movimentos sociais, como teoria impactante no sistema político e jurídico, passam a valer-se de estruturas de oportunidades políticas, inicialmente como um prisma utilitarista, buscando mobilizar recursos e desenvolver estratégias para concretização de seus interesse; “a partir desta perspectiva, os movimentos sociais seriam ‘challengers’ na arena política institucional, cujo objetivo é influenciar nas decisões dos ‘policy makers’ (decisores políticos) para mudar uma lei, obter novos Direitos ou orientar uma política. [...] Por exemplo, o impacto do movimento feminista não se resume a uma série de leis concretas, vai muito além, haja vista que transformou a subjetividade e o comportamento das mulheres e dos homens na vida cotidiana, na esfera profissional e no espaço público”³¹³. Daí que, tendo o povo poder,

³¹¹ NOGUEIRA, Marco Aurélio – **As ruas e a democracia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2013, p. 20.

³¹² *Ibid.*, loc. cit.

³¹³ Tradução livre de: “Esta perspectiva, los movimientos sociales serían ‘challengers’ en la arena política institucional, cuyo objetivo es influir en la decisiones de los ‘policy makers’ (decisores políticos) para cambiar una ley, obtener nuevos derechos u orientar una política [...] Por ejemplo, el impacto del movimiento feminista no se resume en una serie de leyes concretas, va mucho más allá, puesto que ha transformado la subjetividad y el comportamiento de las mujeres y de los hombres en la vida cotidiana, en la esfera profesional y en el espacio público” (PLEYERS, Geoffrey – **Movimientos Sociales en el Siglo XXI. Perspectivas y Herramientas Analíticas**. Icaria: Barcelona, 2019, p. 99).



ele passa a reagir e a fazer com que seus anseios sejam ouvidos pelo sistema político e jurídicos, pela voz constitucional.

Numa perspetiva global, três correntes impactam com relevância: [1] as redes sociais, pela qual o Estado, embora seja o centralizador da organização política, passa a ser substituído em suas redes de comunicação política; [2] as correntes que defendem a ética de valores cosmopolitas sustentam uma sociedade civil global, consequentemente de discurso alargado no que concerne a Direitos humanos; [3] a corrente que defende a reconfiguração da soberania estatal, encontrando na democracia supranacional e/ou global ferramentas capazes de sustentar o Estado-Nação.³¹⁴

Para Paulo Ferreira da Cunha, “as reivindicações sociais, que têm a ver com a distribuição dos rendimentos, a inclusão social dos pobres e os Direitos humanos não podem ser sufocados com o pretexto de construir um consenso de gabinete ou uma paz efémera para uma minoria feliz”³¹⁵. Acrescenta, ainda, em termos de sistema constitucional que, “Apesar de todas as dívidas e de todas as declarações e de todas as medidas, o limite dos limites ainda é a Constituição. Ela está – obviamente, no plano jurídico: e que outro pode haver aqui? – em vigor. E não há estado de exceção que a suspenda no seu cerne. Só mesmo uma ditadura. Por golpe violento ou palaciano”³¹⁶.

Conforme mencionado, no Brasil a participação da sociedade na construção da democracia e, consequentemente, na formação dos preceitos constitucionais por meio dos costumes, também pode ser verificada por meio de múltiplos fatores, conforme é destacado por Evelina Dagnino: “Essa multiplicidade inclui desde logo, evidentemente, o Estado, não apenas considerado como conjunto de forças que ocupam o poder nos vários níveis (municipal, estadual e federal) mas, especialmente, a estrutura estatal, cujo desenho autoritário permanece largamente intocado e resistente aos impulsos participativos... A busca por parte de organizações da sociedade civil de relações mais diretas com o Estado certamente se vincula também a essa precariedade. Assim, a complexidade inerente à novidade dos espaços públicos no Brasil inclui também os possíveis embates entre organizações da

³¹⁴ SCHWARTZ, Germano – **As Constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI**, p. 35.

³¹⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da – **O contrato constitucional**, p. 32.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 33-35.

sociedade civil e partidos, ao lado dos conflitos entre a representatividade advinda das urnas e aquela que se articula nos espaços de participação da sociedade civil”³¹⁷.

Ainda em relação aos movimentos sociais ocorridos no Brasil em meados dos anos 2010, Germano Schwartz explica que os protestos e clamores são baseados nos sonhos da população. “Quais sonhos? Os de sempre: cidades mais humanas e sem violência; país mais justo e igualitário; desenvolvimento sustentável e respeito às diferenças. A nova configuração social deixa claros os limites e a incapacidade, no ritmo da política atual, de pleno acesso ao bem-estar que se traduz em Direitos. Daí a explosão de esperanças. [...] Protestos são alertas. [...] O protesto tem limites. Manifestantes não podem se julgar acima ou fora da sociedade. Movimentos de protesto que ‘cavalguem moralmente cavalos selvagens’, como dizia Niklas Luhmann, podem bloquear não só o trânsito e as estradas, mas, também, o funcionamento da política, da economia e da luta por Direitos. Sem apresentar alternativas organizacionais e decisórias plausíveis, os protestos travarão a sociedade e cairão no descrédito dos ‘cães que ladram e não mordem’”³¹⁸.

De outro lado, as dimensões nacionais ou internacionais, na maioria das vezes, se apresentam como erróneas quando pensadas como mutuamente exclusivas. Um movimento social que seja parte de um processo nacional ou reflexo de especificidades nacionais não significa que não possa se transformar em uma onda internacional de mobilizações e até um movimento global.

Alguns estudiosos^{319,320} buscaram analisar se há uma relação característica de estrutura de classes nos movimentos sociais, preocupando-se inclusive com a classe média, que se caracteriza por segurança económica, nível educacional ampliado, empregabilidade decorrente de um grau técnico expressivo; entretanto, não se pode estabelecer que os movimentos sociais, ainda que tenham potencial sustentação em determinadas classes, se caracterizem como movimentos em favor de uma classe, principalmente pelo carácter universalista que detêm.

³¹⁷ DANIGNO, Evelina – **Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 279-280.

³¹⁸ CAMPILONGO, Celso – “A Inquietude Fixada”: Constituição e Movimentos Sociais. In SCHWARTZ, Germano – **As Constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionais dos novos movimentos sociais do século XXI**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 15-19, p. 15.

³¹⁹ OFFE, Klaus – New Social Movements: Challenging the Boundaries of Institutional Politics. **Social Research**. Vol. 52, n.º 4 (Winter 1985), p. 817-868.

³²⁰ EDER, Klaus – **A Nova Política de Classes**. São Paulo: Edusc, 2002.



Note-se que, enquanto as teorias da mobilização de recursos e do processo político procuram intervir da passagem de tensões sociais para a ação coletiva organizada, a teoria dos novos movimentos sociais procura determinantes capazes de construir bases que passam a gerar uma cultura própria, contando com a definição coletiva de interesses, valores e normas.³²¹

Sob essa perspectiva, considerando inclusive a rejeição aos partidos políticos ou o descrédito da democracia representativa, há também um distanciamento do viés puramente político, gerando uma espécie de individualização do compromisso expresso na vontade do cidadão.

Isso não significa que essas organizações não detêm mais um papel relevante. Seguem tendo um papel importante nos movimentos sociais, especialmente de continuidade e de luta; entretanto, os cidadãos aderentes ao movimento social procuram focar além do carácter subjetivo da individualização uma crescente valorização da ética pessoal.

Dito de outra forma, os movimentos sociais, ao revés de estarem centrados na busca de um impacto político, de uma espécie de “tomada de poder”, defendem e passam a construir uma “experiência vivida” como forma de modificar normas ou valores por meio das quais se coloca em prática a busca por um mundo melhor. Portanto, os movimentos sociais se constituem em fatos práticos que almejam ou tornam possível outra maneira de fazer, outra sociabilidade.

Observa-se que a teoria dos novos movimentos sociais tem desempenhado um papel significativo na compreensão da dinâmica das mudanças sociais nas últimas décadas. Ao mesmo tempo, o Direito de resistência e a desobediência civil são conceitos fundamentais no campo dos Direitos civis e políticos.

Ocorre que, em nossa ordem de ideias, a teoria dos novos movimentos sociais pode ser vista como uma versão contemporânea do Direito de resistência e da desobediência civil. Isso porque há conceitos que se entrelaçam e se complementam em um contexto moderno.

É central que os Novos Movimentos Sociais surgiram no final do século XX como uma abordagem que reconhece a diversidade de questões sociais e culturais que vão além das tradicionais lutas de classes. Eles se concentram em questões como Direitos LGBTQIAP+³²²,

³²¹ EDER, Klaus – **A Nova Política de Classes**, p. 280.

³²² Explicação de Cada Uma das Letras da Sigla:

L - Lésbica: Mulheres que sentem atração emocional, romântica ou sexual por outras mulheres.



feminismo, meio ambiente e multiculturalismo, e se distinguem pela sua ênfase na identidade, na cultura e na subjetividade dos participantes.

O Direito de resistência e a desobediência civil têm raízes profundas na filosofia política. Autores como Henry David Thoreau e John Locke argumentaram que os indivíduos têm o Direito moral de resistir a leis injustas e opressivas. A desobediência civil é uma forma de resistência não violenta que busca chamar a atenção para uma causa ou injustiça, desafiando abertamente leis consideradas injustas.

Desobediência Civil, em termos de referência, surge por meio de um ensaio escrito por Henry David Thoreau, em 1849, no qual ele argumenta com veemência a favor da resistência não violenta e da desobediência civil como formas legítimas de protesto contra um governo injusto. Thoreau baseia seu argumento em sua própria experiência de se recusar a pagar impostos em protesto contra a escravidão e a Guerra Mexicano-Americana.

O livro³²³ destaca a importância de cada indivíduo seguir sua própria consciência moral e ética, mesmo que isso signifique desafiar a autoridade estatal. Thoreau enfatiza que o governo deve ser um instrumento da justiça e da liberdade; quando falha nesse propósito, os cidadãos têm o dever de se opor ativamente às leis injustas e opressivas.

Além disso, Thoreau argumenta que a desobediência civil não deve ser confundida com a anarquia, pois ele acredita que o governo é necessário, desde que seja um governo justo. Ele também enfatiza a importância de uma sociedade mais consciente e engajada, na qual os indivíduos não se conformem passivamente às injustiças, mas sejam agentes de mudança.

A ideia da importância da consciência individual que se amplia contra a luta contra a injustiça e opressão, sempre centrada na determinação moral e na ação não violenta, é primordial.

G - Gay: Termo geralmente usado para homens atraídos por outros homens, mas também pode ser usado por lésbicas.

B - Bissexual: Indivíduos que se sentem atraídos por mais de um gênero.

T - Transgênero: Pessoas cuja identidade de gênero difere do sexo atribuído no nascimento.

Q - Queer: Um termo guarda-chuva para pessoas que não se enquadram nas normas tradicionais de gênero e/ou sexualidade.

I - Intersexo: Indivíduos nascidos com características sexuais (como cromossomos, genitália e/ou órgãos reprodutivos) que não se encaixam nas definições típicas de masculino ou feminino.

A - Assexual: Pessoas que não sentem atração sexual ou a sentem em baixos níveis ou sob condições específicas.

P - Pansexual: Pessoas atraídas por indivíduos de todos os gêneros e identidades de gênero.

+: A inclusão do “+” é uma forma de reconhecer todas as outras identidades e orientações que não estão explicitamente representadas nas letras anteriores

³²³ THOREAU, Henry David – **A desobediência civil**. São Paulo: Penguin Classic Companhia das Letras, 2012.

A desobediência civil, conceito que se enraíza na tradição de pensamento político e filosófico, ganha uma perspetiva interessante a partir das ideias de Maria Garcia, contribuindo significativamente para a compreensão da desobediência civil como um Direito fundamental e uma ferramenta essencial para a participação cívica e a mudança social.

Maria Garcia³²⁴ argumenta que a desobediência civil é um ato de resistência consciente e não violenta, no qual os cidadãos se recusam a obedecer a determinadas leis, políticas ou ordens de autoridades que consideram injustas ou imorais. A base de seu argumento é a crença de que a desobediência civil é uma manifestação do Direito humano à autonomia e à liberdade de consciência. Ela destaca que a desobediência civil é um instrumento fundamental para expressar discordância com as políticas do Estado, proteger os Direitos individuais e promover mudanças sociais positivas.

Em sua análise, Maria Garcia sublinha a importância da não violência como um princípio central da desobediência civil. Ela acredita que a não violência não é apenas uma tática eficaz, mas também uma afirmação moral do compromisso com a justiça e a dignidade humana. Para ela, a não violência torna a desobediência civil um meio legítimo de luta por Direitos e justiça, distinguindo-a, dessa forma, da resistência violenta ou ilegal.

Outro aspeto importante das ideias de Maria Garcia sobre desobediência civil é a ênfase na necessidade de que seja um ato público e transparente. Ela argumenta que a desobediência civil deve ser realizada de maneira aberta e consciente, de modo a atrair a atenção da sociedade e das autoridades. A publicidade desses atos é vista como uma forma de construir consenso público, mobilizar apoiadores e pressionar por mudanças políticas.

Além disso, Maria Garcia enfatiza que a desobediência civil deve ser realizada com o propósito de alcançar mudanças políticas ou sociais concretas. Ela argumenta que a desobediência civil não deve ser um fim em si mesma, mas sim um meio para promover reformas e avanços no sistema político ou nas políticas públicas. Portanto, a estratégia por trás da desobediência civil é essencial para garantir que seus objetivos sejam alcançados.

No contexto político contemporâneo, a compreensão sobre a desobediência civil e seus nexos ou similitudes com os novos movimentos sociais têm grande relevância. Esse norte é essencial para a contextualização da participação cívica ativa, assim como a expressão de desacordo são elementos essenciais de uma sociedade democrática saudável.

³²⁴ GARCIA, Maria – **Desobediência civil: Direito fundamental**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



Por certo que a desobediência civil, quando realizada com responsabilidade e compromisso com a não violência, é uma ferramenta poderosa para questionar o *status quo*, defender Direitos fundamentais, buscar justiça e lutar por Direitos humanos. A mudança de paradigmas jurídicos e sociais não deve ser vista como um ato de rebeldia arbitrária, mas como uma forma legítima de exercer a autonomia e promover valores democráticos e constitucionais.

O Direito de resistência constitucional³²⁵, por outro lado, é uma ideia que tem sua base no Direito constitucional e é incorporado em algumas Constituições. Esse Direito concede aos cidadãos o poder de resistir a ações governamentais que violem os princípios fundamentais da Constituição.

O Direito de resistência geralmente é mais formalizado e legalmente reconhecido do que a desobediência civil, pois opera dentro dos limites da ordem jurídica e constitucional, podendo “incidir sobre os atos de quaisquer funções do Estado. Mesmo se a violação conhece origem, mais frequentemente, em atos da função administrativa e, mais usualmente ainda, em atos administrativos. Não obstante, pode ter por objeto, igualmente, atos praticados por entidades privadas. Sobremaneira, quando estas se apresentem, não numa posição paritária com os remanescentes sujeitos individuais, mas munidas de autêntico poder perante estes”³²⁶.

As similitudes entre desobediência civil e Direito de resistência constitucional residem na sua natureza como formas de protesto e resistência contra a autoridade estatal. Ambas refletem a crença de que os cidadãos têm o Direito de se opor a medidas dos poderes instituídos que consideram injustas ou contrárias aos princípios constitucionais e democráticos.

Ambas podem envolver a recusa em cumprir leis ou regulamentos específicos. No entanto, enquanto a desobediência civil é frequentemente uma ação moral e ética individual, o Direito de resistência constitucional é embasado na axiologia constitucional.

A Constituição da República Portuguesa em seu artigo 21.º permite o Direito de resistência: “Todos têm o Direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus Direitos,

³²⁵ Alguns autores nominam o Direito de resistência como democrático e político, sendo certo, entretanto, que, independentemente da nomenclatura, o que importa é a possibilidade constitucional para tanto.

Ver: ROCHA, Ronald Fontenele – **Direito democrático de resistência**. Belo Horizonte: Fórum, 2010; TAVARES, Geovani de Oliveira – **Desobediência civil e Direito político de resistência: os novos Direitos**. Campinas: Edicamp, 2003; PAUPÉRIO, Arthur Machado – **O Direito político de resistência**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

³²⁶ RODRIGUES, Luís Barbosa – **Manual de Direitos fundamentais e de Direitos humanos**, p. 411.



liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

A tipologia³²⁷ do Direito de resistência é baseada em diferentes formas de resistência que os cidadãos podem adotar em face de abusos do Estado. Concentrando-se em três tipos principais de resistência:

Resistência Passiva: nesse tipo de resistência, os cidadãos não usam a força física ou a violência, mas recusam-se a obedecer às leis ou ordens que consideram injustas ou inconstitucionais. Isso pode incluir desobediência civil não violenta, como manifestações pacíficas, greves, boicotes e outras formas de protesto que desafiam o *status quo*, mas não recorrem à violência.

Resistência Ativa Não Violenta: esse tipo de resistência envolve ações mais enérgicas, mas ainda não violentas, como bloqueios, ocupações pacíficas e outras formas de desafio direto às autoridades. O objetivo é chamar a atenção para as injustiças e mobilizar a opinião pública contra o governo ou instituições que estão agindo de forma contrária aos princípios democráticos.

Resistência Ativa Violenta: a resistência violenta deve ser considerada como último recurso e apenas em situações extremas, quando todos os outros meios de resistência falharam e os Direitos fundamentais estão sendo gravemente ameaçados.

Machado Paupério adverte que, “quando a resistência deliberadamente gera a confusão no meio social ou espalha o descrédito total com relação à função pública, já não há falar-se em legitimidade daquele Direito, de que se abusa sem justificação para tal. Entre os desmandos do governo e dos efeitos da resistência há que haver a devida proporção, sob pena de deixar ser aquela a garantia da própria legalidade”³²⁸.

Como se observa, o Direito de resistência e a desobediência civil são conceitos intrinsecamente ligados à noção de uma visão pluralista do fenómeno jurídico. Esta perspetiva reconhece que o Direito não é um monólito imutável, emanado exclusivamente do Estado, mas sim um sistema dinâmico que pode ser influenciado e moldado pela sociedade por meio do exercício desses Direitos e sua conversão em movimentos sociais.

É fundamental compreender que o pluralismo jurídico se encontra em contraposição ao monismo jurídico, que defende a supremacia absoluta do Estado na criação e aplicação das

³²⁷ RODRIGUES, Luís Barbosa – **Manual de Direitos fundamentais e de Direitos humanos**, p. 414.

³²⁸ PAUPÉRIO, Arthur Machado – **O Direito político de resistência**, p. 262.



normas. O pluralismo jurídico reconhece a existência de múltiplas fontes de autoridade jurídica.³²⁹ Isso inclui não apenas o sistema legal formal estabelecido pelo Estado, mas também as tradições culturais, éticas, religiosas e sociais que influenciam o comportamento das pessoas e a criação de normas de convivência.

Dentro desse contexto, o Direito de resistência e a desobediência civil ganham relevância como ferramentas legítimas de expressão do pluralismo jurídico. O Direito de resistência é a ideia de que os cidadãos têm o Direito de se opor a ações injustas e ilegítimas, usando meios proporcionais para proteger seus Direitos e liberdades. Por sua vez, a desobediência civil implica na recusa consciente e pública em cumprir leis consideradas injustas, geralmente com o objetivo de chamar a atenção para questões morais e políticas.

Quando exercidos de maneira responsável e pacífica, esses Direitos têm o potencial de catalisar movimentos sociais significativos. A história está repleta de exemplos de movimentos de resistência e desobediência civil que trouxeram mudanças positivas.³³⁰

O Movimento dos Direitos Cíveis nos Estados Unidos³³¹, liderado por figuras como Martin Luther King Jr., lutou contra a segregação racial e inspirou reformas legislativas importantes.

O Movimento Sufragista³³², liderado por mulheres corajosas, resultou na concessão do Direito de voto às mulheres em muitos países. Esses exemplos demonstram como o exercício desses Direitos pode desafiar e transformar as normas e estruturas legais estabelecidas.

Além disso, é importante ressaltar que a resistência e a desobediência civil muitas vezes preenchem uma lacuna no sistema jurídico formal, permitindo que as preocupações da sociedade civil sejam ouvidas quando o sistema legal é ineficaz ou inadequado. Esses atos de desobediência podem servir como uma forma de “pressão de baixo para cima”, forçando o Estado a considerar mudanças e reformas necessárias para melhorar a justiça e a equidade.

Em uma sociedade democrática, a pluralidade de perspectivas é um valor fundamental. O reconhecimento do Direito de resistência e da desobediência civil como elementos

³²⁹ MONTEIRO, Maurício Gentil – **O Direito de resistência na ordem jurídica constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 180.

³³⁰ Entre outros ver: ARENDT, Hannah – **Crises da República**. 3.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

³³¹ Ver: SECCO, Lincoln – O maio de 1968 – a luta dos direitos civis nos Estados Unidos. **Jornal da USP** [Em linha]. São Paulo, 22-10-2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/o-maio-de-1968-a-luta-dos-Direitos-civis-nos-estados-unidos/>. [Consult. em 16-09-2023].

³³² Ver: O COSMOPOLÍTICO – **Dossiê: 100 anos do Movimento Sufragista** [Em linha]. Vol. 5, n.º 2 (2018). Disponível em: https://periodicos.uff.br/ocosmopolitico/issue/view/volume_5_edicao_2. [Consult. em 16-09-2023].

legítimos desse pluralismo jurídico não apenas amplia a voz dos cidadãos, mas também fortalece o Estado de Direito ao forçar uma reflexão constante sobre a justiça e a legalidade das leis e políticas governamentais.

Nesse escopo de ideias, os novos movimentos sociais não podem mais ser vistos apenas como uma teoria da sociologia e precisam ser tipificados e compreendidos sob a égide do Direito, mormente do Direito constitucional, o que se concretiza pelo Direito de resistência e/ou da desobediência civil.

Note-se que “a teoria dos novos movimentos sociais põe ênfase, portanto, nas mudanças da estrutura social externa aos movimentos. Estes são, porém, formados e condicionados por essas transformações. Assim, mudanças na macroestrutura social provocam na organização e nos temas dos movimentos”³³³.

A insuficiência da teoria sociológica para compreensão dos movimentos sociais pode ser sintetizada no seguinte quadro:

Quadro 2 – Abordagem dos novos movimentos sociais e mobilização de recursos segundo Celso Campilongo.³³⁴

	Abordagem dos novos movimentos sociais	Abordagem da Mobilização de recursos	Abordagem como Desobediência Civil/Direito de Resistência
Tradição intelectual	Escola de Frankfurt, Marxismo estruturalista contra o reducionismo de classe e o reducionismo económico: género, etnicidade, idade, vizinhança, meio ambiente, paz.	Teoria da Escolha Racional contra a Teoria da Ação Coletiva (Durkheim, Smelser, Blumer), que considerava os movimentos sociais irracionais e resultado de reivindicações.	Fundamenta-se no constitucionalismo contemporâneo.
Principais suposições	Mudanças estruturais da sociedade causam a emergência dos movimentos sociais; colonização do mundo da vida (Habermas), sociedade pós-industrial (Touraine), massificação da vida social (Laciar, Mouffe).	Movimentos sociais são o resultado da mobilização bem-sucedida de recursos e oportunidades políticas. Indivíduos fazem avaliações de custo-benefício a fim de decidir se devem ou não se engajar no protesto. Movimentos sociais competem entre si com outros sistemas sociais por recursos públicos.	A resistência ou desobediência é meio individual não jurisdicional de proteção dos Direitos fundamentais (Canotilho). Constitui-se em manifestação do <i>status libertatis</i> do indivíduo (Maria Garcia) inclusive como influência na elaboração de políticas públicas. Revela-se como um método de interpretação e aprimoramento da Constituição aberta (Peter Häberle).
Conceitos	Colonização do mundo da		Democratização do processo

³³³ CAMPILONGO, Celso Fernandes – **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 30.

³³⁴ As colunas referentes à abordagem dos novos movimentos sociais e abordagem da mobilização de recursos é baseada na proposta por: *ibid.*, p. 31-32.

importantes	vida Meios de direção (<i>steering media</i>) Sociedade pós-industrial Historicidade Relações de subordinação Relações de opressão Hegemonia Interpelação contraditória Massificação	Incentivos seletivos Recursos externos Rede pessoal de contatos Capital social Estruturas mobilizadoras Repertórios de protesto Oportunidades políticas Molduras (<i>frames</i>) Lideranças Processo de Recrutamento Indústria do Movimento Social Setor do Movimento Social	constitucional. Sociedade aberta e pluralista que tem valor central na dignidade da pessoa humana. Proposta de superação do positivismo jurídico considerando que a normatividade não é encapsulada e perpétua, sendo suscetível ao tempo e novas vivências.
Desenvolvimento	Descontinuidade/rutura da sociedade	Continuidade de estruturas sociais	Aprimoramento da Constituição como eixo central da organização política e social.
Papel da luta	Luta para o controlo coletivo do significado e de novas formas de identidade.	Luta resulta da mobilização de recursos: <i>Materiais:</i> dinheiro, organizações, força humana, tecnologia, meios de comunicação, <i>media</i> . <i>Imateriais:</i> legitimidade, lealdade, relações sociais, redes de contato, conexões pessoais, atenção pública, autoridade, comprometimento moral, solidariedade.	Luta para a concretização ou efetivação das promessas humanistas e progressistas da Constituição.
Forma	Pluralista, muitos Assuntos.	Competitiva.	Pluralismo Jurídico.
Aspetos políticos	Parte da Sociedade Civil	Demandas dirigidas ao Estado	Demandas emergentes da sociedade que podem até se contrapor ao Estado.

Nosso entendimento converge para compreender que os novos movimentos sociais se concretizam por meio do Direito de resistência e da desobediência civil, compartilhando a crença fundamental de que é moralmente aceitável lutar contra a injustiça. Uma sociedade justa é em geral o grande objetivo dos Estados Constitucionais. Por isso, as insurgências, quer em questões sociais ou culturais que estão regradas pela lei ou políticas públicas, são inexoravelmente o palco do Direito de resistência/desobediência civil.

O Direito de resistência/desobediência civil tem acentuada sua importância para concretização por meios da participação ativa dos cidadãos na busca pela transformação, o que se faz inclusive por meio da mobilização de base. Essa base, como é latente, se faz em nome de convicções pessoais e de valores axiológicos constitucionais, na maioria das vezes, fundado na dignidade da pessoa humana.

O movimento *Black Lives Matter* (BLM) é um exemplo poderoso de um novo movimento social que se tipificou em forma de desobediência civil, com protestos não violentos, para chamar a atenção para a injustiça racial sistémica.

Esse movimento³³⁵ surgiu em 2013, após o assassinato de Trayvon Martin, um jovem negro desarmado, por George Zimmerman, um vigilante, na Flórida. Desde então, o movimento tem crescido e se manifestado em resposta a uma série de casos de brutalidade policial e injustiça racial.

Uma das contribuições mais significativas do BLM como desobediência civil é sua capacidade de criar visibilidade e conscientização sobre questões de brutalidade policial e injustiça racial. Por meio de protestos, marchas e manifestações em massa, o BLM conseguiu chamar a atenção do público para problemas que muitas vezes são negligenciados ou ignorados.

O movimento BLM pressionou as instituições políticas e policiais a prestar contas por suas ações. Por meio de atos de desobediência civil, como bloqueios de estradas, ocupações pacíficas e protestos em frente a prédios governamentais, o BLM forçou autoridades a reconhecerem a necessidade de reformas significativas no sistema de justiça criminal.

³³⁵ Ver: Sitio oficial: BLACK LIVES MATTER – [Em linha]. United States, United Kingdom and Canada, 2024. Disponível em: <https://blacklivesmatter.com>. [Consult. em 24-09-2023].
COATES, Ta-Nehisi – The Case for Reparations. **The Atlantic** [Em linha]. Washington-DC, June 2014. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2014/06/the-case-for-reparations/361631/>. [Consult. em 24-09-2023]. Este influente artigo de Ta-Nehisi Coates argumenta sobre a necessidade de reparação histórica para a comunidade afro-americana nos EUA.
ALEXANDER, Michelle – **The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness** [Em linha]. Nova York: The New Press. 2010. Disponível em: <https://newjimcrow.com/>. [Consult. em 24-09-2023]. Neste livro, Michelle Alexander examina como o sistema de justiça criminal dos EUA perpetua a discriminação racial.
CRENSHAW, Kimberlé – Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. **Stanford Law Review** [Em linha]. Vol. 43, n.º 6 (07-1991), p. 1241-1299. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3813&context=californialawreview>. [Consult. em 24-09-2023]. Este ensaio de Kimberlé Crenshaw introduz o conceito de *interseccionalidade*, que é fundamental para entender as lutas das mulheres negras dentro do movimento.
KENDI, Ibram X. – **How to Be an Antiracist** [Em linha]. London: One World, 2019. Disponível em: <https://www.ibramxkendi.com/how-to-be-an-antiracist>. [Consult. em 24-09-2023]. Ibram X. Kendi explora a importância do antirracismo e como as pessoas podem se envolver ativamente na luta contra o racismo.
DESMOND, Matthew – The 1619 Project. **The New York Times Magazine** [Em linha]. New York, 2024. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2019/08/14/magazine/1619-america-slavery.html>. [Consult. em 24-09-2023]. Esta série de artigos e ensaios, liderada por Nikole Hannah-Jones, explora a história da escravidão nos Estados Unidos e seu impacto duradouro.
MARSHALL, Yannick Giovanni – Black Lives Matter: A Global Reckoning. **Al Jazeera** [Em linha]. Doha, 07-06-2020. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/opinions/2020/6/7/the-racists-peace>. [Consult. em 17-09-2023]. Este artigo aborda como o movimento BLM se espalhou globalmente e inspirou protestos e discussões sobre racismo em todo o mundo.

O BLM demonstrou a capacidade de mobilizar milhões de pessoas em todo o mundo. Por meio de plataformas de redes sociais e redes de ativismo, o movimento conseguiu reunir indivíduos de diversas origens para se unirem em solidariedade contra o racismo sistêmico e a violência policial.

O BLM não se limitou apenas a protestos nas ruas; também buscou mudanças legais e políticas. O movimento pressionou por reformas legislativas, como a proibição de estrangulamentos por parte da polícia e maior transparência nos casos de brutalidade policial. Essas mudanças legais são resultado direto da pressão exercida pelo BLM.

O movimento desafiou narrativas prejudiciais e estereótipos racistas. Por meio de sua desobediência civil, reforçou a ideia de que os Direitos civis não devem ser negados com base na cor da pele e que a igualdade racial é um objetivo que a sociedade deve perseguir.

O sucesso do BLM como um movimento de desobediência civil inspirou outros movimentos em todo o mundo³³⁶ a lutar por justiça e igualdade. Protestos antirracistas surgiram em muitos países, demonstrando que o BLM teve um impacto global.

A versão contemporânea dos novos movimentos sociais precisa ser compreendida no âmbito do Direito de resistência e da desobediência civil, tendo em vista a crença na luta contra a injustiça e na participação ativa dos cidadãos na busca por mudanças sociais. Essa perspectiva oferece uma lente interessante para analisar as dinâmicas dos movimentos sociais modernos e a sua relevância na sociedade atual. Na abordagem tridimensional, a análise não pode ser adstrita ao conteúdo formal da Constituição. Em vez disso, os novos movimentos sociais, vistos como uma forma de exercício do Direito de resistência ou desobediência civil, trazem ao debate a axiologia constitucional e a força jurídica da realidade constitucional. Eles desempenham um papel crucial na contenção da opressão, da tirania e do abuso de poder político, além de aprimorar a dignidade da pessoa humana.

3.1.1 Movimento social LBGTQIAP+ e o casamento homoafetivo

Dentre os movimentos que se pode destacar acerca da materialidade constitucional, podemos falar do movimento LBGTQIAP+, que culminou com o reconhecimento da união homoafetiva.

³³⁶ G1 – Protestos contra a morte de George Floyd pelo mundo nesta sexta-feira [Em linha]. G1 [Em linha]. São Paulo, 05-06-2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/06/05/protestos-contr-a-morte-de-george-floyd-pelo-mundo-nesta-sexta-feira-5-fotos.ghtml>. [Consult. em 17-09-2023].

A tónica, em termos constitucionais, por muito tempo girou em torno do conceito de *família* que as Constituições estabeleciam, geralmente havida entre homem e mulher. No caso brasileiro, esse reconhecimento ocorreu pela aspiracional judicial e, no português, pela aspiracional legislativa.

A questão da sexualidade humana, segundo se extrai, na pré-história não havia uma exata compreensão de que a fecundação dependia do homem. Quando isso é compreendido, tem-se início não somente ao que se denomina de patriarcado, mas também que a sexualidade detinha primordial função à sobrevivência da espécie.

Segundo Charles Darwin, que desenvolveu a teoria a respeito da evolução dos seres vivos, a seleção natural nada mais é que uma seleção sexual³³⁷, de forma que o macho mais forte, inteligente e hábil fecunda o maior número de fêmeas, permitindo a continuidade genética desses aspetos positivos e, conseqüentemente, aprimorando a espécie: “Esta forma de seleção não depende da luta pela existência com outros seres organizados, ou com as condições ambientes, mas da luta entre os indivíduos de um sexo, ordinariamente os machos, para assegurar a posse do outro sexo”³³⁸.

Nesse contexto, desenvolve-se ao longo dos tempos que a relação homem-mulher resulta em um contrato sexual, enquanto o “contrato social é uma história de liberdade; o contrato sexual é uma história de sujeição”³³⁹, de forma que “o pacto original é um tanto um contrato sexual quanto social: é sexual no sentido patriarcal – isto é, o contrato cria o Direito político dos homens sobre as mulheres, e também sexual no sentido do estabelecimento de um acesso sistemático dos homens aos corpos das mulheres”³⁴⁰. Dessa forma, a diferença sexual é uma diferença política, uma diferença entre liberdade e sujeição.

O surgimento e fortalecimento do Estado e da religião utilizaram o controlo da sexualidade ao longo dos séculos, inclusive com recursos de coerção e força, para que as famílias não se dispersassem, gerando uma espécie de identificação topológica entre as pessoas e permitindo o desenvolvimento de núcleos (cidades).

O fortalecimento das doutrinas eclesiásticas, e da própria igreja, fez com que a temática do pecado original tivesse forte impacto no ‘contrato social ou contrato sexual’,

³³⁷ DARWIN, Charles – **A origem das espécies** [Em linha]. [Trad. João de Mesquita Paul]. Porto: Lello & Irmãos, 2003. Disponível em: <http://ecologia.ib.usp.br/ffa/arquivos/abril/darwin1.pdf>. [Consult. em 10-02-2023].

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ PATEMAN, Carole – **O contrato sexual**. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 16.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 17.



gerando uma relação nevrálgica entre sexo e pecado. O matrimônio é considerado, então, uma instituição capaz de conter em alguma medida a sexualidade, matéria sobre a qual o Estado não deixava de intervir.

Com a Revolução Francesa em 1789, os argumentos de ordem predominantemente biológicas quanto à mulher³⁴¹ passam a ser questionados³⁴² com veemência por meio de publicações e movimentos sociais. Esse caminhar resulta, ainda que pequeno, em maior liberdade às mulheres; entretanto, há uma radical mudança quanto à forma coercitiva da sexualidade, agora por meio do Direito.

Essas considerações convergem para evidenciar que o movimento feminista antecede e é o berço do movimento LGBTQIAP+. Note-se que a busca realizada no início e com maior expressão a respeito da identidade humana da mulher, ainda que não de forma plena convergiu para minimamente impor o debate e criar vozes capazes de impactar nos ordenamentos legislativos dos Países.

É plenamente constatável que, à medida que o Cristianismo cresce no mundo ocidental, cresce em igual ou até maior medida a repressão às práticas sexuais, desde as codificações. No século XVII, a homossexualidade era crime em diversos países, punível desde a pena de morte até a trabalhos forçados. A França divergiu dessa criminalização para apenas tornar crime o ato homossexual não consensual, o que foi adotado por diversos países da Europa.

O jurista alemão Karl-Heinrich Ulrichs adotou o termo *uranista* para se referir às pessoas que se relacionavam com outras do mesmo sexo, chegando a publicar entre 1864 e 1879 doze volumes sobre o assunto; defendia o jurista que essas pessoas eram um “terceiro sexo”, argumentando que constituíam uma espécie de alma de mulher aprisionada em corpo de homem.³⁴³ O termo *uranista* foi substituído por homossexual, a partir de 1869 quando o húngaro Kar-Maria Benkert³⁴⁴ publicou dois folhetos opondo-se à lei prussiana que punia a sodomia masculina.³⁴⁵

³⁴¹ Destinada a procriação, a afazeres domésticos, desempenhando um papel subalterno e secundário na vida em sociedade.

³⁴² Merece consulta: MIYAMOTO, Yumi Maria Helena; KROHLING, Aloísio – Dos Direitos das mulheres na perspectiva de Jean-Jacques Rousseau. Mary Wollstonecraft e Olympe De Gougès. In CONPEDI/UNICURITIBA (org.) – **História do Direito**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 452-467.

³⁴³ E vice-versa.

³⁴⁴ Posteriormente mudou seu nome para Károli Maria Kerbeny.

³⁴⁵ SIMÕES, Júlio Assis – **Do movimento homossexual ao LGBT**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009, p. 38.



O século XIX e ao menos boa parte do século XX é marcado em demasia por tratar a questão do ‘homossexualismo’ como uma anomalia, algo patológico ou, ainda, uma degeneração. Tanto a área médica quanto jurídica, enquanto tentavam compreender esse fenómeno, lançando marcos de regulação, procuravam que seus argumentos fossem travestidos de verdade científica.

Entretanto, isso também foi utilizado de forma reversa, ou seja, para tratar a questão sob a ótica da naturalidade da homossexualidade por vozes como a do britânico Edward Carpenter, do alemão Magnus Hirschfeld e do também britânico Havelock Ellis, que se utilizaram, inclusive, de argumentos relevantes e contribuições feitas por homossexuais, como Erasmo de Roterdã, Leonardo da Vinci, Michelangelo, Alexander von Humboldt, Lord Byron, Oscar Wilde, Walt Whitman, Paul Verlaine e Safo de Lesbos.³⁴⁶

Hirschfeld argumentava variações no “terceiro Sexo” de acordo com a maior ou menor adequação com o sexo biológico, distinguindo entre homossexuais, andróginos, travestis e hermafroditas. Anote-se que essas classificações, com o passar dos tempos, vão sendo reelaboradas e servem em maior ou menor medida de referências a novas identidades sexuais e sociais no movimento social.

No instituto de ciência sexual em Berlim, entre 1920 e 1932, foram realizadas cirurgias de mudança de sexo, com o custeio dado pelo Governo Alemão, ao que tudo indica a pedido de Hirschfeld. Entretanto, com o crescimento da violência nazista, em 1933 o instituto foi saqueado e destruído, tendo inclusive sua biblioteca e arquivos queimados. Isso conduziu Hirschfeld ao exílio, onde veio a falecer cerca de dois anos depois.

É plausível reconhecer que, para além de afastar o conceito de *patologia*, a questão criminal era de grande preocupação aos homossexuais, o que consequentemente converge em uma das primeiras lutas.

No Brasil, desde o Código Criminal do Império, de 1830, a prática homossexual não é expressamente criminalizada para civis³⁴⁷; entretanto, a criminalização se deu por meio de

³⁴⁶ SIMÕES, Júlio Assis – **Do movimento homossexual ao LGBT**, p. 40.

³⁴⁷ Para militares, no código penal militar (1969) havia previsão expressa de crime no Art. 235: “Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano”, com previsões ainda de não ser possível aplicar suspensão da pena, e ainda haver declaração de indignidade do oficialato. Tal norma somente deixou de vigorar no ordenamento militar brasileiro em 28 de outubro de 2015, quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291 decidiu como não recepcionados pela Constituição Federal de 1988 as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”.



outros tipos penais, como “ato obsceno em lugar público”, “vadiagem” ou violação à “moral e aos bons costumes”.

Na Alemanha, a previsão contida no parágrafo 175.º do Código Penal Imperial previa que “A fornicação não natural, seja entre pessoas do sexo masculino ou de humanos com bestas, é punida com prisão, com a punição adicional de perda imediata dos Direitos civis”. Ela foi duramente combatida, o que não impediu que em 1909 o Governo Alemão tentasse ampliar o artigo para incluir mulheres, sob o pretexto de que a prática de sexo entre mulheres, igualmente aos homens, era um perigo para a vida familiar e da juventude, sendo, portanto, interesse da moralidade tal criminalização. Contudo, possivelmente em razão da eclosão da Primeira Guerra Mundial, o projeto não chegou a ser positivado.

O regime Nazista, em 1935, agravou o parágrafo 175.º, aumentando a pena para cinco anos e implementando um número muito maior de processos, o que resultou num aumento de cerca de dez vezes, atingindo mais de oito mil condenações em cada um dos anos seguintes.

Mesmo com o fim da Segunda Guerra Mundial, não só foi mantida a criminalização, mas também se aumentou mais a punição. Há dados que informam que entre 1945 e 1969 cerca de cem mil homens foram indiciados e cinquenta mil foram condenados à prisão. Referido artigo, embora tenha sofrido algumas atenuações, foi plenamente revogado apenas em 1994.

Em Portugal, o homossexualismo também foi criminalizado, inicialmente no Código Penal de 1852, de forma indireta, como atentado ao pudor. Em julho de 1912, passou a ser crime a relação homossexual, tanto para homens quanto para mulheres, sendo curiosa a tipologia penal que previa “aquele que se entregar à prática de vícios contra a natureza”.

No regime de Salazar, a criminalização não só é mantida, mas também é mais elevada, chegando-se a prever a internação em manicómio criminal e até a interdição do exercício de profissão. A descriminalização ocorreu somente em 1982 via aspiracional legislativa.

Em 19 de março de 1964, ocorreu no Brasil a primeira Marcha da Família com Deus pela Liberdade, considerada uma resposta à “ameaça comunista” que setores diversos, apoiados pelo clero, pelo empresariado e políticos, observavam no governo do presidente João Goulart, e que levou às ruas cerca de 500 mil pessoas.³⁴⁸ Essas marchas continuaram a

³⁴⁸ DIAS, Elder – São Paulo parou ontem para defender o regime. **Folha de S.Paulo** [Em linha]. São Paulo, 20-03-1964. Disponível em: http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_20mar1964.htm. [Consult. em 17-04-2023].



ocorrer após o golpe de Estado de 31 de março, entretanto com o nome de Marcha da Vitória (ao menos até 8 de junho de 1964).³⁴⁹

Esses movimentos sociais foram a base popular de apoio ao golpe de Estado, dando azo ao surgimento de Atos Institucionais (AIs), “como instrumentos legais de enorme relevância na montagem da nova institucionalidade, materializando, desde o início, um atrelamento estrutural entre moral e política constitutivo da ordem autoritária”. O AI-1, de 9 de abril de 1964 – que veio à tona para “fixar o conceito do movimento civil e militar” que tomou o poder –, esclarecia, de partida, a tarefa de “reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil”, bem como “toma[va] as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula de governo como nas suas dependências administrativas”³⁵⁰.

Por sua vez, o mais duro dos atos, o AI-5³⁵¹, lastreou uma série de barbáries sob o pretexto de preservar a “autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições do nosso povo, na luta contra a corrupção”. Isso permitiu, por diversas formas, uma espécie de controlo da sociedade, especialmente dos elementos “subversivos”, de forma que “a ideologia e o aparato repressivos dão concretude, portanto, à preocupação marcada da ditadura brasileira com a pornografia, o erotismo, as homossexualidades e as transgeneridades, fenômenos classificados como temas e práticas ameaçadores não apenas contra a estabilidade política e a segurança nacional, mas também contra a ordem sexual, a família tradicional e os valores éticos que, supostamente, integravam a sociedade brasileira”³⁵².

Evidente que não foi o regime autoritário brasileiro que fez surgir o preconceito e a discriminação em face de pessoas LGBTQIAP+, mas é certo que a sua forma estrutural permitiu a ampliação de “fiscais” da moralidade alheia, aumentando a não aceitação dessas pessoas no convívio da sociedade, lançando-as, conseqüentemente, a determinados “guetos”.

³⁴⁹ Merece consulta: PRESOT, Aline – Celebrando a ‘Revolução’: as marchas da família com Deus pela liberdade e o Golpe de 1964. In ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha Viz. (org.) – **A construção social dos regimes autoritários: legitimidade, consenso e consentimento no Século XX – Brasil e América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 71-96.

³⁵⁰ QUINALHA, Renan – Uma ditadura hetero-militar: notas sobre a política sexual do regime autoritário brasileiro. In GREEN, James N.; QUINALHA, Renan; CAETANO, Marcio; FERNANDES, Marisa. **História do Movimento LGBT no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2018. p. 15-38, p. 25.

³⁵¹ De 13 de dezembro de 1968.

³⁵² *Ibid.*, p. 29.



Observando-se o que a Europa vivenciou em razão das duas grandes guerras e de regimes autoritários e/ou totalitários como Nazismo, Fascismo, Stalinismo, Salazarismo, Franquismo que assolaram grande parte do território europeu, constata-se que o desenvolvimento do movimento LGBTQIAP+ foi mais contido do que o ocorrido nos países onde a democracia sempre esteve mais fortalecida, como Estados Unidos, Holanda³⁵³, Dinamarca³⁵⁴ e França³⁵⁵.

Nos Estados Unidos, Alfred Kinsey publicou em 1948 o seu primeiro relatório sobre comportamento sexual, demonstrando que o homossexualismo era muito mais frequente e não estava restrito a um segmento definido ou delineado da população. A partir deste relatório um grupo funda, em 1951, uma espécie de sociedade secreta nominada de *Mattachine Society*, composto por homens e mulheres homossexuais.

Em comum esses movimentos/associações defendiam seus interesses por meio de uma “atuação moderada e cautelosa, com ênfase na construção de uma imagem pública mais ‘respeitável’ para os homossexuais e na sua plena integração à sociedade”³⁵⁶.

Já ao final dos anos 1950, o movimento, especialmente nos Estados Unidos, toma uma feitura mais radical, politizando fortemente a liberdade sexual. Isso ocorreu no exato momento quando a democracia americana sendo restringida e o país mergulhou em um ambiente repressivo e intolerante nos tempos da Guerra Fria e do Macarthismo. Segmentos juvenis da geração *beat*, da contracultura *hippie*, que se interessavam “especialmente pelo que era outsider e underground, o que incluía a valorização da música negra e do rock, das experiências com substâncias psicoativas, como a maconha e o LSD, a oposição à ação norte-americana no Vietnã” se destacaram por adotar “uma atitude hedonista geral de rompimento com os valores puritanos da classe média tradicional”³⁵⁷.

O episódio ocorrido a noite de 28 de junho de 1969, em que a polícia tenciona interditar o bar Stonewall, que se situava em região boêmia de Nova York, por identificar frequentadores com condutas desviantes das normas sociais, resultou em confronto com pedras e garrafas e marcou o rompimento de homossexuais como vergonha, perturbação e

³⁵³ Fundado em 1946 o *Ontspanningscentrum (coc)*.

³⁵⁴ Fundado em 1948 o *Forbundet*.

³⁵⁵ Fundado em 1954 o *Arcadie*.

³⁵⁶ SIMÕES, Júlio Assis – **Do movimento homossexual ao LGBT**, p. 44.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 45.



clandestinidade para uma vivência visível que se opunha à opressão e hostilidade. O dia é inclusive consagrado como “Dia do Orgulho Gay e Lésbico”³⁵⁸.

No período de 1968 a 1973, o Brasil vivenciou um período próspero, alcunhado de “milagre econômico”, elevando o número de brasileiros em viagens ao exterior, o que permitiu, inclusive ou especialmente, que muitas pessoas LGBTQIAP+ fossem morar fora do Brasil por entenderem que encontrariam menor risco.

Isso fez com que o movimento estudantil que “começou a se reorganizar no final dos anos 1970 [resultasse em] fóruns importantes para a discussão de novas posições. Os estudantes questionavam os antigos ideais de unidade da oposição, colocando em questão a tradicional noção da esquerda de que a unidade seria essencial para a ‘luta geral’ ao enfatizar a necessidade de se discutir temas específicos a certos setores da população, até então considerados como secundários”³⁵⁹, fundamentando a defesa e as preocupações com grupos e movimentos minoritários, como o das feministas e dos LGBTQIAP+.

No Brasil, no período de 1963 a 1969, o pequeno e artesanal jornal *Snob* circulou no Rio de Janeiro, de forma bastante “velada”. Mesmo com cerca de vinte anos do movimento Americano, verificou-se no Brasil uma mudança dos padrões de sociabilidade no universo homossexual, conforme se extrai de depoimento colhido por Néstor Perlongher: “Nos anos 1970 houve o movimento hippie, underground, que foi absorvido pelos gays. A Nestor Pestana³⁶⁰ era um local absorvido pelos gays sem ser de características exclusivamente gays. Era um local assediado pelo pessoal que fumava [maconha], transava LSD, ia maquiado com batom verde, purpurina no cabelo, penas na cabeça. [...] Aí já aparece claramente o gay como personagem. Foi um questionamento dos valores burgueses, um cansaço do convencional”³⁶¹.

Com a relativa flexibilização da censura ocorrida no fim da década de 1970, foi possível editar o primeiro jornal homossexual do Brasil, o *Lampião da Esquina*, mais conhecido como *Lampião*. Era editado no Rio de Janeiro por jornalistas, intelectuais e artistas

³⁵⁸ Ver entre outros:

CANABARRO, Ronaldo – História e Direitos sexuais no Brasil: O movimento LGBT e a discussão sobre cidadania. In CONGRESSO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA REGIONAL, 2., *Anais* [...]. Passo Fundo: UPF; PPGH, 2013.

³⁵⁹ MACRAE, Edward – Identidades homossexuais e movimentos sociais urbanos no Brasil da “Abertura”. In GREEN, James N.; QUINALHA, Renan; CAETANO, Marcio; FERNANDES, M. (org.) – **História do Movimento LGBT no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2018. p. 39-62, p. 40.

³⁶⁰ Rua na região central de São Paulo, que, com a Galeria Metrópole, a Praça Roosevelt, Rua Vieira de Carvalho, a Avenida São João, a Praça da República e o Largo do Arouche, compunham uma espécie de circuito boêmio.

³⁶¹ SIMÕES, Júlio Assis – **Do movimento homossexual ao LGBT**, p. 73.



homossexuais e distribuído por todas as bancas do país. Seus editores pretendiam originalmente não só lidar francamente com a homossexualidade, como também forjar alianças com outras “minorias” com reivindicações específicas, como os negros, feministas, indígenas e representantes do movimento ecológico.

É possível, mais uma vez, observar em alguma medida a influência do movimento Americano, isto porque em 1977 estive no Brasil Winston Leyland, que era o editor do *Gay Sunshine*, uma das dezenas de publicações que circulavam nos Estados Unidos da América. A visita rendeu entrevistas para *Veja*, *Isto é*, *O Glogo*, *Jornal do Brasil*, *Folha de S.Paulo* e uma mais ampla para o *Pasquim*, chamada “Os gays estão se conscientizando”. Também há registros de encontros com diversos jornalistas brasileiros inclusive Aguinaldo Silva, que foi figura central do jornal *Lampião*.

Em abril de 1978, houve a primeira edição, com tiragem restrita, do *Lampião*, e em maio de 1978 a circulação já passou a ser ampla, por meio de bancas de revistas, com tiragem de dez mil exemplares, passando, em curto espaço de tempo, a ser de quinze mil exemplares.

O editorial contemplou diversas entrevistas de exilados políticos, além de dar ênfase às questões de discriminação e violência, inclusive do Estado, assim como da repressão da igreja católica. Essa postura, ainda que o regime autoritário brasileiro já se encontrasse enfraquecido, rendeu, em novembro de 1978, a abertura de inquérito policial por em tese terem seus editores praticado condutas ofensivas à moral e aos bons costumes.

O inquérito foi orientado por um documento do Centro de Informações do Exército, que recomendou a pressão econômica tanto nas imprensas “nânicas” quanto na imprensa “gay”, de forma que foi realizada uma devassa na contabilidade da empresa com o propósito de demonstrar sua incapacidade e conseqüente encerramento de suas atividades, o que de fato ocorre em junho de 1981, cessando as publicações na edição número trinta e sete.

Em Portugal, o *Diário de Lisboa*, em 13 de maio de 1974, publicou manifestação do grupo organizado MAHR: “O Movimento de Ação Homossexual Revolucionária reclama desde logo a possibilidade de gays e lésbicas participarem em movimentos políticos neste momento de ‘euforia’ que foi a transição da ditadura para a democracia. Além disso, solicita às autoridades e ao povo português a descriminalização da homossexualidade: ‘abolição imediata do art. 71.º, n.º 4 do Código Penal, que reputa, ambigüamente, de passíveis de medidas de segurança as práticas homossexuais’. Reivindica também a possibilidade jurídica de contestar os ‘actos de chantagem, extorsão e perseguição’ a que muitos homossexuais



estavam sujeitos na altura. E demanda abertamente a ‘livre prática homossexual’, a ‘livre reunião de núcleos homossexuais’, a participação em órgãos informativos (para esclarecimento sobre liberdade homossexual masculina e feminina)...”³⁶².

O período denominado PREC (Período Revolucionário em Curso ou Processo Revolucionário em Curso), compreendido entre 25 de abril de 1974 até a aprovação da Constituição da República Portuguesa, em abril de 1976, foi palco de grandes tensões dos grupos que pretendiam tornar constitucionais suas reivindicações, o que é bastante perceptível na Constituição Portuguesa de 1976, que apresentou uma natureza dual, um amálgama de concepções socialistas e liberais, no que tange desde os Direitos sociais e humanos até a organização política e económica.³⁶³

A partir da Universidade de São Paulo (USP) começam a surgir grupos interessados em discutir a sexualidade, culminando, em fevereiro de 1979, com o grupo Somos. Logo em seguida, surgiram também outros grupos, como o Eros, formado maioritariamente por estudantes de filosofia, e o grupo do Chá, que se formava pela frequência de espaços de sociabilidade e encontros. Note-se que os grupos apresentavam formação diversas e, por consequência, formas de pensar ou agir também diferentes, o que fez com que a relação do Somos com o Grupo do Chá pouco avançasse, por que o Somos os considerava superficiais, enquanto estes consideravam o Eros muito elitista e acadêmico.

Nos anos 80, em que se iniciou a transição para a democracia no Brasil, os movimentos sociais relativos à questão do homossexualismo vivenciaram novos desafios, inclusive de como inserir suas reivindicações na pauta política.

Entretanto, a década de 1980 foi surpreendida pelo diagnóstico da HIV-AIDS, o que levou a um declínio efetivo da militância, primeiramente porque resgatou um antigo debate quanto a ser a homossexualidade uma doença, que, ao longo do tempo, se discutiu ser alguma deficiência física, outras mental, mas o fato em si era outro: a eclosão da epidemia HIV-AIDS gerou pânico na sociedade.

³⁶² FREIRE, Isabel – 1º manifesto homossexual português publicado logo após a Revolução dos Cravos. **Sociedade Portuguesa de Sexologia Clínica** [Em linha]. Lisboa, 02-08-2016. Disponível em: <https://spsc.pt/index.php/2016/08/02/1o-manifesto-homossexual-portugues-publicado-logo-apos-a-revolucao-dos-cravos/>. [Consult. em 27-02-2023].

³⁶³ GASPAR, Carlos – O Processo Constitucional e a Estabilidade do Regime. **Análise Social** [Em linha]. Vol. 25, n.º 105/106 (1990), p. 9-29. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41010789>. [Consult. em 20-03-2023].



Isso de, certa forma, contribuiu para que os movimentos passassem a interagir com o Estado em busca de respostas estatais para a doença: “a eclosão da AIDS deu ensejo a um debate social sem precedentes acerca da sexualidade e da homossexualidade, em particular. Em que pesem o rastro de morte e violência que acompanhou seu avanço, a epidemia mudou drasticamente as normas de discussão pública sobre a sexualidade ao deixar também, como legado, uma ampliação sem precedentes da visibilidade e do reconhecimento da presença socialmente disseminada dos desejos e das práticas homossexuais”³⁶⁴.

Isso ampliou o espaço de interlocução para a proibição de discriminações motivadas pela “opção sexual”, fomentando inclusive a transformação ou organização dos movimentos sociais em ONGs.

No Brasil, a luta das minorias sexuais foi travada, em maior expressão, perante o Poder Judiciário, muitas vezes sob o ideário estabelecido por Hannah Arendt³⁶⁵, como o Direito a ter Direitos, ou seja, de gozar efetivamente dos Direitos conferidos pelo ordenamento jurídico à generalidade humana, sem exceções.

Esse caminhar, como um todo do movimento social relativo à homossexualidade, culmina de forma expressiva com a luta pelo reconhecimento da união homoafetiva, que, enquanto instituto jurídico, foi objeto de discussões durante muito tempo no Brasil, resultando na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal³⁶⁶, que, em outubro de 2011, reconheceu a validade de tal união, em que pese a inexistência de previsão constitucional expressa.

³⁶⁴ SIMÕES, Júlio Assis – **Do movimento homossexual ao LGBT**, p. 135.

³⁶⁵ ARENDT, Hannah – **Origens do totalitarismo: Anti-Semitismo, Imperialismo e Totalismo**. 8.^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 331-335.

³⁶⁶ 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do Direito à preferência

sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: Direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do Direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos Direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual Direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um Direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do Direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros Direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os Direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a



Em cartilha publicada pelo Ministério Público acerca dos Direitos das pessoas LGBT, o referido órgão destacou que “A possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, também conhecida como ‘união homoafetiva’, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. A conversão da união estável em casamento e a celebração de casamento direto foram reconhecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013”³⁶⁷.

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Paulo Roberto Iotti Vecchiatti acrescentam que “o STF reconheceu a união homoafetiva como união estável, pois se o disposto no art. 1.723.º do CC/2002 não exclui o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e este dispositivo regulamenta a união estável, então este dispositivo não exclui o seu reconhecimento enquanto união estável, por interpretação extensiva ou analogia, até porque a ADPF n. 132 requereu expressamente que fosse julgado procedente o pedido para que “essa Eg. Corte declare que o regime jurídico da união estável deve se aplicar, também, às relações homoafetivas, seja como decorrência direta dos preceitos fundamentais aqui explicitados – igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica – seja pela aplicação analógica do art. 1.723.º do Código Civil, interpretado conforme a Constituição”³⁶⁸. De acordo com os mesmos autores:

No que tange às reivindicações do movimento LGBT, a inércia legislativa é paradigmática. Há vários anos tramitam projetos de lei que visam reconhecer-lhes Direitos; estes projetos, no entanto, vêm sendo sistematicamente arquivados ou estão se arrastando. Essas discussões vêm, pelo menos, desde a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, na qual se discutiu a permanência ou não da expressão “orientação sexual” entre as formas de discriminação proibidas (do que viria a ser o inciso IV do art. 3º

utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277**. Relator: Ayres Britto. Julgamento: 05-05-2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 14-10-2011).

³⁶⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Ministério Público do Estado do Ceará – **O Ministério Público e os Direitos de LGBT: conceitos e legislação** [Em linha]. Brasília: MPF, 2017, p. 20. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/08/Cartilha-MP-e-os-Direitos-LGBT-2017_web.pdf. [Consult. em 24-10-2023], p. 20.

³⁶⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti – ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV** [Em linha]. Vol. 9, n.º 1 (06-2013), p. 65-92. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004>. [Consult. em 18-10-2013], p. 73.

da Constituição). Sobre Projetos de Emenda à Constituição e Projetos de Lei, podem ser citados: a) PEC n. 139/95, n. 392/2005 e n. 66/2003, para (re)introduzir ao inciso IV do art. 3º a proteção contra discriminação por “orientação sexual; b) PL n. 4.242/4, n. 3.770/2000, n. 5/2003 e 5.003/2001, tratavam, em termos gerais, da criminalização da homofobia, sendo, por isso, reunidos no atual PLC n. 122/2006; c) destaque especial para o PL n. 1.151/95, cujo substitutivo visa regular a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo. A despeito da antiguidade deste (e de se encontrar ultrapassado e não mais expressar os anseios do movimento LGBT, em especial após a decisão do STF que reconheceu a aplicabilidade da união estável a casais homoafetivos), e de que “[n]os últimos 16 anos, foram apresentados mais de 20 projetos sobre gays; nenhum foi votado. Para o líder do PT na Câmara, Paulo Teixeira (SP), o Congresso ‘dormiu no ponto’ sobre um assunto de interesse nacional” (FOLHA DE S. PAULO, 2011). De outro lado, já há várias decisões judiciais que já há algum tempo reconhecem Direitos aos homossexuais de forma pontual.³⁶⁹

Alcemar Dionet de Araújo esclarece que, “devido ao Brasil não possuir uma Lei que autorize o CPMS, foi necessário abertura de processo judicial no Supremo Tribunal Federal (STF), para que este, cumprindo a Constituição Federal, que garante o Direito de igualdade a todas as pessoas, impusesse que juízes e ministros do STF autorizassem o casamento homoafetivo. Por sua vez, o Conselho Nacional da Justiça (CNJ), que é um órgão administrativo do STF, publica uma resolução com os procedimentos para o CPMS, para que os cartórios de todo o país fossem unificados e conduzissem da mesma forma o processo do CPMS, ou seja, no âmbito das corregedorias dos tribunais de Justiça não existia uniformidade de interpretação e de entendimento sobre o CPMS e sobre a conversão da união estável entre casais homoafetivos em casamento”³⁷⁰.

Note-se que a doutrina argumentou nitidamente o carácter evolutivo da Constituição, levando a concluir pela desnecessidade de previsão expressa na Constituição em relação ao tema, conforme apontam Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Paulo Roberto Iotti Vecchiatti: “considerando a inexistência de texto normativo (expresso) que proíba o reconhecimento do casamento civil e da união estável a casais homoafetivos, tal ausência nos faz reconhecer que é ilegítima a tradição social que interpreta restritivamente/discriminatória

³⁶⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti – ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV* [Em linha]. Vol. 9, n.º 1 (06-2013), p. 65-92. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004>. [Consult. em 18-10-2013], p. 71-72.

³⁷⁰ ARAÚJO, Alcemar Dionet de – O ‘casamento entre pessoas do mesmo sexo’ em Portugal e no Brasil: uma análise do discurso jornalístico. Cascavel, 2017. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Polic.ª), p. 40.



o art. 226.º, § 3.º, da CF/88 e os arts. 1.514 e 1.723 do CC/2002 para não reconhecer tais regimes jurídicos a casais homoafetivos, visto que a razão crítica demonstra que a união homoafetiva se enquadra no mesmo elemento valorativamente protegido pelos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável que justificam a proteção do fato heteroafetivo”³⁷¹.

Os mesmos autores apontam ainda que “Não há limites semânticos no texto do art. 226.º, § 3.º, da CF/88 e do art. 1.723.º do CC/2002 que impeçam o reconhecimento da união estável homoafetiva, por interpretação extensiva ou analogia, ante a melhor doutrina e jurisprudência afirmarem que só há impossibilidade jurídica do pedido (e, portanto, impossibilidade de superação da literalidade normativa) quando haja palavras que expressamente proíbam ou restrinjam o regime jurídico ‘apenas/unicamente’ à hipótese descrita na letra fria da lei, donde não há nada que o texto nos diga que impeça a exegese constitucional inclusiva”³⁷².

Em Portugal, todavia, a questão envolvendo a permissão da união civil homoafetiva se deu pela via legislativa, por meio de Lei aprovada pela Assembleia da República, em janeiro de 2010, tendo sido analisada, ainda, a sua constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional e promulgada a lei em maio do mesmo ano, pelo Presidente da República.

Marianna Chaves relata de maneira pormenorizada como se deu esta mudança em Portugal:

[...] antes do Decreto-Lei 9/XI, algumas tentativas legislativas neste sentido já haviam ocorrido. Dois projetos de lei foram levados à discussão na Assembleia da República onde foram derrubados na votação. Finalmente, em 2010, foi aprovado pela Assembleia da República portuguesa, na generalidade em 8 de Janeiro e na especialidade em 11 de Fevereiro do mesmo ano o decreto que garantiu aos homossexuais o acesso ao instituto do matrimônio civil. Entretanto, antes de sua promulgação, a mencionada normativa foi submetida a escrutínio, a um controle preventivo de constitucionalidade, ou seja, o Presidente da República portuguesa, requereu ao Tribunal Constitucional, ao abrigo dos n.ºs 1 e 3 do artigo 278º da CRP, do n.º 1 do artigo 51º e do n.º 1 do artigo 57º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, aprovada pela Lei nº 28/82, de 15 de Novembro, alterada, por último, pela Lei nº 13-A/98, de 26 de Fevereiro (LTC), a apreciação da constitucionalidade das normas do artigo 1º, do artigo 2º – este na medida em que modifica a redação dos artigos 1577º, 1591º e 1690º, nº 1, do Código Civil –, do artigo 4º e do artigo 5º.

³⁷¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti – ADI N. 4.277, p. 79

³⁷² *Ibid.*, p. 82-83.



A Corte Constitucional portuguesa procedeu à análise, dispositivo a dispositivo, da lei e, em não encontrando indicação quanto à inconstitucionalidade do decreto, decidiu julgar improcedentes quaisquer dúvidas sobre a constitucionalidade do mesmo. Assim, foi dado prazo ao Presidente Aníbal Cavaco Silva para vetar ou promulgar a lei que entrou em vigor no dia 17 de Maio de 2010.³⁷³

Nota-se, que embora a vicissitude tenha ocorrido pela aspiracional legislativa, foi devida e previamente reconhecida como constitucional, ou seja, a vicissitude também foi convalidada pela aspiracional judicial, assentada sob o fundamento de que, perante a Constituição da República Portuguesa, todos os cidadãos são iguais, sem distinção de raça, género, sexo, crença, origem, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

Mais recentemente no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADO 26³⁷⁴ e o Mandado de Injunção MI 4733, em que se

³⁷³ CHAVES, Marianna – Direitos em doses homeopáticas: a situação jurídica das famílias homoafetivas em Portugal. In COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DOUTORANDOS/AS DO CES, 4., 6-7 nov. 2013. *Anais* [...]. Coimbra: Universidade de Coimbra; CES, 2013. p. 1-16, p. 6-7.

³⁷⁴ E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS: “O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – A VIOLÊNCIA CONTRA

INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO – Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e Direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus Direitos (entre os quais o Direito à busca da felicidade e o Direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie. AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO

INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do Direito. COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA – A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o Direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE – As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais. O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o Direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o Direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso “United States v. Schwimmer” (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido (“*dissenting opinion*”) do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR.. É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância. – O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele. A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende Direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas



colhe ao longo das 566 páginas do Acórdão (ADO 26), com participação de entidades representativas de movimentos sociais, admitidos como *amicus curiae* e manifestando-se de forma contrária ao acolhimento do pleito inicial, como a “Frente Parlamentar ‘Mista’ da Família e Apoio à Vida”, “Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM” e “Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE” e, de outro lado, pronunciando-se favoravelmente à pretensão de inconstitucionalidade, entidades como “Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros”, “Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU”, “Conselho Federal de Psicologia”, Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA”, “Defensoria Pública do Distrito Federal”, “Grupo Gay da Bahia – GGB”, “Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transsexuais – ABGLT” e “Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS”^{375,376}.

Foram mencionados expressamente os movimentos sociais: “Dentre as soluções possíveis para o presente caso, é imperioso se reconhecer que estamos diante de mais um notável episódio para a agenda do movimento LGBT, em que a Corte se torna um lócus de discussão para visibilizar as necessidades de um grupo cujas demandas, por vezes, não conseguem permear os debates parlamentares. ... Os limites entre o plausível e o implausível, em termos de interpretação, move-se pela interação dos movimentos sociais com a Constituição, que remodela a percepção compartilhada pelos juízes, transformando argumentos outrora extravagantes em argumentos razoáveis, processo esse que pode se estender por

concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458- -MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). – Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos Direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, Direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. Doutrina. Precedentes do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 13-06-2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 06-10-2020).

³⁷⁵ Conforme folha 24 do Acórdão.

³⁷⁶ Consta também do Acórdão – à folha 434: “Uma peculiaridade desse processo legislativo é que os setores potencialmente afetados – em especial grupos religiosos e movimentos LGBT – participaram ativamente dos debates e propuseram diversas modificações ao projeto inicial. Essas propostas foram debatidas em doze audiências públicas e deram origem a várias versões do PL 122/06. A última versão incorporou várias dessas sugestões, inclusive aquelas que tiveram origem em outros movimentos sociais”.

décadas (BALKIN, Jack. How Social Movements Change (Or Fail To Change) the Constitution: The Case of the New Departure. *Suffolk Law Review*, v. 39, n. 27, 2005)”³⁷⁷.

Verifica-se com clareza que o movimento social LGBT impactou a aspiracional judicial, tornando possível que a multiculturalidade dos povos e o respeito à diversidade fossem reconhecidos e destacados como parâmetros da tolerância e repulsa à homotransfobia, protegendo, nesse caso, os próprios limites da liberdade de expressão, em verdadeira contenção do discurso de ódio.

Não nos parecem corretas as críticas que aduzem que o Supremo Tribunal Federal brasileiro fez analogia *in malam partem*, o que, para além da necessária compreensão da ciência hermenêutica, encontra justificativa na atuação no controlo de constitucionalidade, cujo papel é ímpar das cortes constitucionais, amparado na teoria dos freios e contrapesos. Ademais, a própria interpretação conforme a Constituição – empregada no Acórdão – espalhou os princípios, regras e valores constitucionais determinados pela Constituição como forma de vetor interpretativo para amparar a realidade denunciada pelos movimentos, considerando que o Brasil um dos países que mais mata em razão de género.³⁷⁸

Plausível, portanto, reconhecer o potencial dos movimentos sociais na concretização de vicissitudes constitucionais, por todas as suas aspiracionais.

3.2 A COMUNICAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Pensar na comunicação dos movimentos sociais para com o Direito, e mais para com a Constituição, impõe reconhecer a ideia de sistema, cuja classificação sistematicamente tem sido realizada em aberto e fechado.

A expressão *sistema*, como teoria, foi proposta na década de 1930 pelo biólogo austríaco Ludwig von Bertalanffy³⁷⁹, com o intuito de criar uma teoria unificadora que interligasse o conhecimento científico de diversas áreas, desde as ciências naturais às ciências sociais.

A Teoria Geral dos Sistemas se fundamenta na ideia de que existem princípios e leis gerais que podem ser aplicados a todos os tipos de sistemas, sejam eles físicos, biológicos ou sociais, estabelecendo como conceitos e princípios-chave da Teoria Geral dos Sistemas:

³⁷⁷ Conforme folha 415 do Acórdão.

³⁷⁸ Folhas 459-460 do Acórdão.

³⁷⁹ BERTALANFFY, Ludvin Von – **Teoria Geral dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1977.



1. *Sistema*: um conjunto de elementos inter-relacionados que funcionam como um todo, em busca de um objetivo comum. Sistemas podem ser simples ou complexos, fechados ou abertos.
2. *Subsistema*: são os componentes de um sistema. Por exemplo, em uma empresa, os diferentes departamentos (financeiro, RH, produção) são considerados subsistemas.
3. *Sistemas Abertos e Fechados*: Sistemas Abertos são aqueles que interagem com o ambiente ao seu redor, trocando informação, matéria e energia. Sistemas fechados, por outro lado, não têm interação com o ambiente externo.
4. *Homeostase*: é a capacidade de um sistema manter um estado de equilíbrio, apesar das mudanças no ambiente.
5. *Entropia*: refere-se à tendência natural dos sistemas de se moverem para um estado de desordem ou degradação.
6. *Sinergia*: ocorre quando o conjunto (sistema) apresenta propriedades e capacidades que não são observáveis quando os componentes estão isolados. Em outras palavras, “o todo é maior do que a soma das partes”.
7. *Retroalimentação (Feedback)*: é a capacidade do sistema de receber informações sobre seu próprio desempenho e ajustar-se de acordo. Os *feedbacks* podem ser positivos, amplificando uma ação ou tendência, ou negativos, reprimindo uma ação ou tendência.
8. *Hierarquia*: sugere que os sistemas podem ser estruturados em diferentes níveis de complexidade.

Trata-se de uma visão integradora e holística³⁸⁰, permitindo que pesquisadores e profissionais analisem e entendam sistemas complexos de uma forma mais completa. Desde a sua proposição, essa teoria tem sido aplicada em diversas áreas, como biologia, engenharia, sociologia, administração e psicologia, provando ser uma ferramenta valiosa na compreensão de fenómenos complexos.

³⁸⁰ O novo paradigma pode ser chamado de uma visão de mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas (CAPRA, Fritjof – **A teia da vida**. (Trad. Newton Roberval Eichenberg). São Paulo: Cultrix, 2006, p. 25).

O Direito é frequentemente concebido e estudado como um sistema. Em sua essência, um sistema é um conjunto de partes inter-relacionadas que interagem de acordo com certas regras, organizadas de forma a cumprir um propósito ou uma função específica.

No contexto do Direito, esse propósito é a regulação do comportamento humano e a manutenção da ordem e da justiça na sociedade. Na esteira dos conceitos oriundos da Teoria Geral dos Sistemas, voltando-se ao Direito é crível afirmar que, dentro do contexto jurídico, um sistema de Direito fechado seria aquele que não admite influências externas na sua formação e aplicação. Ou seja, as regras, princípios e normas seriam estáticos, sem sofrer alterações ou adaptações ao longo do tempo, baseando-se apenas em premissas internas.

A vantagem de um sistema fechado é a sua previsibilidade. Ao se deparar com uma situação ou problema, a resposta do sistema seria sempre a mesma, baseada em seus preceitos fundamentais. No entanto, o mundo real está em constante mudança, e sistemas completamente fechados podem se tornar obsoletos ou inaplicáveis a novas realidades.

Por outro lado, um sistema aberto é aquele que interage com o ambiente externo, admitindo influências e trocas. No caso o Direito, como *cediço*, é um produto cultural, feito pelo homem para o homem, e procura exprimir racionalidade à convivência humana. É uma exigência de ordem à convivência humana, de forma que em nossa compreensão necessariamente é e precisa ser entendido como um sistema aberto.

A representação gráfica, clássica de sistema aberto, permite uma compreensão.

Figura 1 – Representação sistema aberto. Elaborada pelo autor.



Os sistemas abertos possuem essa ideia representativa, sendo que pela entrada (*input*) ingressam no sistema a energia e os insumos do meio ambiente, constituindo pontualmente um influxo essencial à manutenção do sistema.

O *processador* é o mecanismo ou fenómeno do sistema responsável por produzir mudanças sistémicas; por ele entram os insumos e saem coisas diferentes ou aprimoradas.



A *saída (output)* ou resultado é a consequência para a qual se reuniram os elementos e as relações do sistema; é o resultado propriamente do funcionamento.

Retroalimentação (Feedback) são as informações sobre as saídas que retornam ao sistema, influenciando as entradas ou os processos subsequentes.

O *ambiente (Environment)* é o contexto ou meio circundante no qual o sistema opera e com o qual interage.

Uma questão interessante, e que importa quanto à comunicação dos movimentos sociais, é que esse sistema é dotado de um processo circular, cíclico, no qual ao menos uma parte da saída é reenviada de volta como informação sobre o resultado do meio, “como uma forma do sistema de se utilizar de seu próprio *output* como *input*”³⁸¹.

Portanto, a abertura do sistema determina o grau em que o sistema é recetivo aos insumos e aos tipos de entradas absorvíveis.

O Direito, em muitas de suas manifestações modernas, é visto como um sistema aberto. Isso porque ele se adapta e evolui conforme as mudanças sociais, culturais, tecnológicas e económicas. Pensar o Direito como um sistema de Direito aberto é reconhecer a capacidade do ordenamento jurídico ou do sistema jurídico em absorver e integrar essas mudanças, moldando-as e sendo moldado por elas.

A principal vantagem de um sistema aberto é a sua capacidade de adaptação e evolução. Ele consegue manter-se relevante e aplicável em face das mudanças constantes da sociedade. No entanto, essa adaptabilidade também pode trazer desafios, como a falta de previsibilidade ou a constante necessidade de reinterpretação das normas.

Embora possa parecer que sistemas abertos são superiores aos fechados, a realidade é mais complexa. Um sistema de Direito precisa ter um equilíbrio entre a estabilidade e a adaptabilidade. Se for excessivamente fechado, pode tornar-se obsoleto e ineficaz. Se for demasiadamente aberto, pode perder sua autoridade e previsibilidade, tornando-se incerto e instável.

Essa tensão constante entre ser aberto e fechado reflete os desafios de o Direito se manter relevante e adaptável às mudanças sociais, mantendo, ao mesmo tempo, a estabilidade e a ordem necessárias para uma sociedade funcionar de maneira harmoniosa. A capacidade de navegar nessa dualidade é o que poderá definir a eficácia, a efetividade e a justiça de um sistema jurídico.

³⁸¹ LUHMANN, Niklas – **O Direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 57.

É reconhecível que os movimentos sociais não se submetem aos padrões ou normas de Direito; ao revés, como já dito, constituem um verdadeiro Direito político de resistência, por vezes até de desobediência civil.

Essa condição é ainda mais presente “sobretudo em sociedades, como a brasileira, onde milhões de pessoas estão à margem de qualquer Direito, num estado de permanente negação da Cidadania”³⁸².

Germano Schwartz questiona: “os movimentos ocorridos no século XXI, estabelecidos que foram como novos movimentos sociais típicos dessa nova contagem temporal do sistema social global no capítulo anterior, possuíram um padrão de comunicações constitucionais? Recorde-se de que boa parte da argumentação até agora expendida depende de uma resposta positiva para tal pergunta. Entenda-se, para efeitos do argumento expendido, comunicação constitucionalizante como aquela existente no ambiente dos sistemas sociais e de cujos temas os novos movimentos sociais do século XXI se apropriam para influenciarem, simultaneamente, o sistema jurídico e o sistema político, tudo isso com um resultado verificável mediante o acoplamento estrutural entre ambos os sistemas (Constituições)”³⁸³.

A análise da trajetória social e política do Brasil, tendo por base as observações de Marco Aurélio Nogueira³⁸⁴, revela um quadro intrigante de mudanças profundas e rápidas. A sociedade brasileira, que historicamente viveu sob a égide de estruturas hierárquicas sólidas e de certezas estabelecidas, encontra-se atualmente em um processo de metamorfose.

Nas últimas décadas, o Brasil experimentou uma série de transformações socioeconómicas que propiciaram um aumento na mobilidade social. O surgimento de novas classes médias, com demandas e aspirações distintas daquelas de gerações anteriores, é um claro indicativo disso. Essas mudanças não apenas modificaram a composição social do país, mas também provocaram a emergência de novas culturas, valores e expectativas. A pluralidade passou a ser mais valorizada, e a homogeneidade cultural, que por tanto tempo prevaleceu, cedeu espaço a uma diversidade até então inédita.

No entanto, essa mobilidade e heterogeneidade não se deram de forma isolada. A era digital e o crescimento exponencial das redes sociais desempenharam um papel crucial na reconfiguração das relações sociais. A sociedade começou a operar de maneira mais

³⁸² HERKENHOFF, João Baptista – **Movimentos sociais e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25.

³⁸³ SCHWARTZ, Germano – **As Constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI**, p. 133.

³⁸⁴ NOGUEIRA, Marco Aurélio – **As ruas e a democracia**.



interconectada, fluída e, por vezes, efémera. O poder, antes concentrado e de fácil identificação, fragmentou-se.

Os centros tradicionais de poder, como o Palácio do Planalto e outras instituições estatais, enquanto símbolos e pilares do sistema, parecem ter perdido a centralidade. Sua transparência e força diminuíram, sendo frequentemente questionadas. O cenário político-partidário também sofreu mudanças notáveis. Os partidos, que eram instrumentos cruciais na articulação de consensos sociais, hoje enfrentam desafios em sua representatividade. A confiança nas instituições tradicionais foi abalada, dando espaço para a ascensão de movimentos sociais, grupos ativistas e coletivos digitais.

Nesse contexto, o que Marco Aurélio Nogueira denomina de *revolução sem revolução* torna-se cada vez mais palpável. Não se trata mais de uma revolução clássica, guiada pelas classes trabalhadoras ou médias, mas sim de uma transformação sociopolítica impulsionada pela digitalização da vida e por alterações significativas no mundo laboral. O trabalho, antes atrelado a locais fixos e horários rígidos, tornou-se mais flexível, o que, por sua vez, afetou a forma como as pessoas se relacionam e percebem o mundo ao seu redor.

Esse contexto não se limita ao Brasil. Trata-se de um fenómeno global, que em cada país tem sua própria trajetória e especificidades. Em Portugal, é notória uma profunda digitalização da vida cotidiana. A adoção de *smartphones*, redes sociais e outras formas de tecnologia digital cresceu exponencialmente nas últimas décadas. Essa revolução digital tem possibilitado novas formas de comunicação, organização e mobilização, muitas vezes independentes dos canais tradicionais de poder.

Viu-se que, após a Revolução dos Cravos em 1974, se experimentou profundas mudanças socioeconómicas. A entrada na União Europeia, em 1986, contribuiu para modernizar a economia e a infraestrutura do país. Isso resultou, entre outras coisas, em uma maior mobilidade social.³⁸⁵

Observa-se que o sistema político em Portugal tem demonstrado certa estabilidade, com os principais partidos, como o Partido Socialista e o Partido Social Democrata, mantendo influência. No entanto, tem havido um crescimento de movimentos políticos alternativos e de novos partidos.

³⁸⁵ Ver: COSTA, Cláudio da – **A integração europeia e a modernização económica e social** [Em linha]. Lisboa, 2022. Trabalho Pós-Laboral, apresentado à disciplina Economia Portuguesa e Mundial, da Graduação em Economia, da Universidade Autónoma de Lisboa (Polic.ª). Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/5375>. [Consult. em 20-09-2023].



Note-se que “os movimentos sociais não se enfocam unicamente no protesto. Os movimentos sociais questionam a cultura dominante e o sistema económico ao propor valores e visões de mundo alternativas, implementando perspectivas emancipadoras em práticas concretas”³⁸⁶.

O modo de agir e de se comunicar pelos movimentos sociais é intimamente relacionado às características e aos propósitos dos militantes. No que se extrai das ideias de Paulo Ferreira da Cunha³⁸⁷, pode ser considerado que existem dois perfis distintos de ativistas: os genuínos, que se dedicaram integralmente à causa, investindo tempo, recursos e até mesmo arriscando suas vidas por ideais, muitas vezes até mesmo em cargos governamentais que não os beneficiaram financeiramente; e aqueles que, sem contribuição real, conseguiram posições de destaque, abandonando ideais e, em alguns casos, obtendo vantagens pessoais.

Embora possam ter escalado posições, muitas vezes não o mereceram. Eles não são todos do mesmo calibre. Assim como há dois tipos de colesterol, há ativistas sinceros e os oportunistas. Quando analisamos de perto, apenas os verdadeiros merecem o título de ativistas.

Os oportunistas agem em benefício próprio. O ativista oportunista, prejudicial por natureza, busca somente sua ascensão, negligencia ideais e sempre apoia aqueles em posições de poder, ou aqueles que ele percebe que alcançarão tais posições. Falta-lhe integridade; é mestre em traições veladas.

Um dos primeiros e mais salientes desafios na comunicação dos movimentos sociais com o Direito e a Política reside na dificuldade intrínseca de transmitir mensagens de maneira clara e inequívoca. Dentro da dinâmica do movimento social, a construção de sentido é frequentemente moldada por experiências compartilhadas, contextos específicos e uma memória³⁸⁸ coletiva que é intrinsecamente seletiva e subjetiva. A transmissão dessa memória

³⁸⁶ Tradução livre de: “*Los movimientos sociales no se enfocan únicamente en la protesta. Los movimientos sociales cuestionan la cultura dominante y el sistema económico al proponer valores y visiones de mundo alternativas, implementando perspectivas emancipadoras en prácticas concretas*” (PLEYERS, Geoffrey – **Movimientos Sociales en el Siglo XXI. Perspectivas y Herramientas Analíticas**, p. 126).

³⁸⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da – **O contrato constitucional**, p. 229.

³⁸⁸ “Há dois aspectos que definem a forma como se constrói a memória histórica de um povo: em primeiro lugar, a frequência com que certos temas entram no debate público e em segundo lugar, a forma como são ativados politicamente. As mudanças geracionais e o distanciamento temporal podem influenciar estes aspectos, mas só conjunturas críticas podem mudar substantivamente se e como se discutem e narram os episódios que passam à História” (RAIMUNDO, Filipa – **Ditadura e democracia: legados da memória**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2018, p. 9).



e experiência para aqueles de fora do movimento – incluindo instituições legais e políticas – é muitas vezes embebida em complexidade, dado que a memória e o sentido dependem intensamente do contexto.³⁸⁹

A complexidade se amplifica na era digital, em que a saturação de informações e a polarização podem distorcer, diluir ou reinterpretar as mensagens dos movimentos sociais. As plataformas de redes sociais, embora proporcionem um espaço para a expressão e mobilização do movimento, também são espaços onde as mensagens podem ser rapidamente descontextualizadas e reinterpretadas, minando a clareza e o impacto das comunicações do movimento.

Outro desafio significativo é garantir que as comunicações do movimento alcancem todos os recetores relevantes, de maneira a afetar a mudança desejada. A dispersão das mensagens por meio de múltiplos canais, frequentemente desordenados e não hierarquizados, pode resultar em mensagens distorcidas ou perdidas na tradução entre o movimento e as instituições alvo.

Mesmo quando as mensagens são recebidas e compreendidas, não há garantia de aceitação ou ação por parte das esferas políticas e jurídicas. As mensagens e demandas do movimento podem ser cooptadas, ignoradas ou transformadas de maneira que não alinhem com as intenções originais do movimento. Mesmo quando incorporadas em normativas e Constituições, há uma necessidade de monitoramento contínuo e engajamento para assegurar que a implementação e interpretação permaneçam verdadeiras ao espírito e à letra das demandas do movimento.

Em meio à complexidade das sociedades contemporâneas, a capacidade de identificar, discutir e agir sobre problemas sociais se torna crucial para a elaboração de políticas públicas e o desenvolvimento social. Raffaele de Giorgi explora o conceito de que “as coisas existem quando têm nome. Do mesmo modo, os problemas sociais existem se têm nome, quando são formulados de maneira garantida de sentido e se, na comunicação, é possível recorrer a esse nome”³⁹⁰. Com essas considerações, a autora provoca uma reflexão profunda sobre a maneira como os problemas sociais são percebidos, discutidos e abordados na sociedade.

³⁸⁹ SCHWARTZ, Germano – **As Constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI**, p. 53.

³⁹⁰ GIORGI, Raffaele de – Apresentação. In CAMPILONGO, Celso Fernandes – **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. XV-XXI, p. XV-XXI, XVI.



A ação de nomear pode ser percebida como um instrumento que forja a realidade, pois atribuir um nome a um objeto, fenómeno ou problema é fundamentalmente um ato de conceder existência e forma na esfera social. Ao designarmos uma palavra, ou conjunto de palavras, para descrever um fenómeno específico, estamos, simultaneamente, criando um ponto de convergência para os significados, perceções e entendimentos acerca desse fenómeno.

No contexto dos problemas sociais, ter um nome significa conferir-lhes uma materialidade simbólica, criando um ponto focal para o debate público, para a ação coletiva e para a criação de estratégias de intervenção. Desemprego, pobreza, racismo, mudanças climáticas: todos esses conceitos englobam não apenas descrições de situações concretas, mas também acúmulos de significados, debates históricos e implicações sociais que são ativadas pela simples menção do termo.

Nomear um problema social é, em muitos sentidos, dar um passo na direção da sua solução, pois reconhecer um fenómeno como problemático requer a sua identificação e contextualização dentro de uma rede mais ampla de significados e práticas sociais.

Nesse contexto, a linguagem desempenha um papel fundamental, pois é por meio dela que se cria um consenso em relação à perceção de um fenómeno como problemático e que se mobilizam recursos sociais, políticos e culturais na busca por soluções. A linguagem é, portanto, não apenas um meio de descrição da realidade, mas também uma ferramenta poderosa na construção e transformação das realidades sociais.

Entretanto, a nomeação de problemas sociais também traz consigo uma série de desafios e responsabilidades. O processo de nomeação está impregnado de poder e disputa, visto que diferentes grupos sociais podem ter visões distintas sobre o que constitui um problema e como ele deve ser abordado. Além disso, a escolha de determinadas palavras ou expressões para nomear um problema social pode enfatizar certos aspetos em detrimento de outros, influenciando a perceção pública e as estratégias de intervenção.

Portanto, é fundamental questionar: quem tem o poder de nomear? E, uma vez nomeado, como um problema é reconhecido, interpretado e enfrentado por diferentes segmentos da sociedade? As respostas a essas perguntas revelam o campo tensionado da política, em que diferentes atores lutam para definir a agenda social e as soluções propostas, exigindo um diálogo inclusivo e plural.



Se considerarmos que operamos, em um nível fundamental, com significados e interpretações que são tratados como autoevidentes e objetivamente consistentes, somos confrontados com a realidade de que nossa percepção do “mundo externo” é, na verdade, mediada, construída e limitada por essas premissas.

Nesse contexto, a noção de que somos “observadores da realidade” é problematizada, uma vez que as nossas observações estão inevitavelmente impregnadas por esses significados pré-concebidos, ao menos de forma imediata, o que pode sofrer transformações em virtude do grau de abertura do sistema.

Em outras palavras, a realidade, ou ao menos a percepção que temos dela, é intrinsecamente moldada pelos significados e interpretações que atribuímos a ela. A nossa interação com o mundo não é uma experiência passiva, mas sim ativamente construída por meio filtros dos significados culturais, sociais e individuais.

A partir da perspectiva construcionista social, a realidade é vista não como uma entidade objetiva e externa, mas como algo que é continuamente construído e reconstruído por meio das nossas interações e das narrativas que criamos. Os significados não são fixos ou inerentemente ligados aos objetos ou fenómenos que descrevem; ao contrário, eles são fluidos, contestáveis e sujeitos à renegociação constante.

Isso implica que a “realidade” não é uma entidade fixa e imutável, mas uma construção social que é constantemente moldada por meio das nossas interações, linguagem e práticas culturais. Portanto, o ato de observar não é um processo passivo, mas um ato intrinsecamente ligado à criação da realidade que estamos observando.

Essa hipótese converge para a reflexão de que a comunicação dos movimentos sociais tem uma relação intrínseca entre significado, percepção e ação.³⁹¹ Compreender a realidade não como um campo estático e objetivo, mas como uma tapeçaria dinâmica e multifacetada de significados interconectados e perpetuamente negociados, sugere uma abordagem mais crítica e reflexiva para a maneira como percebemos e interagimos com o mundo.

Isso nos impele a considerar a necessidade de um diálogo contínuo e crítico sobre os significados que construímos e aceitamos, reconhecendo o poder que esses significados têm na formação da nossa percepção e, por extensão, nas ações e políticas que advêm dessa

³⁹¹ Ou comunicar, informação e compreensão. Conforme CAMPILONGO, Celso Fernandes – **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**, p. 5.



percepção. Nesse entrelaçamento entre a observação e a construção da realidade, jaz a oportunidade de reinterpretar, reconstruir e, idealmente, reimaginar o mundo em que vivemos.

Sob essa ótica, é necessário reconhecer a diversidade de experiências e interpretações³⁹² relacionadas aos problemas sociais e, assim, trabalhar para que o processo de nomeação e solução de problemas seja coletivo, democrático e voltado para a promoção do bem comum.

Conforme acentua Celso Fernandes Campilongo, “alargar o horizonte de possibilidades do mundo significa expandir as formas de comunicação. Mudança social, transformação da sociedade e evolução são aquisições que só ganham sentido a partir e como resultado do processo de comunicação”³⁹³.

Ao longo dos anos, os movimentos sociais têm utilizado diversos meios de comunicação para promover suas causas, seja por meio de *media* tradicionais ou novas *media*.

Historicamente, a comunicação dos movimentos sociais dependia em grande parte de meios tradicionais, como panfletos, cartazes, reuniões públicas e boca a boca. Muitos movimentos, como o movimento dos Direitos civis nos EUA ou as Diretas Já no Brasil, fizeram uso extensivo dessas formas de comunicação.

Os movimentos sociais frequentemente buscavam (e ainda buscam) espaço nas *media* tradicionais, como jornais, rádio e televisão, para disseminar suas mensagens. No entanto, esse espaço muitas vezes é limitado ou filtrado por interesses comerciais ou políticos.

Diante das barreiras impostas pela *media* tradicional, muitos movimentos sociais se voltaram para a criação de *media* alternativas. Jornais comunitários, rádios livres e, mais recentemente, blogues e sítios independentes serviram como plataformas para expressar ideias e notícias não cobertas pela *media* tradicional.

Com a ascensão da Internet e das redes sociais, a comunicação dos movimentos sociais foi revolucionada. Plataformas como *Facebook*, *Twitter*, *Instagram* e *YouTube* permitiram que mensagens fossem disseminadas rapidamente e atingissem um público global.

³⁹² “A materialidade da comunicação cuida de substituir a apreensão do sentido pelo sujeito que interpreta o mundo com recurso apenas à sua própria consciência pela análise das condicionantes sociais da formação do sentido e de seus suportes materiais. Expressa assim o conjunto de elementos materiais que contribuem para a emergência do sentido mas que não pertencem, eles mesmos, à esfera do sentido propriamente dito... a materialidade da comunicação expressa por isso a dimensão de exterioridade inerente à prática comunicativa” (BACHUR, João Paulo – **As portas do labirinto: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010, p. 45).

³⁹³ CAMPILONGO, Celso Fernandes – **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**, p. 5.



Os protestos da Primavera Árabe e os movimentos *Occupy* são exemplos de mobilizações amplamente influenciadas pelo poder das redes sociais.

Enquanto a tecnologia digital e as redes sociais proporcionaram novas oportunidades para os movimentos sociais se comunicarem e se mobilizarem, elas também trouxeram desafios. A disseminação de informações falsas, a polarização e a “bolha” informativa são questões que os movimentos precisam enfrentar no cenário atual.

Um dos grandes diferenciais dos movimentos sociais é a tendência à comunicação horizontal, ou seja, um modelo em que todos têm voz e em que a comunicação não é centralizada. Essa característica contrasta com a comunicação vertical tradicionalmente adotada por corporações e governos.

Manuel Castells³⁹⁴ tem enfatizado ideias³⁹⁵ fundamentais para entender as transformações sociais, económicas, políticas e culturais desencadeadas pela revolução tecnológica e pela crescente digitalização das atividades humanas.

Estabeleceu um conceito de sociedade em rede como sendo caracterizada por uma estrutura social em que as redes se tornam a forma dominante de organização. Essas redes são alimentadas por tecnologias de informação e comunicação, especialmente a Internet. Ao contrário das hierarquias tradicionais, as redes são flexíveis, adaptáveis e altamente dinâmicas.

Castells argumenta que a revolução tecnológica, especialmente a emergência da Internet, não é apenas uma série de inovações técnicas. Ela é, acima de tudo, uma transformação social, pois afeta todas as dimensões da vida humana, do trabalho à política, das relações pessoais à organização das cidades.

Uma das distinções fundamentais que Castells faz é entre o “espaço de fluxos” e o “espaço de lugares”. O primeiro refere-se às redes globais de informação, capital e poder que transcendem fronteiras geográficas. O segundo refere-se aos espaços físicos e locais onde as pessoas vivem e interagem. Enquanto o espaço de fluxos representa o global, o espaço de lugares representa o local.

³⁹⁴ CASTELLS, Manuel – **O poder da identidade. A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo; Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

³⁹⁵ O argumento que principia as ideias encontra-se em: “A revolução da tecnologia da informação e a reestruturação do capitalismo introduziram uma nova forma de sociedade, a sociedade em rede. Essa sociedade é caracterizada pela globalização das atividades económicas decisivas do ponto de vista estratégico; por sua forma de organização em redes; pela flexibilidade e instabilidade do emprego e a individualização da mão de obra; por uma cultura de virtualidade real construída a partir de um sistema de mídia onipresente, interligado e altamente diversificado” (*ibid.*, p. 49).



Nessa análise sobre identidade, observa-se que, em um mundo cada vez mais globalizado e interconectado, as pessoas frequentemente recorrem a identidades culturais, religiosas ou étnicas para encontrar significado e pertencimento. Isso pode, inclusive, levar à formação de “tribos” virtuais ou comunidades que compartilham interesses e valores comuns.

Não se olvide que, “de meados dos anos 1990 em diante, o incremento crescente dos meios de comunicação via redes foi se fazendo acompanhar pelo aumento e diversificação dos movimentos sociais cujas estratégias fazem uso dos aparatos que o mundo digital propicia”³⁹⁶.

A “Batalha de Seattle”³⁹⁷, que representou protestos massivos durante a Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio (OMC) em Seattle, Washington, nos Estados Unidos, de 30 de novembro a 3 de dezembro de 1999, é um movimento social marcante não apenas pelas mobilizações nas ruas, mas também pelo modo inovador como a Internet foi utilizada para organizar, informar e mobilizar pessoas em todo o mundo sobre as questões em pauta.

No caso, a OMC, que promove a liberalização do comércio global, foi criticada por diversos grupos por suas políticas económicas, que, segundo eles, exacerbavam a desigualdade, enfraqueciam os Direitos dos trabalhadores, prejudicavam o meio ambiente e perpetuavam o neocolonialismo.

O encontro em Seattle atraiu uma ampla coalizão de manifestantes, incluindo sindicalistas, ambientalistas, estudantes, grupos de Direitos humanos e antiglobalização, que convergiram para a cidade para expressar sua oposição.

Ativistas utilizaram listas de correios eletrônicos e fóruns em linha para discutir estratégias, compartilhar informações e coordenar ações em diferentes partes do mundo. Sítios foram criados para fornecer informações sobre a agenda do evento, recursos logísticos e diretrizes para os protestos.

Compareceram nos protestos cerca de 40 mil pessoas³⁹⁸, que inclusive confrontaram a *media* tradicional – imprensa – pela internet, em que os manifestantes compartilhavam suas

³⁹⁶ SANTAELLA, Lucia – Política nas redes e nas ruas. In FELICE, Massimo Di; PEREIRA, Eliete; ROZA, Erick. **Net-ativismo: Redes digitais e novas práticas de participação**. Campinas: Papirus, 2017. p. 89-101, p. 89.

³⁹⁷ Ver: ROSSI, Cláudia – Mídias sociais: rumo à democracia participativa? **Revista Sociologia**, v. 4, n. 37, p. 12-19, out./nov. 2011.

³⁹⁸ SANTAELLA, Lucia – Política nas redes e nas ruas. In FELICE, Massimo Di; PEREIRA, Eliete; ROZA, Erick. **Net-ativismo: Redes digitais e novas práticas de participação**, p. 95.



próprias narrativas e relatos, contrastando com as versões veiculadas pelos meios de comunicação *mainstream*, inclusive com transmissão em tempo real.

Outro exemplo que merece registro é a “Geração à Rasca”³⁹⁹, um movimento social que emergiu em Portugal em 2011 e expressou o descontentamento e a frustração de uma geração de jovens perante um futuro percecionado como incerto e inóspito. Esse movimento foi particularmente notável por dar voz a uma juventude educada, mas confrontada com um elevado desemprego e uma série de obstáculos socioeconómicos.

A origem do nome “Geração à Rasca” é um trocadilho com a expressão “Geração Rasca”, cunhada na década de 1990 para descrever os jovens da época, vistos por alguns setores da sociedade como acomodados e sem ambições. A “Geração à Rasca”, no entanto, refere-se a jovens que estão “à rasca” (em apuros ou em situações difíceis) devido às circunstâncias económicas e sociais que enfrentam, e não devido a qualquer falta de ambição ou de vontade própria.

O movimento ganhou visibilidade com uma manifestação massiva que ocorreu no dia 12 de março de 2011. Nesse evento, centenas de milhares de pessoas, sobretudo jovens, saíram às ruas em diversas cidades portuguesas para protestar contra a precariedade laboral, o desemprego, a falta de perspetivas de futuro e as medidas de austeridade impostas pelo governo em resposta à crise financeira que o país estava a enfrentar. Esse protesto ficou conhecido como a “Manifestação da Geração à Rasca”, e apesar de ter sido organizado por jovens, contou com a participação de pessoas de todas as idades, que se identificavam com as preocupações expressas pelos organizadores.

Um dos aspetos distintivos desse movimento foi a sua natureza horizontal e descentralizada. Utilizando as redes sociais e outras ferramentas digitais, os organizadores conseguiram mobilizar e coordenar os protestos sem a necessidade de uma liderança ou estrutura formal. Isso deu ao movimento uma ampla base de apoio e permitiu que as mensagens e objetivos da “Geração à Rasca” ressoassem entre um amplo espectro da população.

Os participantes da “Geração à Rasca” protestavam não apenas contra as dificuldades económicas que enfrentavam, mas também contra um sistema político que percebiam como

³⁹⁹ Ver entre outros: GOMES, Francisca; BRANDÃO, João Filipe – Há 10 anos eles encheram as ruas. O que é feito da “Geração à Rasca”? *JPN* [Em linha]. Porto, 12-03-2021. Disponível em: <https://www.jpn.up.pt/2021/03/12/ha-10-anos-eles-encheram-as-ruas-o-que-e-feito-da-geracao-a-rasca/>. [Consult. em 05-10-2023].



sendo incapaz de oferecer soluções para os seus problemas. O movimento destacou-se por enfatizar não apenas questões de emprego e economia, mas também questões mais amplas relacionadas com a democracia, justiça social e igualdade.

Os ecos do movimento tiveram um alcance considerável. O descontentamento expresso pelos participantes ressoou em diversas frentes políticas e sociais, levando a uma reflexão mais profunda sobre as políticas económicas e sociais em Portugal e sobre as expectativas para o futuro da juventude portuguesa. Foi um despertar de uma consciência coletiva que gerou discussões sobre o papel dos jovens na sociedade e na política, e que também questionou o modelo económico e as prioridades do país.

A “Geração à Rasca” pode ser vista não apenas como um movimento português, mas como parte de uma onda mais ampla de protestos e movimentos sociais que surgiram em vários países na sequência da crise financeira global de 2008. De muitas maneiras, os temas e preocupações da “Geração à Rasca” encontraram paralelos em movimentos como os “*Indignados*” na Espanha ou o “*Occupy*” nos Estados Unidos e em outros lugares.

Embora o movimento não tenha conduzido a mudanças políticas imediatas ou tangíveis, ele marcou a esfera pública e política de Portugal, inserindo as questões da juventude, emprego, precariedade e justiça social na agenda política e mediática. A longo prazo, essas questões vieram a influenciar debates e políticas, moldando, de certa forma, a narrativa em torno das expectativas e desafios enfrentados pelos jovens em Portugal.

Dessa forma, a “Geração à Rasca” simboliza um ponto de inflexão na percepção e na mobilização social em torno dos desafios enfrentados pela juventude portuguesa no início do século XXI, servindo como um lembrete poderoso do impacto que os movimentos sociais podem ter na sensibilização para questões cruciais e na criação de espaço para novos debates e diálogos na sociedade.

A Primavera Árabe⁴⁰⁰, que teve início no final de 2010, representa um período marcante de revoluções, protestos e conflitos políticos em vários países do mundo árabe. O movimento foi caracterizado por mobilizações populares de grande magnitude, que buscavam, entre outras coisas, maior democracia, liberdade e Direitos humanos.

⁴⁰⁰ Ver: BARTKOWIAK, Jaqueline Zandona; FONSECA, Thatiane de Almeida; MATTOS; Gabriel Motta; SOUZA, Vitor Henrique do Carmo. A primavera árabe e as redes sociais: O uso das redes sociais nas manifestações da Primavera Árabe nos países da Tunísia, Egito e Líbia. **Cadernos de Relações Internacionais** [Em linha]. Vol. 10, n.º 1 (2017), p. 66-94. Disponível em <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/30432/30432.PDF>. [Consult. em 05-10-2023].



Um dos aspetos mais notáveis da Primavera Árabe foi a utilização intensiva das plataformas digitais e redes sociais como ferramentas para organização, mobilização e disseminação de informações.

O uso da internet e, mais especificamente, das redes sociais teve um papel significativo nos eventos da Primavera Árabe. Plataformas como *Facebook*, *Twitter* e *YouTube* foram cruciais para organizar protestos, compartilhar informações sobre os movimentos em tempo real e apresentar ao mundo o que estava acontecendo nesses países, muitas vezes desafiando a narrativa dos governos autocráticos e a censura estatal.

Ativistas e cidadãos comuns utilizaram as redes sociais para organizar manifestações e protestos, convocando a população para tomar as ruas e praças públicas. Os eventos eram criados e compartilhados por milhares de usuários, garantindo ampla disseminação e participação.

Em muitos casos, os governos tentaram restringir ou controlar o acesso à internet e às redes sociais. Entretanto, os ativistas frequentemente encontravam maneiras de contornar a censura utilizando VPNs⁴⁰¹ e outras ferramentas que permitiam o acesso anônimo e seguro à rede.

A presença digital desses movimentos não só possibilitou a mobilização interna, mas também permitiu que a crise fosse observada, analisada e, em muitos casos, apoiada internacionalmente. Imagens e vídeos de violência governamental e de multidões enormes tomando as ruas tornaram-se virais, gerando solidariedade global e pressionando lideranças mundiais e organizações internacionais a se posicionarem.

Os desdobramentos da Primavera Árabe foram múltiplos e variados. Enquanto alguns países, como a Tunísia, conseguiram estabelecer uma trajetória relativamente estável em direção à democratização, outros, como a Síria, foram submersos em conflitos violentos e prolongados.

Em retrospecto, a Primavera Árabe revela a dualidade do poder das redes sociais nos movimentos sociais contemporâneos, sendo simultaneamente ferramentas de mobilização e veículos para a disseminação de narrativas diversas – tanto libertárias quanto aquelas que podem ser apropriadas por agendas autoritárias ou sectárias.

⁴⁰¹ Uma VPN ou rede privada virtual cria uma conexão de rede privada entre dispositivos por meio da Internet. As VPNs são usadas para transmitir dados de forma segura e anônima em redes públicas. Elas funcionam mascarando os endereços IP do usuário e criptografando os dados para que se tornem ilegíveis por qualquer pessoa não autorizada a recebê-los.



O movimento social que eclodiu no Brasil em junho de 2013⁴⁰², muitas vezes referido como “Jornadas de Junho” ou simplesmente “Manifestações de 2013”, marcou um ponto de inflexão significativo na história contemporânea do país. Esses protestos, que inicialmente começaram em resposta ao aumento das tarifas de transporte público em algumas cidades, rapidamente se expandiram e metamorfosearam em uma série de manifestações massivas que abrangeram uma vasta gama de questões sociais, políticas e económicas.

A faísca que acendeu os protestos de 2013 foi o aumento das tarifas de autocarro, metro e comboio em várias cidades brasileiras, incluindo São Paulo e Rio de Janeiro. Ainda que pareça uma causa aparentemente pontual e específica, esse evento se converteu em um símbolo amplamente reconhecido da insatisfação pública com uma variedade de questões mais profundas, tais como corrupção, má gestão dos recursos públicos e a falta de acesso a Direitos básicos, como saúde, educação e transporte de qualidade.

O Movimento Passe Livre (MPL), que promovia a tarifa zero no transporte público, foi essencial na mobilização que desencadeou as manifestações. A repressão violenta aos primeiros protestos por parte das forças de segurança, capturada e difundida por meio das redes sociais, também foi fundamental para catalisar a participação popular em escala nacional.

À medida que os protestos cresciam, as demandas também se diversificavam. O que começou como um movimento contra o aumento das tarifas de transporte transformou-se rapidamente em um clamor mais amplo por justiça social, reforma política e um basta à corrupção. Surgiam faixas e cartazes denunciando os gastos exorbitantes com a Copa do Mundo de 2014, enquanto setores vitais como saúde e educação sofriam com o desinvestimento crônico.

Os manifestantes também expressavam insatisfação com a classe política do país de forma geral, independente de afiliação partidária. O clamor era por uma transformação mais profunda na política brasileira, que, aos olhos de muitos cidadãos, parecia distante das reais necessidades da população.

A resposta inicial do governo às manifestações foi, de muitas formas, inadequada e insuficiente aos olhos dos participantes. O uso de força excessiva por parte da polícia contra manifestantes e jornalistas não apenas falhou em dissipar os protestos, mas muitas vezes serviu para inflamá-los ainda mais.

⁴⁰² Ver: NOGUEIRA, Marco Aurélio – **As ruas e a democracia**.



Além disso, a cobertura da *media* nacional e internacional trouxe as questões brasileiras para o centro das atenções globais, muitas vezes focando na violência policial e na insatisfação popular generalizada.

Em meio a esse cenário, a então presidenta Dilma Rousseff propôs uma série de medidas, incluindo um plebiscito para uma reforma política e investimentos em áreas como transporte e saúde. No entanto, essas iniciativas foram amplamente vistas como insuficientes e tardias.

As Jornadas de Junho de 2013 não resultaram em mudanças significativas imediatas em termos de política pública ou reforma institucional. No entanto, elas deixaram um impacto duradouro na sociedade brasileira e na política do país. O movimento ilustrou uma profunda fissura entre a população e suas lideranças políticas e introduziu uma nova dinâmica de mobilização social no Brasil.

Além disso, as manifestações de 2013, sem dúvida, serviram como um prelúdio para a instabilidade política que se agravaria nos anos subsequentes, incluindo o *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff em 2016 e a ascensão de uma nova configuração política no país.

As reverberações das Jornadas de Junho são sentidas até hoje, com um país ainda debatendo fervorosamente seus rumos, as reformas necessárias e como melhor responder às demandas e insatisfações de sua população. Os eventos de 2013 trouxeram à tona as profundas desigualdades e as várias crises – política, social e económica – que o Brasil continua a enfrentar na atualidade.

Ricardo Campos, Inês Pereira e José Alberto Simões trazem de maneira gráfica⁴⁰³ a demonstração da forma de comunicação no que se denominou de ativismo digital:

⁴⁰³ CAMPOS, Ricardo; PEREIRA, Inês; SIMÕES, José Alberto – Ativismo digital em Portugal: um estudo exploratório. **Sociologia, Problemas e Práticas** [Em linha]. Vol. 82 (2016), p. 27-47. Disponível em: <https://journals.openedition.org/spp/2460>. [Consult. em 05-10-2023].

Figura 2 – Tipos de utilização de tecnologias digitais em práticas ativistas: internet enquanto “ferramenta” e “causa”.

Função / motivação	Nível de ação	Repertório	Alcance / destinatários
Causa ↑ ↓ Ferramenta	Luta tecnológica	Manifestações virtuais Guerrilha tecnológica (DDOS, deface, mail bombing, etc.)	Para os opositores
	Convergência e amplificação de redes	Registos e agendas comuns Divulgação de repertórios de ação Organização de eventos de convergência Construção colaborativa	Para o interior dos movimentos sociais
	Difusão de conteúdos	Construção de causas globais Amplificação do espaço social de recrutamento de ativistas e simpatizantes	Para ativistas e público em geral

Evidentemente que as redes digitais também proporcionam riscos de disseminação de discursos ou ideias falsas e/ou equivocadas, ou até mesmo “conspirações midiáticas”⁴⁰⁴ Ao nosso sentir, é temerário o argumento propagado pela doutrina do mercado de ideias; prudente, portanto, uma postura crítica do interlocutor.⁴⁰⁵ Ainda que existam tais riscos, o fato é que não se pode ignorar a importância da comunicação dos movimentos sociais por essa via.

O que se evidencia é que os movimentos sociais do século XXI “conseguem uma comunicação autônoma, de um modo ainda mais contundente do que os movimentos sociais clássicos porque eles acabam se apresentando como um mecanismo não-institucionalizado de autocrítica da sociedade”⁴⁰⁶.

3.3 OS PODERES NÃO INSTITUÍDOS E MOVIMENTOS SOCIAIS

Os poderes instituídos são componentes fundamentais em sistemas políticos e governamentais, servindo como pilares que sustentam, dirigem e regulamentam uma sociedade, sob o aspeto formal da estrutura político-jurídica de uma sociedade.

Tais poderes são estruturas reconhecidas, muitas vezes formalizadas por meio de uma Constituição ou de legislações fundamentais, as quais governam uma nação ou entidade. Embora possa haver variações dependendo do sistema político adotado por cada país, uma

⁴⁰⁴ Destinadas a desgastar a imagem dos governos e insuflar as oposições.

⁴⁰⁵ “Achar que todo mundo se deixa conduzir pelo que falam os oligopólios midiáticos é desrespeitar os cidadãos e ignorar a vida, que é bem mais complexa. Governos democráticos precisam saber interpelar a mídia, dialogar com ela e enfrentá-la” (NOGUEIRA, Marco Aurélio – *As ruas e a democracia*, p. 201).

⁴⁰⁶ SCHWARTZ, Germano – *As Constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI*, p. 100.



perspetiva comum envolve a divisão em três esferas: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

O Poder Executivo é o ramo do governo responsável por implementar, administrar e fazer cumprir as leis. Em uma democracia, os líderes do Poder Executivo (como presidentes ou primeiros-ministros) são comumente eleitos pelo povo e são responsáveis por gerir a administração pública, a defesa nacional, a política externa, entre outras funções vitais. O Poder Executivo também tem um papel de liderança na proposição de legislações e na formulação de políticas públicas.

Poder Legislativo é a esfera do poder que foca na criação, alteração e revogação de leis que guiarão a sociedade. O Poder Legislativo também tem a função de fiscalizar o Executivo e, em muitos sistemas, possui autoridade sobre o orçamento nacional. Geralmente, é estruturado na forma de congressos, parlamentos ou assembleias, e seus membros podem ser eleitos pelo povo ou representar distintas fações ou grupos sociais.

O braço do governo que interpreta as leis e garante que sejam aplicadas justamente é o Poder Judiciário, que também tem a função de resolver disputas, tanto entre entidades privadas quanto entre cidadãos e o Estado, e assegurar que os Direitos e deveres de cada um sejam respeitados conforme a legislação em vigor. Ele é essencial para manter o princípio do Estado de Direito e garantir que os demais poderes atuem dentro das suas competências constitucionais.

A teoria da separação dos poderes, proposta por Montesquieu no século XVIII, destaca a importância de cada poder atuar de forma independente, porém harmónica, com o objetivo de prevenir abusos e assegurar a liberdade e a justiça. Via sistema de *checks and balances* (verificações e balanços), cada ramo tem certa medida de influência sobre os outros e é, por sua vez, limitado por eles, estabelecendo um equilíbrio que evita a concentração desmedida de poder, gerando uma espécie de diluição do poder.

Além de serem entidades reguladoras e administrativas, os poderes instituídos são espaços de disputa e exercício de poder entre diferentes grupos e interesses sociais, o que inclusive se concretiza via *backlash*.

Conrado Hubner Mendes traz um debate interessante no sentido de quem decide. Sendo esse o ponto de partida investigativo para se detetar “o ator político central, ou a fonte

de onde emergem os comandos jurídicos e políticos”⁴⁰⁷, se indagado em uma monarquia, a resposta seria o monarca, simplesmente porque ele é o monarca. A questão como coloca Conrado Hubner Mendes é se em uma democracia podemos substituir monarca por povo.

Entretanto, não se limita a questão a quem decide, mas também a quem obedece, o que por consequência proporciona a abertura do Direito de resistência e/ou da desobediência civil.

Por isso, a maneira como os poderes são organizados e exercidos reflete, e ao mesmo tempo molda, a estrutura social e política da sociedade. Dessa forma, diferentes modelos de gestão e representação política, como democracias, monarquias ou regimes autoritários, desenvolvem configurações distintas de poderes instituídos, refletindo os valores e as relações de poder prevalentes em cada contexto.

Os poderes instituídos, enquanto pilares da organização estatal e social, são elementos dinâmicos que influenciam e são influenciados pela trajetória histórica, cultural e social de uma nação. Eles desempenham papéis vitais na configuração dos Direitos, deveres e na manutenção da ordem, sendo fundamentais para a promoção da justiça, estabilidade e desenvolvimento dos territórios que governam.

O constante diálogo entre esses poderes e a sociedade^{408,409}, assim como a possibilidade de adaptação e reforma, são essenciais para assegurar que as instituições permaneçam legítimas, justas e representativas diante dos desafios e transformações contemporâneas. Esse realismo⁴¹⁰ não pode considerar que o eventual desacordo entre democracia (soberania popular) e constitucionalismo possa ser resolvido escolhendo um ou outro lado, tampouco pode considerar os poderes instituídos como únicos intérpretes da Constituição.⁴¹¹

⁴⁰⁷ MENDES, Conrado Hübner – **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

⁴⁰⁸ “Para entender a separação de poderes na democracia é necessário dar conta de todas essas dimensões. Medir a legitimidade democrática, tanto de um regime político quanto de decisões coletivas isoladas, é um exercício multifacetado que não pode prescindir de cada um daqueles elementos” (*ibidem*, p. 59).

⁴⁰⁹ “*La Constitución no puede regular de manera escrita la división de poderes. No puede escapar de los flujos y reflujos, los ejercicios de prueba y error por medio de los cuales, en aproximaciones graduales, cada rama del gobierno demarca su propio territorio. Alcanzan equilibrios periódicos siempre sujetos a reajuste. No es posible regular constitucionalmente el momento que una institución, y no otra, tendrá la mayor legitimidad social a la hora de tomar las grandes decisiones*” (GARGARELLA, Roberto – **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 165).

⁴¹⁰ Ou constitucionalismo de realidade.

⁴¹¹ LEAL, Fernando – **Constitucionalismo de realidade: democracia, Direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 19.



O conceito de poderes não instituídos, no contexto constitucional e democrático, mergulha suas raízes na tensão subjacente entre as estruturas formais de poder e as vozes multifacetadas da sociedade que, por diversas razões, podem se encontrar à margem dessas estruturas.

Em um sistema democrático consolidado, a Constituição atua como uma bússola normativa, delineando os caminhos legais e os limites para o exercício do poder. Trata-se de uma estrutura que procura alocar competências, definir responsabilidades e, sobretudo, criar mecanismos de freios e contrapesos (*checks and balances*) para evitar abusos e proteger as liberdades e Direitos fundamentais dos cidadãos.

Os poderes instituídos – normalmente o Executivo, Legislativo e Judiciário – são delineados e regulamentados pela Constituição para operar dentro desses marcos, obedecendo aos princípios do Estado de Direito e procurando garantir a harmonia e a estabilidade da ordem política e social.

Contudo as zonas de poder não se resumem aos poderes instituídos, dando azo aos “poderes não instituídos”, que constituem uma categoria mais complexa e multifacetada e, a depender do contexto e da perspetiva adotada, podem ser interpretados de diferentes maneiras.

De modo geral, podemos considerar poderes não instituídos aqueles que não derivam diretamente da Constituição ou das leis ordinárias, mas que, em certa medida, exercem influência, pressão ou controlo sobre as decisões políticas, económicas e sociais.

Uma forma de entender os poderes não instituídos é por meio da ação de grupos de interesse, organizações não governamentais, movimentos sociais, coletivos e outras formas de agrupamentos civis que, embora não estejam formalmente integrados na estrutura do Estado, desempenham um papel influente nas decisões políticas.

Por meio de mecanismos como *lobbying*, manifestações, campanhas de opinião pública e outras formas de ação coletiva, esses grupos podem exercer influência significativa sobre os processos de tomada de decisão, pautando temas, pressionando autoridades e mobilizando a opinião pública.

O poder económico, em geral exercido por grandes empresas, corporações e elites financeiras, também pode ser visto como um tipo de poder não instituído. Esses atores, embora não possuam *status* formal no arcabouço legal do Estado, com frequência exercem influência significativa sobre políticas públicas e decisões governamentais, por meio de



investimentos, criação de empregos e também pelo financiamento de campanhas políticas e projetos de interesse público ou privado.

A *media*, enquanto entidade que, por princípio, não se enquadra nas estruturas de poder formais, igualmente exerce influência notável sobre a sociedade e as decisões políticas. Por meio do enquadramento das notícias, da definição da agenda e da criação de narrativas, a *media* pode influenciar a percepção pública e direcionar a atenção dos cidadãos e dos políticos para determinados temas, problemas ou crises.

Em uma democracia, os poderes não instituídos devem ser vistos tanto como essenciais para a vitalidade do sistema, fomentando a participação cidadã⁴¹², a pluralidade e a diversidade de vozes e interesses, quanto como entidades que necessitam de um olhar crítico, de modo a avaliar e mitigar eventuais distorções, abusos ou excessos que possam comprometer a equidade, a justiça e a representatividade do sistema político.⁴¹³

O equilíbrio entre os poderes instituídos e não instituídos deve ser constantemente navegado, de modo a garantir que o sistema democrático possa florescer, mantendo-se resiliente frente aos desafios e dinâmicas contemporâneas, ao passo que assegura a proteção e promoção dos Direitos e liberdades fundamentais de todos os cidadãos.

Os movimentos sociais constituem nessa ordem de ideias um grande poder não instituído, que pressiona os limites e as possibilidades tanto da democracia quanto dos poderes instituídos na capacidade deles em cumprir seu papel com efetividade.⁴¹⁴

⁴¹² “Uma das ideias centrais destes estudos diz respeito à afirmação de que a democracia não se legitima só com o voto, mas sim mediante discussões e decisões coletivas dos membros da sociedade” (GOHN, Maria da Glória Marcondes – **Novas teorias dos movimentos sociais**, p. 55).

⁴¹³ Ver: BONAVIDES, Paulo – **Ciência Política**. 10.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 559.

⁴¹⁴ Empregamos o termo *efetividade* no sentido de responder às exigências da comunidade, pacificar conflitos oriundos do pluralismo e sobretudo de contribuir para o desenvolvimento da sociedade nos ideais propostos por Constituições.



4 VICISSITUDES DA CONSTITUIÇÃO E O INFLUXO DO COSTUME: MEIO DEMOCRÁTICO DE ALTERAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA?

4.1 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO E OS MOVIMENTOS SOCIAIS DO SÉCULO XXI

A expressão *sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, estabelecida por Peter Häberle, abre as portas para uma discussão profunda e abrangente sobre a teoria da interpretação constitucional. Häberle, ao propor essa ideia, partiu do pressuposto de que, embora haja um debate constante sobre a interpretação das Constituições⁴¹⁵, concentra-se principalmente em duas questões fundamentais: as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional, bem como os métodos ou o processo envolvido nesse ato interpretativo, incluindo as regras de interpretação.

Gilmar Ferreira Mendes, ao fazer a apresentação da edição brasileira da obra *A Sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição*, em 1997, consignou que “A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional”⁴¹⁶.

Rui Medeiros explica que “quer os magistrados (nas suas várias vestes) quer os cidadãos conhecem, dizem e realizam o Direito, procedendo cada um a seu modo e dispondo para o efeito do quinhão de auctoritas que a ordem jurídica lhes distribui através da respectiva competência e da autonomia de vontade. No Estado Democrático a função jurídica cabe, assim, a todos: a legisladores, a juízes, a administradores, a cidadãos. Em suma: aí não há mediadores necessários ou oráculos da coisa jurídica”⁴¹⁷.

Essa premissa é parte de uma conceção ou, melhor, do reconhecimento de sociedades pluralistas que tomam a realidade neste século XXI. A diversidade de grupos sociais e ideologias resulta em uma certa ausência de força totalmente dominante, exigindo formas de

⁴¹⁵ HÄBERLE, Peter – **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**, p. 11.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁴¹⁷ MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**, p. 178.



realizar e tornar a vida em comum possível.⁴¹⁸ A Constituição, portanto, afasta-se do totalitarismo e da rigidez⁴¹⁹, estando apta a captar a mudança da realidade e aberta às conceções cambiantes da verdade e justiça.⁴²⁰

A tese proposta por Peter Häberle expressamente é: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”⁴²¹.

O conceito estabelecido evidencia que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou ao menos cointerpretá-la, à medida que a interpretação constitucional não é apenas uma tarefa técnica, mas também uma questão de profunda importância política e moral. Ela envolve a ponderação de interesses individuais e coletivos, a busca pela justiça e equidade, bem como a adaptação da Constituição a novos desafios e realidades sociais.

Afinal, a Constituição é a pedra angular de um sistema jurídico, estabelecendo os princípios, valores e Direitos que devem ser respeitados e protegidos pelo Estado. Portanto, entender as tarefas e objetivos da interpretação constitucional implica definir como a Constituição deve ser aplicada na prática, como os Direitos fundamentais devem ser garantidos e como os princípios constitucionais devem ser equilibrados em casos de conflito.

John Locke⁴²² (1632-1704), filósofo inglês do Iluminismo, defendeu a ideia de um governo limitado pelo consentimento dos governados. Embora sua ênfase estivesse mais na ideia de um contrato social do que na Constituição em si, suas ideias sobre a importância do consentimento popular e da limitação do poder do governo têm intrínseca ligação com os desenvolvimentos futuros da teoria constitucional.

Partindo dessa premissa, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição desempenha papel fundamental ao permitir que múltiplos atores sociais e institucionais participem desse processo interpretativo. Isso inclui não apenas juízes e tribunais, mas também acadêmicos, advogados, ativistas e cidadãos comuns.

⁴¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo – **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**, p. 13.

⁴¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**, p. 147.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 143.

⁴²¹ HÄBERLE, Peter – **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**, p. 13.

⁴²² LOCKE, John – **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**.



Há uma questão precedente na tese proposta por Häberle, que é quanto ao Direito ser compreendido como um produto do Estado, uma identificação simplista de que o Direito se limita à lei, atraindo consequentemente a responsabilidade exclusiva do Estado.

Divergimos dessa compreensão para entender que, como já nos referimos no Capítulo 1, o Direito não é algo perfeito e acabado, mas essencialmente aberto, disposto a “beber” das fontes do Direito⁴²³, dos movimentos sociais; portanto, é produzido a partir das múltiplas inter-relações, que impactam em constante modificação, formação e destruição, que conduzem à evolução do Direito; visto de outro ângulo, resumidamente pode-se dizer ser uma política de democratização do Direito ou, no dizer de Häberle, uma democratização da interpretação constitucional.

António Manuel Hespanha argumenta que, “embora a democracia tenha muitas imperfeições e possa ser manipulada de muitas maneiras, a própria etimologia da palavra – o governo do povo – nos fornece uma linha de orientação, deixando embora muitos detalhes em aberto: a sensibilidade comum há de corresponder àquilo que se manifeste como mais consensual, mais igual, mais estabilizador das relações comunitárias, mais inclusivo, menos irritante ou fraturante”⁴²⁴.

Contudo, para se pensar na democratização do Direito, ou da interpretação constitucional, é preciso superar o que convencionalmente chamamos de *democracia* como sendo práticas por meio das quais os cidadãos podem controlar os líderes políticos, tais como eleições periódicas e grupos de pressão (democracia de mercado⁴²⁵), ampliando e refletindo sobre a apropriada participação dos cidadãos. Verdade que os teóricos do pluralismo elitista pontuam evidências de que a pouca participação política não coloca em causa o bem-sucedido da democracia, pela outorga da representatividade.

A sociedade aberta de intérpretes da Constituição, entretanto, não pressupõe ou propugna por uma generalização do Direito absoluta, isto porque se estaria a renunciar a capacidade programática, corretiva e inovadora da Constituição (ou do Direito), assim como a negar a essência do constitucionalismo, limite que coloca como uma das funções da

⁴²³ António Manuel Hespanha utiliza fontes ‘de’ Direito, explicando que essa expressão pode também designar a origem do Direito (sentido histórico) (HESPANHA, António Manuel – **O caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**, p. 530).

⁴²⁴ *Id.* – **Pluralismo jurídico e Direito democrático: prospetivas do Direito no século XXI**, p. 13.

⁴²⁵ MARTÍ, José Luis – **La república deliberativa: una teoría de la democracia**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 66-70.



Constituição, mesmo na política pluralista e democrática, a proteção contra feições perniciosas.

A ampliação dos intérpretes da Constituição é consequência da inclusão dos cidadãos e do inerente pluralismo, situando-se no embate direto dos Direitos, isto é, na busca do arranjo harmónico dos tantos Direitos e cidadãos que compõem a sociedade, impondo necessariamente que se promova consensos estáveis e estabilizadores, contendo o triunfo inconsiderado das maiorias.

Trata-se de um processo de participação aberta, distanciando-se da submissão passiva ou da mera aceitação de uma ordem, constituindo a “legitimação básica teórico-constitucional da participação mais ou menos intensa de todas as forças pluralistas no negócio da interpretação constitucional encontra-se no fato de que as forças constituem um pedaço do espaço público e da realidade da Constituição mesma, não como ‘fato aceito’, como *factum brutum*”⁴²⁶.

Os “cidadãos conhecem, dizem e realizam o Direito, procedendo cada um a seu modo e do efetivo quinhão de auctorias que a ordem jurídica lhes distribui através da respectiva competência e da autonomia da vontade. No Estado Democrático a ‘função jurídica’ cabe, assim, a todos: a legisladores, a juízes, a administradores, a cidadãos (*quivis ex populo*)”⁴²⁷.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a aplicabilidade da tese, registrando que, “Deveras, o princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República”⁴²⁸.

Entendemos que há dois núcleos de integrantes da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: [1] aqueles que participam do processo de produção de interpretação que incluem [a] movimentos sociais organizados ou não, mas que formem grupos de pressão; [b]

⁴²⁶ HÄBERLE, Peter – **El estado constitucional**, p. 148.

⁴²⁷ MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**, p. 178.

⁴²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.646/SE**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 07-02-2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 08-05-2019.

integrantes de procedimentos administrativos de carácter participativo; [c] o cidadão enquanto emissor de opinião pública democrática e pluralista; [d] a doutrina; [e] *media* (imprensa, rádio, televisão...); e [2] os integrantes do processo de decisão, que incluem [a] a parte que propõe o diálogo jurídico; [b] outros participantes que têm Direito a integração à lide; [c] pareceristas ou *experts*; [d] representantes em audiências públicas.

Pode se dizer que Peter Häberle reconhece os movimentos sociais quando refere que “os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade”⁴²⁹.

Rui Medeiros defende que não se “pode tratar as forças privadas e da sociedade como mero objecto. Deve, pelo contrário, incluí-los activamente como sujeitos num contexto em que os particulares já não são terceiros ou estranhos no processo de actuação da Constituição, torna-se forçosa a abertura da Lei Fundamental ao público de novos consumidores, intérpretes e aplicadores dos preceitos constitucionais, pois todos aqueles que, de um modo ou de outro, são destinatários das normas constitucionais são chamados a participar na realização e concretização da Constituição”⁴³⁰.

Uma ordem constitucional eficaz não é apenas aquela que é escrita em papel, mas aquela que é internalizada pelos cidadãos. A adesão à Constituição está intrinsecamente ligada à participação cidadã. Quando os cidadãos se envolvem na política, quando exercem seus Direitos e deveres, eles contribuem para o fortalecimento da ordem constitucional. Isso ocorre porque a participação ativa na vida política muitas vezes é motivada pelo desejo de ver os valores da Constituição realizados.

No entanto, a adesão⁴³¹ à Constituição não é um processo simples e contínuo. Pode ser desafiada por fatores como polarização política, desigualdade social e percepções de injustiça. Quando os cidadãos sentem que a Constituição não está sendo aplicada de forma justa ou que suas vozes não estão sendo ouvidas, a adesão pode diminuir.

O desafio desses fatores inexoravelmente conduz a movimentos sociais⁴³², que desempenharam e continuam a desempenhar um importante papel na interpretação,

⁴²⁹ HÄBERLE, Peter – **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**, p. 24.

⁴³⁰ MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**, p. 180.

⁴³¹ Para o estabelecimento de uma relação harmónica entre o mundo do homem e o Estado.

⁴³² Especialmente concebidos como desobediência civil ou Direito democrático de resistência.

acomodação e modificação da Constituição, assegurando uma eficácia real e prática das regras e pautas de comportamento, expressando-se como vitalidade constitucional.⁴³³

Inclusive, os exemplos trazidos no capítulo anterior convergem para a observação de que não se trata de mero desejo ou argumentações teóricas, mas que caracterizam um fenómeno de eficácia real e prática das normas constitucionais.

Os movimentos sociais do século XXI, na amplitude da desobediência civil e/ou Direito democrático de resistência, convergem para inclusive formar um Direito consuetudinário constitucional, que se manifesta como expressão imediata desta vitalidade constitucional.⁴³⁴

Não se olvide que o debate sobre a interpretação constitucional é uma questão fundamental no campo do Direito e da teoria política. Uma abordagem que tem sido discutida amplamente é o estrito formalismo constitucional positivista. Essa perspetiva argumenta que a Constituição deve ser interpretada estritamente com base no texto escrito, excluindo quaisquer considerações externas, como as mudanças na sociedade.

No entanto, há argumentos convincentes que convergem na direção oposta, sugerindo que esse estrito formalismo constitucional positivista, na verdade, limita significativamente o estudo das Constituições e a compreensão adequada do Direito constitucional.

Em primeiro lugar, a limitação ao texto constitucional ignora a rica história por trás da criação de uma Constituição. As Constituições muitas vezes refletem os compromissos e valores de uma sociedade em um determinado momento da história. Ignorar essa história é negligenciar um aspeto crucial da interpretação constitucional.

Afinal, compreender por que certas disposições foram incluídas ou omitidas pode fornecer *insights* valiosos sobre a intenção dos legisladores e o contexto em que a Constituição foi promulgada, inclusive justificando ou não um novo sentido naquela disposição.

Além disso, uma abordagem estritamente formalista também deixa de lado a observação da realidade constitucional em constante evolução. As sociedades não permanecem estáticas, e as questões que surgem em torno dos Direitos e deveres dos cidadãos podem mudar com o tempo.

⁴³³ Constituição em sentido material.

⁴³⁴ Constituição em sentido material.



Portanto, uma interpretação inflexível do texto constitucional pode se tornar inadequada para lidar com novos desafios e circunstâncias que não eram previstos pelos constituintes originais. O mundo jurídico precisa de flexibilidade para se adaptar a essas mudanças e garantir que a Constituição continue a servir como um guia eficaz para a governança.

Além disso, o estrito formalismo constitucional positivista muitas vezes desconsidera a dimensão normativa do Direito. As Constituições não são apenas documentos legais; elas também são expressões de valores e princípios fundamentais que devem ser protegidos e promovidos. Limitar a interpretação apenas ao texto muitas vezes resulta em uma visão excessivamente legalista, que pode ignorar a justiça e a equidade subjacentes aos princípios constitucionais.

Por isso, a interpretação constitucional deve ser uma atividade dinâmica, que considera não apenas o texto escrito, mas também a história, a intenção dos constituintes e a evolução da sociedade, cenário em que há relevante papel dos movimentos sociais do século XXI.

As Constituições devem ser postas à prova, e não simplesmente preservadas. *“La vitalidad de una Constitución, esto es, su capacidad para conseguir continuidad, depende, entre otras cosas, de si ella está organizada de tal modo que los procesos de revitalización estén en equilibrio entre las partes, como por ejemplo entre las funciones individuales del Estado”*⁴³⁵.

Conforme Anna Candida da Cunha Ferraz, há alguns fatores que influem na interpretação como processo de vicissitude constitucional: [1] o caráter sintético, genérico e esquemático das normas constitucionais – o sintetismo amplia a possibilidade de sentidos, significados da norma constitucional; [2] a linguagem do texto constitucional – conceitos elásticos, vagos, equívocos e sujeitos à evolução no tempo; [3] a Constituição não se apresenta, na realidade, imune a lacunas e obscuridades – é dever do intérprete suplantar as lacunas, e dar à luz a obscuridade; [4] as diferentes categorias de normas constitucionais, que particularizam o seu conteúdo – especialmente a margem de discricionariedade contida nas normas programáticas e de eficácia contida; [5] os diferentes métodos interpretativos – que

⁴³⁵ HÄBERLE, Peter – **Tiempo y Constitución**, p. 26.



culminam na pretensão de vivacidade da Constituição; [6] o conteúdo político das normas constitucionais – que permite amplamente o elemento específico da interpretação.⁴³⁶

Esse fator de influência, em uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, revela primordial reconhecer a importância de envolver a sociedade [povo] na interpretação e no desenvolvimento da Constituição. São exemplos de instrumentos aptos a tanto: “referendo, plebiscito, iniciativa popular, veto popular, *recall*”⁴³⁷.

O referendo popular é um mecanismo pelo qual os cidadãos têm a oportunidade de aprovar ou rejeitar uma decisão ou proposta legislativa específica. Isso pode incluir emendas constitucionais, leis importantes ou questões de grande relevância para a sociedade. O referendo permite que os cidadãos exerçam seu Direito de voz direta sobre questões constitucionais.

Quando se trata da interpretação da Constituição, o referendo pode ser usado para validar ou invalidar interpretações judiciais controversas ou para introduzir emendas constitucionais que refletem a vontade popular.

O plebiscito, por sua vez, é uma ferramenta que permite aos cidadãos opinar sobre uma questão específica antes que ela se torne lei. Isso pode ser especialmente relevante quando se trata de interpretação constitucional, pois as decisões judiciais muitas vezes têm um impacto significativo na vida das pessoas. Permitir que o público participe por meio de um plebiscito antes de uma decisão importante ser tomada pode ajudar a garantir que a interpretação da Constituição esteja em linha com os valores e expectativas da sociedade.

“Esses instrumentos podem modificar diretamente a Constituição provocando (a) reformas da letra constitucional, (b) podem, também, acarretar, indiretamente, mudança do sentido da norma constitucional, sem alterar a letra constitucional, ou (c) podem mudar ou mais precisamente revogar uma disposição constitucional.”⁴³⁸

Além disso, outros meios de participação direta, como audiências públicas, consultas populares e processos de consulta, também são relevantes na interpretação da Constituição, como se demonstrará em tópico próprio.

Nesse ínterim, os movimentos sociais têm desempenhado papel crucial na formação e vicissitudes das Constituições ao longo da história. Ao exigir Direitos, pressionar por

⁴³⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha – **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**, p. 61-62.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 169.

⁴³⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*



mudanças e garantir que as vozes das minorias sejam ouvidas, os movimentos sociais têm impactado diretamente na maneira como as Constituições são redigidas, interpretadas e emendadas.

Se voltarmos no tempo, percebemos que muitas das grandes revoluções e movimentos sociais tiveram um impacto direto nas Constituições nacionais. A Revolução Francesa, por exemplo, resultou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que posteriormente influenciou Constituições ao redor do mundo.

No Brasil, a Constituição de 1988 foi profundamente influenciada pelos movimentos sociais. Os anos que precederam sua criação viram uma onda de mobilizações populares contra a ditadura militar. Movimentos como as Diretas Já e a atuação de diversas entidades tiveram papel decisivo em assegurar que a nova Constituição fosse mais democrática e garantisse uma ampla gama de Direitos civis, políticos e sociais.

De outro norte, muitos movimentos focam em reivindicações particulares, como Direitos das mulheres, dos indígenas, da população negra, dos LGBTQIAP+ e de outros grupos. Esses movimentos têm contribuído para o reconhecimento e a proteção constitucional de Direitos específicos e para uma interpretação mais inclusiva das leis.

Fato que os movimentos sociais do século XXI muitas vezes promovem uma cultura de participação política. Eles mobilizam as bases, informam o público sobre seus Direitos e incentivam a participação em processos de tomada de decisão, como referendos e consultas populares que podem levar a emendas constitucionais.

Não se pode, entretanto, esquecer que, assim como os movimentos sociais podem impulsionar mudanças progressistas, também existem movimentos que resistem a certas reformas ou promovem visões mais conservadoras. A dinâmica entre esses diferentes grupos influencia o equilíbrio e os resultados finais em processos constituintes.

Por isso, além de influenciar vicissitudes no texto das Constituições, os movimentos sociais também desempenham um papel na maneira como as Constituições são reinterpretadas ao longo do tempo. Por meio de litígios estratégicos, protestos e campanhas de sensibilização, eles podem influenciar cortes constitucionais e outros órgãos judiciais a interpretar certas normas à luz das demandas e necessidades contemporâneas.

Isso coloca os movimentos sociais do século XXI como motores de mudança, influenciando tanto o conteúdo quanto o significado das Constituições ao redor do mundo.



Seu impacto evidencia a natureza viva e adaptável das Constituições e a importância da participação popular na governança democrática.

No entanto, a implementação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição não é isenta de desafios e controvérsias. Há debates sobre como equilibrar a *expertise* jurídica com a participação democrática, bem como sobre os limites da interpretação constitucional. Além disso, a interpretação constitucional pode ser influenciada por fatores políticos e ideológicos, o que levanta questões sobre a imparcialidade e a legitimidade das decisões.

Ademais, o processo interpretativo como parte dos processos de vicissitudes constitucionais, em razão de elementos consuetudinários advindos dos movimentos sociais do século XXI, podem eventualmente representar consolidação ou corrosão da Constituição, o que oportunamente será analisado.

4.2 ASPIRACIONAL LEGISLATIVA

O Poder Legislativo é uma das três funções essenciais do Estado, desempenhando um papel fundamental nas democracias.

O Poder Legislativo no Brasil⁴³⁹ é estruturado de acordo com o sistema bicameral, ou seja, possui duas casas legislativas distintas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Essa estrutura visa representar diferentes aspetos da sociedade e equilibrar os interesses regionais e nacionais. A estrutura e funcionamento de cada uma dessas casas legislativas é estabelecida da seguinte forma:

Câmara dos Deputados:

- ➔ *Composição*: A Câmara dos Deputados é composta por deputados federais, que são eleitos pelo sistema proporcional em cada estado e no Distrito Federal. O número de deputados por estado varia de acordo com sua população, sendo atualizado a cada década com base no censo demográfico.
- ➔ *Mandato*: Os deputados federais têm mandato de quatro anos, sendo permitida a reeleição indefinida.
- ➔ *Funções*: A Câmara dos Deputados é responsável por representar a vontade popular, propor e discutir projetos de lei, aprovar o orçamento federal, além de

⁴³⁹ Ver: TEMER, Michel – **Elementos de Direito constitucional**; BARCELLOS, Ana Paula de – **Curso de Direito constitucional**.

fiscalizar o Poder Executivo por meio de comissões parlamentares e processos de *impeachment*.

Senado Federal:

- ➔ *Composição*: o Senado Federal é composto por três senadores de cada unidade da Federação, totalizando 81 deles. Isso garante a representatividade igualitária dos estados, independentemente de sua população.
- ➔ *Mandato*: os senadores têm mandato de oito anos, com renovação de um terço das vagas a cada quatro anos. Não há limite para a quantidade de mandatos consecutivos que um senador pode ter.
- ➔ *Funções*: o Senado Federal desempenha um papel importante na representação dos estados, revisando e aprovando projetos de lei aprovados pela Câmara dos Deputados. Também possui funções específicas, como aprovar indicações de ministros do Supremo Tribunal Federal e em processos de *impeachment* presidencial.

Essas casas legislativas formam o Congresso Nacional, trabalhando em conjunto para a elaboração e aprovação das leis. O processo legislativo envolve a apresentação de projetos de lei, discussões e votações em comissões e plenários das duas casas, seguido pela sanção ou veto pelo Presidente da República.

O Poder Legislativo em Portugal⁴⁴⁰ é unicameral, o que significa que é composto por uma única casa legislativa, conhecida como Assembleia da República. A estrutura do Poder Legislativo em Portugal é a seguinte:

Assembleia da República (AR):

- ➔ *Composição*: a Assembleia da República é composta por deputados eleitos pelo povo português em eleições legislativas gerais. O número de deputados pode variar, mas, normalmente, situa-se em torno de 230 deputados. Os deputados representam os diferentes círculos eleitorais do país.

⁴⁴⁰ Ver: QUEIROZ, Cristina – **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**; MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional: Estrutura do Estado. Sistemas Políticos. Atividade Constitucional do Estado. Fiscalização de Constitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 2016. Vol. 2; RODRIGUES, Luis Barbosa – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**.

- ➔ *Mandato*: os deputados têm um mandato de quatro anos, sendo que a AR é dissolvida a cada quatro anos, ou antes, em caso de eleições antecipadas.
- ➔ *Funções*: a Assembleia da República tem a responsabilidade de representar o povo português, elaborar, debater e aprovar leis, bem como fiscalizar o governo; ela desempenha um papel central na democracia portuguesa, e sua atividade legislativa é fundamental para a governação do país.

A estrutura unicameral da Assembleia da República em Portugal é diferente da estrutura bicameral. Isso significa que não há uma segunda casa legislativa, como um Senado, para revisar ou vetar projetos de lei, como é comum em sistemas bicamerais.

A Assembleia da República é o órgão máximo de tomada de decisões legislativas em Portugal e desempenha um papel crucial na representação dos interesses do povo português e na supervisão do governo.

A estrutura unicameral torna o processo legislativo mais simples e direto em comparação com sistemas bicamerais, nos quais as leis precisam passar por duas casas legislativas antes de serem promulgadas.

No Brasil, o poder de veto, em âmbito federal, é uma prerrogativa do Presidente da República, que tem a autoridade de vetar parcial ou integralmente projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional. O poder de veto é uma das ferramentas que o Presidente utiliza para influenciar o processo legislativo e garantir que a legislação seja compatível com suas políticas e objetivos. Aqui estão os principais aspetos do poder de veto no Brasil:

➔ *Tipos de Veto*:

Veto Total: O Presidente pode vetar completamente um projeto de lei, impedindo que ele se torne lei.

Veto Parcial: O Presidente também pode vetar partes específicas de um projeto de lei, mantendo o restante como lei.

- ➔ *Motivos de Veto*: O Presidente pode vetar um projeto de lei por vários motivos, incluindo inconstitucionalidade, contrariedade ao interesse público, inadequação técnica, entre outros.
- ➔ *Prazo para Veto*: Após a aprovação do projeto de lei pelo Congresso Nacional, o Presidente tem um prazo de 15 dias úteis para analisá-lo e decidir se o sancionará

(aprovará), vetará total ou parcialmente, ou deixá-lo sem manifestação (o que leva à sanção tácita).

- ➔ *Sanção Tácita*: se o Presidente não tomar uma decisão dentro do prazo de 15 dias úteis, o projeto é considerado sancionado tacitamente, ou seja, passa automaticamente a ser lei, mesmo que o Presidente não tenha expressamente sancionado. Esse mecanismo visa evitar a ocorrência de *pocket vetoes* (veto de bolso), nos quais o Presidente não toma uma decisão deliberada para bloquear ou aprovar um projeto.
- ➔ *Análise do Veto pelo Congresso*: Após o veto presidencial, o Congresso Nacional tem a prerrogativa de analisar o veto. O veto pode ser mantido ou derrubado por uma maioria absoluta dos votos em ambas as casas legislativas. Se o veto for derrubado, o projeto de lei se torna lei na íntegra, mesmo contra a vontade do Presidente.

Como se observa, o poder de veto é uma ferramenta importante nas relações entre os Poderes Executivo e Legislativo no Brasil, permitindo ao Presidente influenciar a legislação de acordo com seus objetivos políticos e a avaliação do interesse público.

No entanto, o Congresso Nacional também tem a capacidade de revisar e, se necessário, reverter vetos presidenciais, garantindo um equilíbrio de poderes e a supervisão mútua entre os ramos do governo.

Em Portugal, o Presidente da República, também detém poder de veto, que, de acordo com a Constituição da República Portuguesa, pode exercer esse poder sobre legislação aprovada pela Assembleia da República, são aspetos principais do poder de veto em Portugal:

➔ *Tipos de Veto*:

Veto de Promulgação: O Presidente pode vetar um projeto de lei, impedindo que seja promulgado e, assim, torne-se uma lei. Esse é o tipo mais comum de veto.

*Veto Político*⁴⁴¹: Em situações excepcionais, o Presidente pode vetar um projeto de lei por razões políticas, mesmo que o projeto seja constitucional. Isso é conhecido como veto político e é um instrumento de último recurso.

⁴⁴¹ Presidente da República, Marcelo Rebelo de Sousa utilizou por 27 vezes o poder de veto político: três vezes em 2016, duas em 2017, seis em 2018, cinco em 2019, seis em 2020, três em 2021 e duas em 2023. Cinco desses vetos incidiram sobre decretos do Governo e 22 sobre legislação da Assembleia da República (SOUSA, Marcelo Rebelo – Presidente da República já usou o veto político 27 vezes. **Público** [Em linha].

- ➔ *Motivos de Veto*: O Presidente da República em Portugal pode vetar um projeto de lei por diversos motivos, incluindo inconstitucionalidade, contrariedade ao interesse público, inadequação técnica, entre outros.
- ➔ *Prazo para Veto*: Após a aprovação de um projeto de lei pela Assembleia da República, o Presidente da República tem um prazo de 20 dias para tomar uma decisão sobre o veto. Esse prazo pode ser estendido por mais 20 dias em casos excecionais.
- ➔ *Sanção Tácita*: Em Portugal, ao contrário do Brasil, não há a possibilidade de sanção tácita. Isso significa que o Presidente deve tomar uma decisão ativa sobre o veto dentro do prazo estipulado. Se o Presidente não tomar uma decisão no prazo, o projeto de lei é considerado promulgado automaticamente.
- ➔ *Análise do Veto*: Se o Presidente da República vetar um projeto de lei, o texto volta para a Assembleia da República para revisão. A Assembleia pode decidir acatar o veto e fazer as alterações necessárias no projeto ou pode rejeitar o veto por uma maioria absoluta de votos. Se o veto for rejeitado, o projeto de lei torna-se lei contra a vontade do Presidente.

O veto por inconstitucionalidade é um importante modelo de freios e contrapesos, sendo uma prerrogativa do Presidente da República para impedir a promulgação e entrada em vigor de uma lei aprovada pela Assembleia da República quando ele considera que essa lei viola a Constituição da República Portuguesa.

O veto por inconstitucionalidade está previsto na Constituição da República Portuguesa, nomeadamente no seu artigo 136.º. Segundo esse artigo, o Presidente da República pode vetar um diploma legal, total ou parcialmente, quando entender que ele é inconstitucional, por considerar que viola preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição, como Direitos fundamentais, princípios gerais da organização do Estado ou qualquer outra norma constitucional. A inconstitucionalidade pode ser formal (relacionada com procedimentos legislativos) ou material (relacionada com o conteúdo da lei), e seu prazo também é de 20 dias.

Caso o Presidente vete um diploma com base na inconstitucionalidade, ele é enviado novamente à Assembleia da República para revisão. A Assembleia pode, então, confirmar o

Maia, 26-07-2023. Disponível em: <https://www.publico.pt/2023/07/26/politica/noticia/presidente-republica-ja-usou-veto-politico-27-vezes-2058287>. [Consult. em 24-10-2023]].



veto e fazer as correções necessárias para tornar o diploma constitucional ou pode rejeitar o veto por uma maioria de dois terços dos deputados presentes, tornando o diploma lei, mesmo contra a objeção do Presidente.

Se persistir a discordância entre o Presidente da República e a Assembleia da República, o Presidente pode submeter o diploma ao Tribunal Constitucional, que analisará a sua constitucionalidade. O Tribunal Constitucional emitirá uma decisão final sobre a constitucionalidade do diploma.

Dispõe ainda o Presidente da República Portuguesa da prerrogativa de duvidar da constitucionalidade de um diploma e, em vez de vetá-lo, pode optar por solicitar a fiscalização preventiva⁴⁴² da sua constitucionalidade ao Tribunal Constitucional. Vale rememorar que um grande exemplo dessa fiscalização preventiva pelo Tribunal Constitucional Português é a legislação do casamento homoafetivo.

O Presidente da República de Portugal pode dissolver o parlamento, fato nominado como “a bomba atômica Presidencial” por Kafft Kosta.⁴⁴³ Esse poder de dissolução encontra tão somente limites temporais, não pode ser dissolvido 6 meses após as eleições nem nos 6 meses antecedentes às eleições. Até 2021, houve oito dissoluções, a primeira em 1979, depois 1983, 1985, 1987, 2001, 2002, 2004, 2011 e 2021.

Note-se que em geral os sistemas modernos estão estruturados sob a forma de uma democracia representativa, sendo a premissa essencial de que os governantes devem agir em lugar dos governados. Dito de outra forma, o poder popular não dá o Direito de o cidadão governar, mas sim de que aqueles eleitos estejam autorizados a impedir o arbítrio do governante e estabelecer normas capazes de manter a sociedade em harmonia.

Em termos de poder legislativo, é importante rememorar que o poder não é legítimo simplesmente por ter sido eleito por meio de eleições livres, mas sim por favorecer a participação ativa dos cidadãos na vida política, por respeitar e contribuir com o pluralismo político e por elaborar normas que cumpram as promessas da Constituição.⁴⁴⁴

⁴⁴² Submeteu até agora, no total, seis decretos para fiscalização preventiva, que resultaram em quatro vetos por inconstitucionalidade. O último pedido ao TC foi em janeiro deste ano, sobre as associações públicas Profissionais, mas acabaria por promulgar o decreto da Assembleia da República, porque o TC se pronunciou favoravelmente ao diploma (SOUSA, Marcelo Rebelo – Presidente da República já usou o veto político 27 vezes).

⁴⁴³ KOSTA, Emilio Kafft – **Sistemas de governo na lusofonia: zonas e relações de Poder**. Reimp. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 228.

⁴⁴⁴ GONZÁLEZ, José Luis – Los órganos constitucionales del Estado. In CATOIRA, Ana María [et al.] – **Valores cívicos y cultura constitucional**. Madrid: Dilex, 2022. p. 217-259, p. 226.



A compreensão da legitimidade no contexto da democracia moderna tem sido historicamente centrada em princípios e procedimentos formais que buscam garantir a legalidade e a validade dos processos políticos.

No entanto, essa abordagem exclusivamente formal, embora seja essencial para a estabilidade das instituições democráticas, muitas vezes negligencia a dimensão social e valorativa da comunidade política e subestima a necessidade de instrumentos alternativos de participação popular para alcançar uma verdadeira democracia substancial. Além disso, as instituições político-jurídicas da modernidade têm demonstrado dificuldade em lidar com as crescentes demandas e complexidades da sociedade contemporânea, o que coloca em xeque sua capacidade de legitimar o exercício do poder político.

A tradição democrática moderna tem enfatizado a importância de procedimentos como eleições livres e justas, separação de poderes e o Estado de Direito como pilares fundamentais da democracia. Esses princípios formais são fundamentais para evitar a arbitrariedade do poder e garantir a proteção dos Direitos individuais dos cidadãos.

No entanto, uma ênfase excessiva na forma pode obscurecer a substância da democracia, que é a capacidade de os cidadãos participarem ativamente no processo político e moldarem as políticas de acordo com suas necessidades e valores.

Em uma sociedade cada vez mais complexa e pluralista, a mera representação política muitas vezes se mostra insuficiente para lidar com as diversas demandas da sociedade civil. A representação política, baseada em eleições periódicas, pode levar à formação de elites políticas distantes das preocupações e necessidades reais dos cidadãos. Isso resulta em uma lacuna entre a classe política e a sociedade, o que mina a legitimidade do sistema democrático.

José Afonso da Silva explica que “o representante não está vinculado aos seus eleitores, de quem não recebe instrução alguma, e se receber não tem obrigação jurídica de atender, e a quem, por tudo isso, não tem que prestar contas, juridicamente falando, ainda que politicamente o faça, tendo em vista o interesse na reeleição. Afirma-se, a propósito, que o exercício do mandato decorre de poderes que a Constituição confere ao representante, que lhe garante a autonomia da vontade, sujeitando-se apenas aos ditames da sua consciência”⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 123.

Há, notoriamente, uma crise no poder legislativo representativo, sendo um fenómeno que tem afetado muitas democracias ao redor do mundo nas últimas décadas. Esse tipo de crise pode ser caracterizado por uma série de desafios e problemas que minam a eficácia e a legitimidade das instituições legislativas, bem como a confiança dos cidadãos nelas.

Uma das principais manifestações da crise no poder legislativo representativo é a crescente desconfiança⁴⁴⁶ do público em relação aos seus representantes eleitos. Os eleitores muitas vezes acreditam que os políticos não os representam adequadamente e que estão mais preocupados com seus próprios interesses do que com os interesses do povo.

A polarização⁴⁴⁷ política extrema é um dos fatores que contribuem para a crise legislativa. Quando os legisladores se dividem em linhas partidárias rígidas e não conseguem chegar a compromissos e acordos, isso leva a um impasse legislativo e à paralisia do sistema.

Escândalos de corrupção^{448,449} e falta de ética no poder legislativo minam a confiança dos cidadãos nas instituições democráticas. Quando os eleitores veem seus representantes envolvidos em casos de corrupção, isso abala ainda mais a fé no sistema.

Em algumas democracias, os sistemas eleitorais podem não refletir adequadamente a diversidade da população. Isso pode resultar em legislaturas que não representam de forma equitativa grupos étnicos, de género ou outras minorias, o que leva a uma sensação de exclusão e alienação.

A incapacidade do poder legislativo de aprovar leis importantes e abordar questões prementes pode levar à frustração pública. Isso muitas vezes ocorre devido à polarização política, à obstrução legislativa e a disputas partidárias.

Em resposta à crise no poder legislativo representativo, alguns eleitores podem se voltar para líderes populistas⁴⁵⁰ que prometem soluções rápidas e simples para os problemas.

⁴⁴⁶ Ver: TORTELLA, Tiago – Pesquisa mostra que 24% das pessoas confiam no Congresso Nacional. **CNN Brasil** [Em linha]. São Paulo, 01-02-2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/pesquisa-mostra-que-24-das-pessoas-confiam-no-congresso-nacional/>. [Consult. em 27-10-2023].

⁴⁴⁷ Ver: BPI RESEARCH – Polarização política: o fenómeno que deveria estar na boca de todos. **Dossier: as causas da polarização política** [Em linha]. (Maio 2019), p. 29-36. Disponível em: https://www.bancobpi.pt/nocachecontent/conn/UCM/uuid/dDocName:PR_WCS01_UCM01098091. [Consult. em 27-10-2023].

⁴⁴⁸ Ver: SOUSA, Luis de; COROADO, Susana – Corrupção política em Portugal. In FERNANDES, Jorge M.; MAGALHÃES, Pedro C.; PINTO, António Costa – **O essencial da política portuguesa**. Lisboa: Tinta-da-China, 2023. p. 712-730.

⁴⁴⁹ Ver: TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – **Índice de percepção da corrupção 2022** [Em linha]. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2022>. [Consult. em 27-10-2023].

⁴⁵⁰ Ver entre outros: INNERARITY, Daniel – **A política em tempos de indignação: A frustração popular e os riscos para a democracia**. Rio de Janeiro: LeYa, 2017; TORRE, Carlos de la – **Populismo: una inmersión**

Isso pode minar ainda mais a estabilidade democrática e enfraquecer as instituições legislativas tradicionais.

A ascensão das redes sociais⁴⁵¹ e da *media* digital também desempenha um papel na crise legislativa, uma vez que as informações falsas e a polarização podem se espalhar rapidamente em linha, tornando ainda mais difícil para os legisladores alcançar consensos e construir políticas baseadas em evidências.

Outro fator que contribui para a corrosão do legislativo representativo é o abuso do poder de legislar. Há vários fatores que caracterizam essa forma de agir; isso remonta inclusive às lições do nazi-fascismo do quão perigoso é o formalismo positivista, por isso “o Direito não pode ser concebido apenas na norma válida (emanada de autoridade constitucional competente) e eficaz (em sentido jurídico e social). Para atender à necessidade de justiça, exige-se que a norma seja também correta (ou seja, que produza resultados eticamente aceitáveis)”⁴⁵².

O abuso é caracterizado pelo exercício irregular de determinado poder, é o uso manipulado, que foge à finalidade afastando-se dos motivos determinantes. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, “dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal”⁴⁵³.

Ademais, em uma democracia, os legisladores devem representar os interesses e vontades do povo. O abuso do poder de legislar, como a aprovação de leis sem consulta adequada ou a supressão da oposição política, pode prejudicar a integridade do sistema democrático.

rápida. Barcelona: Tibidabo, 2017; TODOROV, Tzvetan – **Os inimigos íntimos da democracia.** Lisboa: Edições70, 2017; MOUNK, Yascha – **El Pueblo contra la democracia: Por qué nuestra libertad está en peligro y como salvarla;** NAVARRO, Fernando; SICHAR, Gonzalo; CUERDA, Esther – **El delirio nihilista: un ensayo sobre los totalitarismos, nacionalismos y populismos.** Málaga: Última Línea, 2018.

⁴⁵¹ Ver entre outros: CASTELLS, Manuel – **Ruptura: a crise da democracia liberal.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018; *id.* – **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura.** São Paulo: Paz e Terra, 2018. Vol. 2; *id.* – **Redes de indignação e esperança. Movimentos sociais na era da internet.** Rio de Janeiro: Zahar, 2013; LASSALLE, José María – **Ciberleviatán: el colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital.** Barcelona: Arpa, 2019.

⁴⁵² NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do – **Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália.** Petrópolis: Lumen Juris, 2004, p. 142.

⁴⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.407/DF.** Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 07-03-1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 24-11-2000, p. 19-20, p. 19-20.



Essa representação dos interesses e vontades do povo, por evidente, sofre uma influência expressiva da comunicabilidade dos movimentos sociais do século XXI. Entretanto, a aspiracional legislativa em vista do carácter sufragista apresenta sempre uma tendência de acolher questões majoritárias, isto é, movimentos sociais que resultam em grupos de pressão, mas que não geram polémicas, possivelmente despreocupando-se com as minorias.

Um exemplo bastante evidente dessa assertiva, no caso brasileiro, são as emendas de revisão ocorridas no ano de 1994, quando não houve nenhuma modificação de Direitos fundamentais, sociais, humanos, identitários ou estruturais da sociedade brasileira. Basicamente, as alterações concentraram-se em questões eleitorais e em pequena adequação quanto à nacionalidade.

Entretanto, há exemplos mostrando que os movimentos sociais impactaram diretamente no processo legislativo. A Lei Maria da Penha^{454,455,456} é uma importante medida no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Promulgada em 2006, essa lei trouxe avanços significativos na proteção dos Direitos das mulheres e na punição dos agressores. Os movimentos sociais desempenharam um papel fundamental na conceção, elaboração e implementação da Lei Maria da Penha, e seu impacto foi profundo e duradouro.

⁴⁵⁴ Lei 11.340/2006.

⁴⁵⁵ Entendemos que entre outros pontos essa lei tem como fundamento constitucional:

- ➔ Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Artigo 1º, III, da Constituição Federal): A Lei Maria da Penha é uma expressão direta da promoção da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Constituição Brasileira. Ela reconhece que as mulheres têm o Direito fundamental de viver livres de violência em seus lares e relacionamentos familiares.
- ➔ Princípio da Igualdade (Artigo 5º, I, da Constituição Federal): A Constituição Federal estabelece a igualdade entre homens e mulheres como um dos Direitos fundamentais. A Lei Maria da Penha visa garantir que as mulheres tenham acesso à mesma proteção legal e à mesma aplicação da lei que os homens quando se trata de violência doméstica e familiar.
- ➔ Princípio da Não Discriminação (Artigo 3º, IV, da Constituição Federal): A discriminação de género é estritamente proibida pela Constituição. A Lei Maria da Penha foi criada para combater a violência de género, reconhecendo que as mulheres historicamente foram vítimas de discriminação e violência baseadas em seu sexo.
- ➔ Princípio da Proteção à Família (Artigo 226 da Constituição Federal): A Lei Maria da Penha não visa enfraquecer a instituição familiar, mas, sim, proteger as famílias contra a violência doméstica. Ela reconhece que a violência doméstica e familiar é prejudicial ao bem-estar da família, portanto sua prevenção e punição são medidas necessárias para a preservação da família como uma unidade saudável.
- ➔ Princípio da Segurança (Artigo 144 da Constituição Federal): A Constituição Federal estabelece a responsabilidade do Estado em garantir a segurança dos cidadãos. A Lei Maria da Penha coloca a responsabilidade sobre o Estado para garantir a segurança das mulheres em situações de violência doméstica, o que inclui a concessão de medidas protetivas e a punição eficaz dos agressores.

⁴⁵⁶ De forma ampla merece consulta: HAMMERSCHMIDT, Denise – **Tratado dos Direitos das mulheres**. 3.ª ed. Curitiba: Juruá, 2023.

Antes da Lei Maria da Penha, a violência doméstica era frequentemente tratada como um assunto privado, e as mulheres vítimas de agressões enfrentavam muitos obstáculos para buscar justiça. Elas frequentemente sofriam em silêncio, com medo de represálias e estigmatização social. Os movimentos sociais foram fundamentais para expor essa realidade oculta e para pressionar o Estado a tomar medidas eficazes para combater a violência de género.

Os primeiros movimentos de mulheres que lutaram contra a violência doméstica no Brasil datam das décadas de 1970 e 1980. Eles eram compostos por feministas, acadêmicas, assistentes sociais e ativistas que perceberam a necessidade de criar um ambiente seguro e acolhedor para as mulheres vítimas de violência.

Esses grupos não apenas ofereciam apoio psicológico e jurídico, mas também começaram a reunir dados e estatísticas sobre a violência doméstica, fornecendo uma base sólida para argumentar em favor de uma legislação mais rigorosa.

À medida⁴⁵⁷ que esses movimentos ganharam força, maior foi a conscientização sobre a violência doméstica e a pressão sobre o governo para tomar medidas. O caso de Maria da

⁴⁵⁷ Tanto no Brasil quanto em Portugal, houve uma série de movimentos sociais e civis focados nos Direitos das mulheres. Objetivamente podem ser destacados os seguintes movimentos sociais organizados: Vamos olhar algumas dessas organizações:

Brasil

Anos 1970.

- **CFL (Centro Feminista de Estudos e Assessoria)**: criado no final dos anos 70, foi uma das primeiras organizações a promover estudos feministas e a defender os Direitos das mulheres no Brasil.
- **Grupo Feminista de São Paulo**: um dos primeiros grupos a se organizar em torno das questões feministas, marcando o ressurgimento do movimento feminista no período.

Anos 1980.

- **CFEMEA (Centro Feminista de Estudos e Assessoria)**: fundado em 1989, teve um papel importante na luta pelos Direitos das mulheres, especialmente no âmbito legislativo e de políticas públicas.
- **REDEH (Rede de Desenvolvimento Humano)**: focada na promoção dos Direitos humanos das mulheres, teve uma atuação relevante na educação e na formação feminista.

Anos 1990.

- **Geledés - Instituto da Mulher Negra**: fundado em 1988, mas com forte atuação nos anos 90, tornou-se referência na luta contra o racismo e o sexismo, focando na mulher afro-brasileira.
- **SOS Corpo - Instituto Feminista para a Democracia**: com forte atuação no Nordeste, foca em questões relativas aos Direitos sexuais e reprodutivos, bem como na luta contra a violência de género.

Portugal

Anos 1970.

- **Movimento Democrático de Mulheres (MDM)**: criado ainda durante o Estado Novo, tornou-se mais ativo após a Revolução dos Cravos. O MDM foi uma das principais organizações feministas, focando em diversos Direitos das mulheres.

Anos 1980 e 1990.

- **UMAR (União de Mulheres Alternativa e Resposta)**: Fundada em 1976, a UMAR foi uma organização feminista interseccional que se destacou por sua atuação em diversas frentes, incluindo educação, violência contra mulheres e Direitos reprodutivos.



Penha Maia Fernandes foi um marco crucial nesse processo. Maria da Penha foi vítima de tentativa de homicídio por parte de seu marido, que a deixou paraplégica. Ela travou uma batalha legal de quase 20 anos para ver seu agressor condenado, e essa luta se tornou um símbolo da necessidade de uma legislação mais eficaz. Os movimentos sociais apoiaram Maria da Penha em sua busca por justiça e usaram seu caso como uma bandeira para a causa mais ampla da luta contra a violência de gênero.

A pressão dos movimentos sociais e da sociedade civil resultou na criação da Lei Maria da Penha, que foi sancionada em agosto de 2006. Essa lei trouxe várias inovações importantes para o sistema jurídico brasileiro, incluindo a criação de medidas protetivas de urgência, a proibição de transações penais nos casos de violência doméstica e a garantia de que os agressores sejam presos em flagrante ou preventivamente. Além disso, a lei reconhece a violência doméstica como uma violação dos Direitos humanos das mulheres e estabelece mecanismos para sua prevenção e combate.

Os movimentos sociais desempenharam um papel crucial na conscientização pública sobre a Lei Maria da Penha e na sua implementação. Eles organizaram campanhas de educação e conscientização, treinaram profissionais de saúde, juristas e policiais sobre como lidar com casos de violência doméstica e pressionaram por políticas públicas mais abrangentes para combater o problema. Além disso, eles continuaram a monitorar a aplicação da lei e a denunciar casos de negligência ou omissão por parte das autoridades.

O impacto dos movimentos sociais na Lei Maria da Penha fica evidente nos números. Desde a promulgação da lei, houve aumento significativo no número de denúncias de violência doméstica, indicando que as mulheres estão mais dispostas a buscar ajuda e justiça. Além disso, o sistema de justiça tem sido mais eficaz na responsabilização dos agressores, e a sociedade em geral está mais sensibilizada para a gravidade do problema da violência de gênero.

Em Portugal, também se vivenciou questão similar oriunda dos movimentos sociais, que culminaram com a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro. Essa é a principal legislação que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas. Essa lei representa um marco importante na abordagem do problema da violência doméstica no país, proporcionando um quadro legal abrangente e

→ **Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres (CIDM):** Embora mais ligada ao governo do que uma ONG tradicional, a CIDM, fundada em 1977, foi crucial na promoção de políticas de igualdade de gênero.



específico para o enfrentamento dessa questão. Eis as principais características e disposições da Lei n.º 112/2009:

Definição de Violência Doméstica: A lei define violência doméstica como qualquer ato ou omissão de violência (física, sexual, psicológica ou económica) que ocorra no seio familiar, independentemente do espaço físico onde se manifeste, e que resulte, ou possa resultar, em dano físico ou psíquico à vítima.

Tipificação como Crime Público: A violência doméstica é classificada como um crime público em Portugal, o que significa que o processo criminal pode ser iniciado pelo Ministério Público, independentemente da queixa da vítima.

Medidas de Proteção às Vítimas: A lei prevê uma série de medidas de proteção às vítimas, como ordens de restrição e afastamento do agressor, apoio psicológico, jurídico e social, e o Direito a alojamento em casa abrigo ou outro local seguro.

Apoio às Vítimas: Estabelece-se a criação de estruturas de atendimento e acompanhamento de vítimas, bem como a promoção de medidas de apoio reabilitativo para agressores.

Sensibilização e Educação: A lei também prevê ações de sensibilização, educação e formação de profissionais em diversas áreas para lidar de forma mais eficaz com a problemática da violência doméstica.

Cooperação entre Serviços: Enfatiza a necessidade de cooperação entre diferentes entidades e serviços (saúde, educação, segurança social, forças de segurança) na proteção e assistência às vítimas.

Agravamento das Penas: A lei estabelece um agravamento das penas aplicáveis em caso de violência doméstica, dependendo da gravidade das consequências para a vítima.

A Lei n.º 112/2009 tem sido objeto de várias alterações ao longo dos anos, buscando adaptar e melhorar o quadro legal e a resposta institucional e social a essa grave problemática. Essas mudanças refletem a evolução da consciência social sobre a violência doméstica em Portugal e o esforço contínuo para a sua erradicação.

Observa-se que a vicissitude oriunda da aspiracional legislativa pode advir, também, da interpretação constitucional legislativa. Anna Candida da Cunha Ferraz explica que “A Constituição toma sentido concreto e efetivo através do conjunto de normas que se destinam a aplicá-la. O arcabouço jurídico montado pela legislação indica, na verdade, os rumos que as normas constitucionais e, conseqüentemente, os valores, fins e princípios nelas embutidos,



tomam na vida do País. Daí poder-se dizer, com segurança, que é difícil conhecer adequadamente a Constituição de um país sem conhecer a legislação infraconstitucional que a põe em movimento”⁴⁵⁸.

A interpretação constitucional legislativa, inserida no âmbito da hermenêutica jurídica, é uma vertente fundamental para a compreensão e aplicação do Direito Constitucional. Essa modalidade de interpretação não apenas esclarece, mas também conforma e adapta o texto constitucional às necessidades e realidades de uma sociedade em constante evolução, funcionando como ponte entre a norma constitucional e sua efetiva aplicação prática.

Trata-se de intrínseca função do Poder Legislativo. Que não apenas cria novas leis, mas frequentemente interpreta a Constituição para determinar a abrangência, os limites e o sentido das normas constitucionais.

Leis ordinárias, leis complementares e leis orgânicas são os principais veículos por meio dos quais a interpretação constitucional legislativa se manifesta. Essas leis, ao regulamentarem dispositivos constitucionais, exemplificam a aplicação prática da interpretação constitucional pelo Legislativo.

A interpretação legislativa não ocorre em um vácuo. Ela interage e, muitas vezes, entra em conflito com as interpretações realizadas pelos Poderes Executivo e Judiciário. O Poder Judiciário, em particular, tem a função de revisão dessas interpretações, podendo declarar a inconstitucionalidade de leis que, em sua visão, desvirtuem a Constituição.

A interpretação constitucional realizada pelo Legislativo é essencial para a concretização das normas constitucionais. Ao transformar preceitos abstratos em normas claras e aplicáveis, ela torna a Constituição um documento vivo e efetivo.

Wellington Márcio Kubliskas explica que, “Dependendo da estrutura e da exaustividade de cada Carta Magna, a interpretação constitucional legislativa assume maior ou menor importância. As Constituições mais sintéticas ou mesmo algumas analíticas que se limitam a traçar diretrizes de atuação ao intérprete nas matérias por elas regidas – questões sociais, econômicas, ecológicas etc. – quase sempre deixam grande espaço de discricionariedade ao intérprete/legislador para que este desenvolva os conteúdos previstos constitucionalmente”⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha – **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**, p. 66.

⁴⁵⁹ KUBLISKAS, Wellington Márcio – **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**, p. 121.

Por meio de leis que interpretam a Constituição, o Legislativo tem o poder de adequar o texto constitucional às mudanças sociais, económicas e tecnológicas, garantindo sua relevância e aplicabilidade ao longo do tempo, de forma que, “como as leis vão mudando a feição da Constituição, imprimindo-lhe novos significados, conteúdo renovado, alcance mais amplo ou restrito”⁴⁶⁰.

Peter Häberle explica que “o legislador cria uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade da Constituição”⁴⁶¹.

Exemplo significativo de uma lei em Portugal que foi editada fruto de movimentos sociais é a legislação relativa ao uso de animais em circos, Lei n.º 20/2019, de 22 de fevereiro. A proibição do uso de animais selvagens em circos reflete uma crescente consciência e sensibilidade em relação aos Direitos dos animais e às questões de bem-estar animal, moldada fortemente pelos movimentos sociais.

Com o passar dos anos, a sociedade portuguesa, na esteira de uma tendência global, começou a desenvolver maior consciência sobre o bem-estar dos animais. Essa mudança de atitude incluiu uma crescente oposição ao uso de animais em circos, principalmente animais selvagens, devido às preocupações sobre as condições de vida, tratamento e o impacto psicológico e físico sobre os animais envolvidos.

Movimentos de defesa dos Direitos dos animais⁴⁶², juntamente com uma parcela significativa da população, começaram a pressionar por uma legislação que proibisse o uso de animais selvagens em circos. Campanhas públicas, petições e manifestações foram alguns dos métodos utilizados para sensibilizar o público e os legisladores.

⁴⁶⁰ DIAS, Cibele Fernandes – **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 108.

⁴⁶¹ HÄBERLE, Peter – **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**, p. 27.

⁴⁶² Entre outras organizações, ver: MIDAS. Movimento Internacional para a Defesa dos Animais – [Em linha]. Matosinhos, 2024. Disponível em: <https://www.associacaomidas.org/>. [Consult. em 24-09-2024].



A implementação da lei também envolveu planos para a realocação e reabilitação dos animais anteriormente usados em circos, mostrando uma preocupação não só com a proibição, mas também com as consequências práticas da medida.

A proibição do uso de animais selvagens em circos é um bom exemplo de como a legislação pode evoluir em resposta a mudanças nas atitudes sociais e à pressão popular. Essa lei reflete um compromisso ético crescente com o tratamento dos animais e uma sensibilidade mais acentuada às questões de bem-estar animal.

A lei que proíbe o uso de animais selvagens em circos em Portugal, enquanto medida específica, não tem uma ligação direta e explícita com um artigo específico da Constituição Portuguesa. No entanto, é possível relacioná-la a princípios constitucionais mais amplos e à evolução da interpretação da Constituição em face de novas realidades sociais e éticas.

Note-se que a Constituição Portuguesa, especificamente no artigo 66.º, estabelece a responsabilidade do Estado na promoção do bem-estar social e a qualidade de vida do povo português, incluindo a proteção do ambiente e manutenção do equilíbrio ecológico.

A preocupação com o bem-estar dos animais, constante da Lei n.º 20/2019, deve ser vista como parte integrante dessa responsabilidade mais ampla, consagrando uma vicissitude no sentido de que a proteção do ambiente também engloba uma atitude ética e responsável em relação aos animais.

Essa interpretação não só configura a norma constitucional dentro de uma estrutura jurídica operacional, mas também garante que a supremacia da Constituição seja mantida em meio às transformações sociais, culturais e políticas.

Em certas situações, os movimentos sociais não atingem seus objetivos devido ao desejo da maioria dos eleitores por resultados diferentes. Quando essa maioria eleitoral se mostra grande e firme em suas opiniões sobre políticas específicas, menor é a influência dos movimentos sociais para provocar alterações na legislação; também quando determinadas matérias fogem do interesse do Estado, a aspiracional legislativa tende a optar por saídas não efetivas⁴⁶³, por exemplo.

No século XXI, os movimentos sociais introduzem aspetos que expandem a politização no dia a dia, estabelecendo, junto à sociedade civil, um domínio público que vai

⁴⁶³ Exemplo disso é a questão de tornar crime hediondo a corrupção no Brasil. Em 2011, foi apresentado Projeto de Lei nesse sentido, invocando como argumento central a efetividade da Constituição. Durante os movimentos sociais de 2013 (Jornadas de Junho), o projeto foi aprovado no Senado e encaminhado para a Câmara de Deputados; entretanto, até outubro de 2023 ainda não havia sido votado.



além dos limites burocráticos do Estado liberal. Essa nova dinâmica fomenta a democracia participativa e propicia uma inédita interação entre o Estado e o poder popular.

Os movimentos sociais do século XXI contribuem não apenas para a criação de novos âmbitos políticos e a inclusão de novos participantes nesse cenário, mas também dão ênfase a temas culturais e aos Direitos culturais desses novos agentes.

Diferentemente dos movimentos clássicos, que priorizavam quase exclusivamente as questões de trabalho e remuneração em suas buscas por reformas sociais abrangentes, os movimentos atuais realçam a importância dos Direitos culturais.

Conforme aponta Touraine⁴⁶⁴, essa mudança não diminui a relevância das questões de desemprego e salários. Em vez disso, enfatiza que a emergência de novos atores sociais e, conseqüentemente, o revigoramento da esfera pública, estão frequentemente atrelados às demandas por Direitos culturais. Estas lutas, mais do que as que confrontam diretamente a lógica liberal, são consideradas verdadeiramente como movimentos sociais.

No entanto, é crucial destacar que, apesar do recente foco em questões culturais, as reivindicações económicas continuam sendo fundamentais para os movimentos sociais, especialmente em países com históricas desigualdades económicas. Nessas nações, as lutas por melhoria nas condições materiais de vida ainda são imprescindíveis e não devem ser vistas como secundárias em comparação às pautas culturais.

Inegável que a evolução do conceito de democracia nas últimas décadas reflete um esforço contínuo para além de uma mera formalidade institucional. As transformações sociais e políticas do século XXI abriram caminho para o surgimento e fortalecimento de uma democracia mais substantiva, que transcende os limites dessa visão tradicional.

A democracia substancial representa um salto qualitativo no envolvimento cívico. Ao contrário da forma formal, que se limita principalmente à realização de eleições periódicas, a democracia substancial é caracterizada por uma participação mais profunda, contínua e significativa dos cidadãos na política. Essa modalidade de democracia se esforça para incorporar as diversas vozes da população no processo decisório, assegurando que as necessidades e desejos da sociedade sejam realmente atendidos.

Instrumentos⁴⁶⁵ como consultas populares, orçamentos participativos, plebiscitos, referendos⁴⁶⁶ e outras formas de democracia direta são exemplos práticos dessa abordagem

⁴⁶⁴ TOURAINE, Alain – **Igualdade e Diversidade: o sujeito democrático**. São Paulo: EDUSC, 1998, p. 37-44.

⁴⁶⁵ Compreendidos como soberania popular/técnicas de participação democrática.



mais engajada⁴⁶⁷. Esses mecanismos permitem que os cidadãos não apenas expressem suas opiniões em assuntos de relevância nacional ou local, mas também participem ativamente na formulação e na implementação de políticas públicas.

A democracia substancial, portanto, se manifesta não apenas na implementação dessas ferramentas, mas também em uma mudança mais ampla na cultura política. Envolve uma conscientização e empoderamento dos cidadãos, incentivando-os a participar ativamente nas decisões que afetam suas vidas e suas comunidades. Isso implica maior transparência governamental, responsabilidade dos líderes eleitos e um espaço político mais inclusivo e representativo.

Movimentos sociais do século XXI, fortalecidos com as ferramentas de tecnologia da informação e comunicação, estão no centro dessa transformação. Eles usam plataformas digitais para mobilização, conscientização e organização de campanhas em torno de questões políticas, sociais e ambientais. A capacidade desses movimentos de influenciar o debate público e moldar a agenda política é um testemunho do poder da democracia substancial.

4.2.1 A aspiracional legislativa e o viciar o confronto social

Não pode passar sem registro que a aspiracional legislativa pode apresentar uma inconsistência, à medida que o Estado, por meio do poder legislativo e executivo, tende a “viciar” o confronto social, que é uma alusão ao processo pelo qual as entidades estatais podem, intencional ou inadvertidamente, influenciar ou mesmo enfraquecer a dinâmica dos movimentos sociais. Esse fenómeno pode ser examinado sob várias perspectivas, incluindo a teoria dos campos de Pierre Bourdieu⁴⁶⁸ e a noção de hegemonia de Antonio Gramsci⁴⁶⁹.

No coração dessa questão está a relação entre o Estado e a sociedade civil, que é frequentemente caracterizada por uma complexa rede de interações. A sociedade civil é vista como o domínio das associações voluntárias, organizações não governamentais e movimentos sociais que atuam de forma independente das estruturas formais de poder político. É um espaço vital para o discurso público, para a articulação de interesses e para a promoção de mudanças sociais.

⁴⁶⁶ Ver: ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **A democracia semidirecta em Portugal**, p. 30-36.

⁴⁶⁷ Merece consulta: ALVES, Fernando de Brito – **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva como Direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 203-246.

⁴⁶⁸ BOURDIEU, Pierre – **Sobre o Estado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014; *id.* – **Intelectuales, política y poder**. 10.ª reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2017.

⁴⁶⁹ GRAMSCI, Antonio – **Odio a los indiferentes**. Barcelona: Ariel, 2017.



Contudo, essa relação pode ser alterada quando o Estado começa a intervir nos movimentos sociais. A interferência pode assumir várias formas: a institucionalização de movimentos por meio da sua integração em canais oficiais; a concessão de fundos que podem sujeitar as organizações a agendas políticas; ou mesmo a repressão e deslegitimação de movimentos considerados ameaçadores à ordem estabelecida. Com o tempo, essas táticas podem levar a uma bifurcação na sociedade civil:

- ➔ **Sociedade Civil “Íntima” do Estado:** esta faceta da sociedade civil inclui organizações e movimentos que estão de alguma forma integrados às estruturas do Estado ou que operam em estreita colaboração com ele. Frequentemente, esses grupos, que por vezes se valem de partidos políticos, têm maior acesso a recursos e podem ter suas agendas mais facilmente ouvidas e atendidas pelo aparato estatal. Eles podem se tornar canais por meio dos quais o Estado busca legitimar suas políticas ou amortecer demandas por mudanças mais radicais.
- ➔ **Sociedade Civil “Estranha” do Estado:** Por outro lado, existem elementos da sociedade civil que se mantêm autônomos ou até mesmo em oposição direta ao Estado. Esses grupos muitas vezes se engajam em formas de ativismo que desafiam as normas dominantes e buscam reformas substanciais. Sua relação com o Estado é muitas vezes caracterizada por tensões e, às vezes, por confrontos abertos. No entanto, eles podem enfrentar a marginalização e a falta de acesso a recursos, o que dificulta a realização de seus objetivos.

A desarticulação entre esses dois “tipos” de sociedade civil pode levar a uma série de problemas. Por um lado, pode-se argumentar que a sociedade civil “íntima” pode se tornar uma ferramenta para o Estado manter o *status quo*, perdendo a capacidade de promover mudanças significativas. Por outro lado, a sociedade civil “estranha” pode ser vista como portadora de transformações sociais genuínas, mas sua falta de integração pode limitar sua influência e alcance.

É importante considerar as consequências dessa dinâmica para a democracia e para a capacidade da sociedade em promover o bem-estar coletivo. Uma sociedade civil vibrante⁴⁷⁰ e

⁴⁷⁰ Chantal Mouffe argumenta que a pluralidade e o conflito são inerentes à política democrática, destacando a importância de uma sociedade civil vibrante para a democracia. Mouffe defende que a democracia requer espaços em que diferentes grupos e identidades possam expressar e contestar suas visões, dentro de um quadro de respeito mútuo e reconhecimento da legitimidade do adversário. Essa abordagem, chamada de *pluralismo agonístico*, sugere que uma sociedade civil ativa não apenas desafia o poder estatal, mas também



independente é essencial para a democracia, pois garante que uma diversidade de vozes e preocupações possa ser ouvida e atendida.

A “viciação” dos movimentos sociais pelo Estado, portanto, não apenas enfraquece a função crítica da sociedade civil, mas também pode comprometer os princípios democráticos de responsabilidade e participação.

Para mitigar esses problemas, é crucial fortalecer as capacidades da sociedade civil em ambos os aspetos, incentivando um equilíbrio onde grupos sociais possam atuar tanto dentro quanto fora das estruturas estatais, sem perder sua autonomia ou serem cooptados por agendas políticas. Isso requer um ambiente político que permita a coexistência de diferentes formas de ativismo civil e que respeite a independência e a crítica como elementos fundamentais de um Estado democrático e responsável.

4.2.2 A aspiracional legislativa e as medidas provisórias no Brasil

As medidas provisórias (MPs) são um instrumento importante no sistema político brasileiro, com potencial tanto para benefícios rápidos quanto para riscos significativos à democracia.

As Medidas Provisórias foram instituídas pela Constituição Federal de 1988 como uma nova espécie normativa, prevista no artigo 59.º: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções”.

Elas permitem ao Presidente da República adotar, em casos de relevância e urgência, normas com força de lei, conforme disciplina o artigo 62.º da Constituição Federal de 1988: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

Há limitações materiais quanto à edição de Medidas Provisórias, sendo vedado tratar de “a) nacionalidade, cidadania, Direitos políticos, partidos políticos e Direito eleitoral; b) Direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art.

contribui para a vitalidade da democracia, promovendo a inclusão e a participação. Ver: MOUFFE, Chantal – **Pensar el mundo políticamente**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.



167, § 3.º; II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III - reservada a lei complementar; IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República”.

Prevê a Constituição brasileira uma temporalidade estabelecendo que “§3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes”.

Essa disposição foi introduzida pela Emenda Constitucional n.º 32/2001, que objetivou dar solução ou conter o abuso do chefe do executivo nas sucessivas prorrogações de edições de medidas provisórias.⁴⁷¹

A Emenda Constitucional n.º 32/2001, entretanto, estabeleceu uma vitalidade às Medidas Provisórias que até aquele momento estavam em vigor, sem necessidade de nova edição/prorrogação e não impondo um lapso temporal para votação pelo Poder Legislativo. Existiam naquele momento sessenta e seis Medidas Provisórias pendentes, sendo que em 2014, portanto 13 anos após, ainda vigoravam cinquenta delas.⁴⁷²

De acordo com Rogério José Bento Soares do Nascimento, entre os anos de 1989 e 1994 “foram sancionadas 428 leis, 252 resultantes de projetos da iniciativa do Executivo e 176 da iniciativa do Legislativo, enquanto foram editadas 788 medidas provisórias”. Entre a Constituição Federal de 1988 e a Emenda Constitucional n.º 32/2001, “foram editadas 5.299 medidas provisórias, das quais 253 eram totalmente originais, 5.036 foram reeditadas e de todas: 2 foram rejeitadas, 5 perderam eficácia, 16 foram revogadas e 228 foram convertidas em lei”⁴⁷³.

⁴⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de – **Curso de Direito constitucional**, p. 342.

⁴⁷² OLIVEIRA, Guilherme – Cinquenta medidas provisórias de 2001 ainda estão válidas. **Senado Notícias** [Em linha]. Brasília-DF, 20-10-2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/10/20/cinquenta-medidas-provisorias-de-2001-ainda-estao-validas>. [Consult. em 07-11-2023].

⁴⁷³ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do – **Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália**, p. 189.

Figura 3 – Propostas aprovadas na 56ª Legislatura.⁴⁷⁴

PROPOSTAS APROVADAS NA 56ª LEGISLATURA

No Plenário					
	2019	2020	2021	2022	Total
Medida Provisória	23	53	38	54	168
Projeto de Decreto Legislativo	22	22	46	39	129
Proposta de Emenda à Constituição	6	4	9	15	34
Projeto de Lei	54	81	122	101	358
Projeto de Lei Complementar	4	9	16	8	37
Outros	15	10	15	54	94
Total	124	179	246	271	820

Em comissões					
	2019	2020	2021	2022	Total
Projeto de Lei	222	0	114	238	574
Projeto de Decreto Legislativo	242	0	294	250	786
Total	464	0	408	488	1.360

Arte: Agência Câmara

26/12/2022

Observa-se que, na *media*, cerca de 20% (vinte por cento) da produção legislativa entre os anos de 2019 e 2022 se deram por meio de Medida Provisória; em 2023, até o mês de novembro, foram editadas 39 Medidas Provisórias.⁴⁷⁵

Notório que um dos efeitos críticos da medida de urgência legislativa é que a não apreciação pelo Poder Legislativo no prazo de até quarenta e cinco dias, a serem contados da sua publicação, impõe o sobrestamento de todas as demais deliberações da casa em que estiverem tramitando, impondo, portanto, um ritmo legislativo de interesse do chefe do executivo.

⁴⁷⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS – Plenário da Câmara aprovou 271 propostas em 2022; confira os principais temas votados. **Agência Câmara de Notícias** [Em linha]. Brasília-DF, 26-12-2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/931562-plenario-da-camara-aprovou-271-propostas-em-2022-confira-os-principais-temas-votados/>. [Consult. em 07-11-2023].

⁴⁷⁵ BRASIL. Portal da Legislação – **Medidas Provisórias Posteriores à Emenda Constitucional nº 32** [Em linha]. Brasília-DF, 2024. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/2023-a-2026>. [Consult. em 07-11-2023].



Esse contorno ao processo legislativo torna-se possível principalmente porque o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao requisito de relevância e urgência é critério exclusivamente político, não cabendo ao Poder Judiciário tal avaliação.⁴⁷⁶

Não se desconhece que as medidas provisórias podem ser um instrumento vital para a governança eficiente, especialmente em situações de emergência; entretanto, seu uso precisa ser equilibrado e responsável, coibindo a utilização como atalho ao devido processo legislativo ou ainda para alterar o ritmo do Poder Legislativo.

As Medidas Provisórias, conforme observa-se, também estão bastante suscetíveis à pressão ou impacto dos movimentos sociais, evidentemente que em um contexto muito mais político e de interesses do chefe do executivo.

A Medida Provisória n.º 885/2019⁴⁷⁷, que tratou de dar efetividade à alienação de bens apreendidos por força do tráfico ilícito de entorpecentes, invoca para tanto A Constituição Federal, no seu artigo 243.º, parágrafo único, e permite que “Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”. Por sua vez, a Lei n.º 11.343, de 2006, permite ao juiz ordenar “a apreensão e outras medidas assecuratórias nos casos em que haja suspeita de que os bens, Direitos ou vantagens sejam produto do crime ou constituam proveito dos crimes previstos nesta Lei”.

A exposição de motivos traz dados do número de bens apreendidos bem como do ônus de sua manutenção, justificando inclusive uma melhora na gestão pública. Embora não conste expressamente da exposição de motivos o costume já solidificado na sociedade brasileira, quanto à lentidão judicial e impunidade criminal, o que é de conhecimento geral⁴⁷⁸, não pode se deixar passar a existência de movimento social cuja iniciativa foi proeminentemente estatal, contida no chamado pacote anticrime e nas dez medidas contra a corrupção.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ ADC n.º 11 MC/DF; ADI n.º 4.029/DF.

⁴⁷⁷ BRASIL. Presidência da República – Medida Provisória nº 885, de 2019 (Venda de bens apreendidos de traficantes) [Em linha]. Brasília-DF, 2019. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/137323>. [Consult. em 08-11-2023].

⁴⁷⁸ Retratado por exemplo em: HAAG, Carlos – A justiça da impunidade. **Pesquisa Fapesp** [Em linha]. Ed. 209 (07-2013). Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/a-justica-da-impunidade/>. [Consult. em 08-11-2023].

⁴⁷⁹ MPF. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – **10 medidas contra a corrupção** [Em linha]. Brasília-DF, 2024. Disponível em: <https://dezmedidas.mpf.mp.br/>. [Consult. em 08-11-2023].

Ao nosso sentir, tais movimentos são exemplos daquilo que mencionamos como viciar o confronto social, causando uma certa erosão em diversos outros movimentos.⁴⁸⁰

Outro exemplo foi a Medida Provisória n.º 881/2019⁴⁸¹, que tratou da chamada liberdade económica. A exposição de motivos invoca o fundamento constitucional do artigo 170.º, aduzindo que “Liberdade econômica, em termos não-científicos, é a extensão da conquista humana do Estado de Direito e dos Direitos humanos clássicos e todas as suas implicações, em oposição ao absolutismo, aplicada às relações econômicas”.

Observa-se, no período antecedente à Medida Provisória, movimentos sociais em prol da liberdade económica, de redução de carga tributária e de equilíbrio nas relações sociais^{482,483}; grande parte da Medida Provisória esteve apoiada em dados empíricos e científicos segundo a exposição de motivos.

É fácil a percepção de que a população brasileira estabeleceu um costume em considerar o Brasil um país com grande burocracia⁴⁸⁴, que a reduzida liberdade económica é um facilitador à corrupção⁴⁸⁵, entre outros pontos que são basilares na medida legislativa de urgência.

Referida Medida Provisória contou com razoável participação da sociedade por meio de consulta popular, indicando que 19.993 cidadãos votaram por sua aprovação, enquanto 21.851 por sua rejeição, evidenciando um confronto, o que, anote-se, é compreensível tendo

⁴⁸⁰ Ver: SENADO FEDERAL – Movimento negro pede rejeição do pacote anticrime do governo. **Agência Senado** [Em linha]. Brasília-DF, 12-06-2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/12/movimento-negro-pede-rejeicao-do-pacote-anticrime-do-governo>. [Consult. em 08-11-2023].

⁴⁸¹ BRASIL. Presidência da República – Medida Provisória nº 881, de 2019 (Liberdade Econômica). **Congresso Nacional** [Em linha]. Brasília-DF, 2019. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/136531>. [Consult. em 08-11-2023].

⁴⁸² ACIJS. Associação Empresarial de Jaraguá do Sul – Movimento defende Brasil com mais liberdade econômica e conservador nos costumes. **ACIJS em Rede** [Em linha]. Jaraguá do Sul, 07-03-2018. Disponível em: <https://acijs.com.br/movimento-defende-brasil-com-mais-liberdade-economica-e-conservador-nos-costumes/>. [Consult. em 08-11-2023].

⁴⁸³ MORTARI, Marcos – Flávio Rocha explica movimento “Brasil 200” e pede presidente liberal na economia e conservador nos costumes. **InfoMoney** [Em linha]. São Paulo, 18-01-2018. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/politica/flavio-rocha-explica-movimento-brasil-200-e-pede-presidente-liberal-na-economia-e-conservador-nos-costumes/>. [Consult. em 08-11-2023].

⁴⁸⁴ ALBUQUERQUE, Flávia – Flávio Rocha explica movimento “Brasil 200” e pede presidente liberal na economia e conservador nos costumes. **Agência Brasil** [Em linha]. Brasília-DF, 17-10-2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-10/pesquisa-mostra-que-84-da-populacao-considera-o-brasil-um-pais-burocratico>. [Consult. em 08-11-2023].

⁴⁸⁵ FRANÇA, Neifer – A corrupção e a liberdade econômica. **Antissuborno** [Em linha]. São Paulo, 14-07-2021. Disponível em: <https://antissuborno.com.br/liberdade-economica/>. [Consult. em 08-11-2023].

em vista alguns temas controvertidos, entre eles trabalhistas. Isso mais uma vez revela a comunicabilidade dos movimentos sociais, que obstaram o ‘trabalho aos domingos’.⁴⁸⁶

As Medidas Provisórias, no contexto do sistema político brasileiro, representam um instrumento de suma importância, atuando como balizador entre a eficiência governamental e a preservação dos valores democráticos. A história e o desenvolvimento das MPs, especialmente após a Emenda Constitucional n.º 32/2001, demonstram uma trajetória complexa, marcada tanto por avanços significativos quanto por desafios persistentes.

Por um lado, as MPs possibilitam uma resposta rápida e efetiva do Executivo em situações de urgência e relevância, atendendo às demandas imediatas da sociedade. Exemplos recentes, como as MPs n.º 885/2019 e 881/2019, ilustram como esse instrumento pode ser utilizado para endereçar questões prementes, refletindo tanto a necessidade de ação governamental ágil quanto a influência dos movimentos sociais.

No entanto, é imperativo que esse mecanismo seja empregado com discernimento e responsabilidade, evitando-se que se torne um substituto para o processo legislativo regular. O equilíbrio entre agilidade e rigor democrático é fundamental, assegurando que as MPs não apenas respondam a situações de emergência, mas também respeitem os princípios de representatividade e deliberação coletiva. A transparência nas motivações e justificativas para a emissão de cada MP e a efetiva participação social são essenciais para validar a legitimidade e eficácia dessas medidas.

Olhando para o futuro, é crucial que se mantenha um debate contínuo sobre o papel das MPs no sistema político brasileiro. A revisão e a reforma potencial desse instrumento devem ser consideradas, buscando um equilíbrio que maximize os benefícios das MPs, ao mesmo tempo em que se protege o tecido democrático do país. Afinal, as Medidas Provisórias, quando utilizadas de forma ponderada e equilibrada, podem servir como um valioso meio para a governança eficiente, alinhada aos interesses e ao bem-estar da população brasileira.

⁴⁸⁶ SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE JOINVILLE – **Pressão popular faz Senado recuar e tirar o trabalho aos domingos da MP 881** [Em linha]. Joinville, 22-08-2019. Disponível em: <https://www.metalurgicosjoinville.com.br/pressao-faz-senado-recuar-e-tirar-o-trabalho-aos-domingos-da-mp-881/>. [Consult. em 08-11-2023].

4.3 ASPIRACIONAL JUDICIAL

As vicissitudes, como já observado, podem ocorrer tanto pela aspiracional legislativa, quanto pela judicial. Convém, contudo, fazer alguns delineamentos de bases teóricas do assunto.

Um desses pensadores é Georg Jellinek, cujas ideias sobre a natureza e a função das Constituições permanecem fundamentais para a compreensão contemporânea do Direito constitucional. Jellinek, um jurista e filósofo do Direito alemão, prestou relevante colaboração à teoria das vicissitudes constitucionais, principalmente ao fazer uso da metodologia histórica, não apenas para descrever o fenómeno social, mas para procurar explicar suas formas vitais.⁴⁸⁷

Inicialmente, Jellinek estabelece a ideia de que as Constituições podem sofrer vicissitudes por meio de reformas que podem ocorrer objetivamente via processos de [1] Constituições serem ab-rogadas; [2] alterações formais; [3] alteração tácita por meio de leis infraconstitucionais.⁴⁸⁸

Ocorre que Jellinek passa a observar que a Constituição é omissa, e sempre será, em muitos pontos, o que impõe um “dever” de agir do legislativo e judiciário, de forma que as vicissitudes constitucionais, conforme entendida por Jellinek, referem-se à evolução orgânica e muitas vezes informal das Constituições ao longo do tempo. Essa evolução não é necessariamente refletida em mudanças textuais ou emendas formais, mas ocorre por meio da interação dinâmica entre a Constituição e a realidade social, política e jurídica em que está inserida.⁴⁸⁹

Procurando superar uma leitura positivista legalista, Jellinek passa a deslocar o foco de uma visão puramente textual da Constituição para uma que reconhece a influência vital dos fatos sociais e políticos na interpretação e aplicação da lei constitucional.

Adriano Sant’Ana Pedra explica o pensamento de Jellinek como a compreensão de que “o Direito é um compromisso de interesses diferentes e até mesmo opostos. Este compromisso é resultante não apenas das forças dos interesses, mas também do poder social dos interessados neles. Dessa forma, a modificação das forças reais das relações entre os

⁴⁸⁷ JELLINEK, Georg – **Reforma y mutación de la Constitución. Estudio preliminar: Pablo Lucas Verdú.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. XIII-XV

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁴⁸⁹ JELLINEK, Georg – **Reforma y mutación de la Constitución. Estudio preliminar: Pablo Lucas Verdú,** p. 23-33.



órgãos superiores do Estado se infiltra nas próprias instituições, até mesmo quando não houver sido modificada uma letra da Constituição”⁴⁹⁰.

Jellinek propôs a ideia da “força normativa da constituição”, um princípio que sugere que as Constituições possuem uma capacidade intrínseca de moldar e influenciar a ordem jurídica e social. Essa força não deriva apenas do seu carácter como lei suprema de uma nação, mas também da maneira como ela é percebida, interpretada e aplicada pelos atores jurídicos e pela sociedade. Jellinek argumenta que essa força normativa está, no entanto, em constante interação com a “força normativa do fato”, reconhecendo que as realidades práticas e as circunstâncias sociais podem influenciar, e frequentemente influenciam, a interpretação e a aplicação da Constituição.

Rudolph Smend, outro pensador alemão, propôs uma concepção de vicissitude constitucional, integrada à teoria integracionista, estabelecendo um ponto de intersecção entre o Direito constitucional e a teoria política. Essa abordagem também desafiará a rigidez do texto constitucional, propondo um modelo dinâmico e evolutivo de interpretação e aplicação das normas constitucionais: *“la constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del estado, es decir, su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado, y la constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso”*⁴⁹¹.

Smend considera a Constituição não como um ato de vontade estatal, mas sim lhe emprega um carácter político, colocando inclusive a Constituição como um poder acima do Estado. Ele toma como fundamentação sociológica o entendimento do Estado como uma comunidade de valores/realidade espiritual.⁴⁹²

A partir desse conjunto de ideias, Smend passa a desenvolver a teoria integracionista, que surge como uma resposta às limitações do positivismo jurídico e do formalismo na interpretação da Constituição. Essa teoria de forma sintética está estabelecida em três modos: integração pessoal, integração material e integração funcional.

⁴⁹⁰ PEDRA, Adriano Sant’Ana – **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 106.

⁴⁹¹ SMEND, Rudolf – **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 101.

⁴⁹² SOUSA, Inês Alves de; MARÓN, Manuel Fondevila – Divergências e convergências entre as teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse na interpretação dos Direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Vol. 9, n.º 1 (2017), p. 11-21, p. 15.



Smend apresenta, então, sua teoria da integração que, não obstante sua complexidade, pode ser descrita de três modos: [1] integração pessoal, consistente no processo político de liderança, que não é estático, mas sim uma realidade dinâmica e cultural; [2] material, estabelecida por meio de símbolos e conteúdos valorativos; e [3] funcional, que está relacionada com os instrumentos procedimentais, como eleições, competência de poderes, referendos e outros elementos de participação ou, melhor, de conformação da vontade comunitária.

Com base nessa integração é que Smend define que a Constituição de um país vai além do texto legal; ela é um processo vivo e dinâmico que integra continuamente a sociedade e o Estado. Segundo Smend, essa integração ocorre por meio de valores, normas e experiências compartilhadas, que são constantemente reinterpretadas e reavaliadas.

Smend separa conteúdos constitucionais que são normas de Direito político ao qual chama de Direito fundamentalmente integrador e um Direito administrativo essencialmente técnico, formal e voltado à organização do Estado.

As vicissitudes constitucionais para Smend são uma forma de concretização da função integrativa, exigindo para isso, além da Constituição formal, uma abertura interpretativa maior, mais política do que jurídica⁴⁹³, de forma que as vicissitudes podem inclusive afetar o funcionamento da Constituição na atribuição de importância entre as normas no seu interior.

Para além do círculo de ideias oriundas da Alemanha está Maurice Hauriou, na doutrina francesa, que representava uma figura influente no campo do Direito público e da teoria constitucional. Suas ideias sobre a Constituição e a vicissitude constitucional oferecem *insights* profundos sobre como as Constituições são formadas, mantidas e transformadas ao longo do tempo. Embora Hauriou não tenha se concentrado especificamente nos movimentos sociais como catalisadores de mudanças constitucionais, suas teorias oferecem um arcabouço relevante para entender esses fenômenos.⁴⁹⁴

Para Hauriou⁴⁹⁵, as instituições são elementos fundamentais na organização social e jurídica, sendo a Constituição a principal entre elas. Ele via as instituições não apenas como estruturas jurídicas, mas também como entidades sociais e morais. Nesse sentido, a

⁴⁹³ GARCIA-PELAYO, Manuel – **Derecho Constitucional Comparado**, p. 84.

⁴⁹⁴ Entre outros ver: GARCIA-PELAYO, Manuel – **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. 3.^a ed. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

⁴⁹⁵ HAURIU, André – **Derecho constitucional e instituciones políticas**. 2.^a ed. Barcelona: Ariel, 1971.



Constituição é mais do que um documento legal; é um organismo vivo que reflete e molda a sociedade.

Hauriou entende a Constituição como uma instituição que abarca a essência da nação, englobando seus valores, tradições e identidade, portanto não estática, mas sim dinâmica, mudando e evoluindo com a sociedade.⁴⁹⁶

Em 1932, inspirado no pensamento de Smend, de quem era discípulo, Hsü Dau-Lin sistematizou os estudos sobre vicissitude constitucional até aquele momento desenvolvidos, buscando oferecer um *framework* estruturado para entender como e por que essas mutações ocorrem.

Ele argumenta que, ao contrário das emendas constitucionais formais, as mutações constitucionais não são processos claramente delineados ou oficialmente reconhecidos. Em vez disso, elas acontecem de forma mais orgânica e podem ser influenciadas por uma variedade de fatores, incluindo mudanças culturais, pressões sociais, decisões judiciais e interpretações políticas⁴⁹⁷, destacando que a vicissitude é fruto de uma espécie de incongruência entre a Constituição Formal e a realidade Constitucional, apresentando o seguinte quadro:

⁴⁹⁶ GARCIA-PELAYO, Manuel – **Derecho Constitucional Comparado**, p. 90-92.

⁴⁹⁷ DAU-LIN, Hsü – **Mutación de la Constitución**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 30-37.

Quadro 3 – Constituição formal e realidade constitucional segundo Hsü Dau-lin.⁴⁹⁸

Relación entre norma y realidad: El derecho constitucional y su validez					
Congruencia entre norma y realidad: validez del derecho constitucional		Incongruencia entre norma y realidad: Mutación de la Constitución			
La realidad sigue a la norma: validez normal del derecho constitucional	La norma sigue a la realidad: reforma de la constitución	Realidad sin norma: práctica que formalmente no viola a la constitución	Norma sin realidad: imposibilidad: de ejercer derechos estatuidos por las normas	Norma con realidad: relación incorrecta entre ambas	
				La realidad contradice a la norma: práctica anticonstitucional	La realidad tergiversa a norma, la reinterpreta: la mutación interpretadora

Um dos pontos centrais da abordagem de Hsü é o reconhecimento de que a Constituição de um país é mais do que um documento legal; é um organismo vivo que reflete e molda a sociedade. Portanto, a compreensão das mutações constitucionais exige uma análise que vai além do texto legal e considera o contexto social e político mais amplo.

Hsü destaca a importância do papel das instituições judiciárias, especialmente as cortes constitucionais, na condução e legitimação dessas mutações. Ele observa que, muitas vezes, são as interpretações e decisões judiciais que sinalizam uma mudança na compreensão de certos princípios ou Direitos constitucionais, sem que haja uma alteração formal na Constituição.

A sistematização proposta por Hsü é a identificação de critérios ou condições sob os quais as mutações constitucionais são mais propensas a ocorrer. Isso inclui períodos de mudança social rápida ou crises, quando as normas existentes podem ser vistas como inadequadas ou desatualizadas, identificando quatro tipos de vicissitude: [1] vicissitude mediante prática estatal que não viola formalmente a Constituição; [2] vicissitude mediante impossibilidade de exercer certos Direitos estatuidos constitucionalmente; [3] vicissitude

⁴⁹⁸ DAU-LIN, Hsü – **Mutación de la Constitución**, p. 31.



mediante a prática estatal contraditória com a Constituição; e [4] vicissitude mediante interpretação da Constituição.⁴⁹⁹

A ideia proposta pelo doutrinador caminha no sentido de que, se admitirmos a singularidade do Direito constitucional enquanto necessidade da realidade estatal, considerando a vicissitude como algo consentido pela Constituição, a vicissitude não pode ser compreendida como rutura da Constituição, mas sim como Direito, ainda que não coincida com o texto constitucional.⁵⁰⁰

As contribuições de Costantino Mortati para a jurisprudência e o pensamento constitucional são frequentemente citadas, mas raramente exploradas em profundidade. Mortati é uma figura central no desenvolvimento da tradição jurídica antiformalista na Itália, uma tradição que se originou no período turbulento entre as duas guerras mundiais e que se solidificou na segunda metade do século XX.⁵⁰¹

Esse período foi marcado por uma transformação doutrinária fascinante, na qual as ideias de Mortati desempenharam um papel crucial. Inicialmente, suas teorias estavam alinhadas com o fascismo, fornecendo uma base intelectual para o regime de Benito Mussolini.

No entanto, após a queda do fascismo, em 1943, houve uma revisão substancial dessas teorias, que passaram a ser fundamentais para a transição da Itália para um sistema democrático, como evidenciado na Constituição italiana de 1948.

Influenciado por contemporâneos como Hans Kelsen, Carl Schmitt, Santi Romano, Georg Jellinek e Ferdinand Lassalle, Mortati procurou situar sua obra no contexto dos debates antiformalistas sobre a natureza da Constituição, que fervilhavam na Alemanha e na Itália desde o final do século XIX; “ele busca teorizar o processo real por meio do qual nasce ‘um conteúdo da constituição, que seja independente das particularidades de figuras históricas individuais de Estado’”⁵⁰².

Ele não se limitou a adotar as teorias existentes, mas propôs um estudo da Constituição material na determinação da forma de Estado e de sua vicissitude, perquirindo o

⁴⁹⁹ DAU-LIN, Hsü – **Mutación de la Constitución**, p. 31.

⁵⁰⁰ VERDÚ, Pablo Lucas – **Curso de Derecho Político: Constitución de 1978 y transformación político-social española**. Madrid: Tecnos, 1984. Vol. IV, p. 198.

⁵⁰¹ GOUVEIA, Kristal Moreira – **A teoria dos partidos políticos de Costantino Mortati**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 45.



significado da vicissitude constitucional e o próprio influxo desta para a continuidade do Estado.⁵⁰³

Essa abordagem enfrentou resistências e críticas, especialmente dos defensores do positivismo sociológico, do institucionalismo e do positivismo neokantiano, que dominavam o cenário cultural italiano da época.

O conceito de *constituição em sentido material* é central na obra de Mortati. Ele argumenta que a Constituição de uma nação não é apenas um documento escrito, mas também um reflexo das experiências sociais, das crenças e dos valores do povo.

Essa perspectiva ressalta a importância dos conceitos e ideias jurídicas que emanam da consciência coletiva, que, segundo ele, devem ser continuamente avaliados e adaptados para garantir que a Constituição formal permaneça relevante e alinhada com as aspirações e necessidades da sociedade.

Mortati vê a Constituição material como um processo dinâmico e orgânico, um reflexo das forças políticas em constante evolução dentro da sociedade, “principalmente a um movimento de forças que opera na sociedade e que esta forma os princípios – já então jurídicos. Esses fatos que operam em sua gênese e são tidos pelo positivismo como pré-jurídicos, pertencentes ao campo da sociologia ou apenas da política, para Mortati constituem o próprio valor jurídico verificável”⁵⁰⁴.

Nessa visão, a Constituição não pode ser limitada ou sequer compreendida de acordo com os critérios formais da sua formação, mas deve considerar o corpo político da sociedade, que converge forças para, interpretando a vontade política, qualificar a Constituição material, que resulta no fundamento jurídico de um dado tempo histórico.

Há, portanto, um deslocamento de uma vontade imposta pelo constituinte para uma compreensão de que “o Direito nasce espontaneamente ao mesmo tempo que a organização social”⁵⁰⁵, que no propósito de organização e estabilização política resulta na Constituição material.

As vicissitudes, segundo Mortati, são alterações substanciais na interpretação ou na aplicação da Constituição que não envolvem uma mudança formal no texto da lei. Essas mudanças refletem a evolução dos valores sociais, políticos e culturais de uma nação, e

⁵⁰³ VERDÚ, Pablo Lucas – **Curso de Derecho Político: Constitución de 1978 y transformación político-social española**, p. 172.

⁵⁰⁴ GOUVEIA, Kristal Moreira – **A teoria dos partidos políticos de Costantino Mortati**, p. 47.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 49.



Mortati acreditava que elas eram essenciais para manter a Constituição em sintonia com a sociedade que ela se propõe a reger. As vicissitudes constitucionais, portanto, não são um processo meramente jurídico, mas profundamente enraizado nas dinâmicas sociais e políticas, refletindo não a pessoa individual, mas a consciência coletiva e a vontade política.

A ocorrência de vicissitudes constitucionais, para Mortati, exige que o Estado continue a ser soberano, o que somente pode ocorrer se o Estado “souber ser capaz de assumir a condição de expressão coerente de uma referência fundamental, deduzida da própria comunidade e traduzida em princípios e em normas constitucionais. Por este motivo, Mortati coloca o ponto inicial de sua construção teórica no processo de ‘diferenciação e especificação no seio da comunidade’, que se desenvolve por obra de uma força política capaz de imprimir uma referência consequente à escolha por um certo sistema de princípios fundamentais, transcritos na Constituição”⁵⁰⁶.

Por consequência, a doutrina de Mortati resulta na compreensão de que pode ocorrer uma debilidade, levando à corrosão do edifício normativo e institucional, quando ocorrerem vicissitudes autoritárias ou unilaterais na interpretação constitucional. Ele enfatizava que tais mudanças devem ser o resultado de um consenso social e político, e não impostas por um único grupo ou indivíduo.

No Brasil, Anna Cândida da Cunha Ferraz reconhece que as Constituições, como construções humanas, são organismos dinâmicos que devem se adaptar a novas demandas políticas, económicas, sociais, culturais e jurídicas. Ela enfatiza a coexistência de elementos estáticos e dinâmicos dentro de uma Constituição: o estático aborda a certeza legal, enquanto o dinâmico responde às mudanças dos tempos.

Anna Cândida explica a inexistência de uma terminologia uniforme para denominar o fenómeno das vicissitudes constitucionais⁵⁰⁷, sendo que a doutrinadora utiliza as expressões: “processos indiretos, processos não formais ou processos informais para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte Derivado”⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ FIORAVANTI, Maurizio – As doutrinas da constituição em sentido material. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Vol. 4, n.º 2 (jul./dez. 2012), p. 103-109, p. 108.

⁵⁰⁷ Também o faz: BRITTO, Carlos Ayres – **Teoria da Constituição**, p. 77.

⁵⁰⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha – **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**, p. 12.

Assenta sua tese de que as vicissitudes constitucionais informais ocorrem por manifestação de “uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado ‘poder constituinte difuso’ na feliz expressão de Burdeau”⁵⁰⁹.

Categoriza as vicissitudes constitucionais informais em dois tipos principais: mutações constitucionais e inconstitucionais. As vicissitudes constitucionais modificam a compreensão da Constituição sem alterar seu texto, adaptando-se, assim, às novas realidades e expectativas sociais, refletindo a capacidade da Constituição de incorporar tendências sociais, políticas e económicas. Sua teoria delinea vários aspetos-chave das vicissitudes constitucionais:

Aplicação Normativa: As normas constitucionais devem se adaptar aos seus novos significados interpretativos para permanecerem aplicáveis a casos concretos. Isso não implica que sejam apenas normas de eficácia contida, dependentes de legislação infraconstitucional para plena eficácia. Em vez disso, as vicissitudes constitucionais mantêm o *status* da norma enquanto transformam seu significado textual original, preservando seus efeitos de aplicabilidade anteriores.

Modalidades de vicissitudes: A primeira modalidade envolve práticas que não ofendem as normas constitucionais, frequentemente ligadas a costumes e convenções sociais. A segunda modalidade surge da incapacidade de cumprir um dever constitucionalmente previsto, necessitando de políticas públicas para complementar o mandato constitucional.

Mudanças de Interpretação: Outra forma de mutação constitucional ocorre por meio da reinterpretação do texto constitucional, em que o significado de uma palavra ou expressão é substituído por outro. Isso é evidente em decisões judiciais em que a interpretação de cláusulas constitucionais muda ao longo do tempo, refletindo uma abordagem dinâmica à interpretação constitucional.

Anna Cândida da Cunha Ferraz fornece elementos para compreensão das vicissitudes constitucionais, sempre amparada em que as Constituições evoluem ao longo do tempo sem emendas formais. Essa evolução é impulsionada por mudanças sociais, interpretações judiciais e ações governamentais, sublinhando a natureza viva das Constituições no discurso jurídico contemporâneo.

O conceito de *vicissitude constitucional tácita*, desenvolvido pelo constitucionalista português Jorge Miranda, representa uma contribuição significativa ao estudo do Direito

⁵⁰⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha – **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**, p. 10.



constitucional. Essa teoria destaca a capacidade de uma Constituição de se adaptar e evoluir sem alterações formais no seu texto, respondendo, assim, às mudanças sociais, políticas e económicas de uma nação.

Jorge Miranda identifica esse fenómeno como um processo intrínseco à natureza viva das Constituições, enfatizando que as mudanças na interpretação e aplicação da lei máxima podem ocorrer independentemente de emendas formais ou revisões constitucionais.

Nesse contexto, a vicissitude constitucional tácita reflete a dinâmica entre a estabilidade e a flexibilidade necessárias para a sobrevivência e eficácia de uma Constituição ao longo do tempo, sendo “um fenómeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas. ... nenhuma Constituição se esgota num momento único – o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição se resolve num processo o da sua aplicação – no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional”^{510,511}.

Observa-se, embora reconheça os méritos da Constituição da República Portuguesa, nas suas palavras: “nunca a sacralizei, nem a considereei não carecida de melhorias”⁵¹².

O desenvolvimento da tese proposta por Jorge Miranda advém, no sentir, de que “uma Constituição que vigora por um período relativamente longo vai-se realizando por meio da sua própria aplicação com interpretação atenta à sua unidade sistemática e à sua necessária efetividade, com costume *secundum praeter* e *contra legem*, com a caducidade de preceitos conjunturais – a que se aludirá de seguida – e fora da realidade constitucional”⁵¹³.

Jorge Miranda traz, portanto, à tona a questão da interpretação constitucional, que se torna um instrumento vital para a adaptação da norma constitucional às realidades contemporâneas sem a necessidade de reformulação textual explícita.

A vicissitude constitucional tácita, conforme proposta por Miranda, apoia-se em vários elementos-chave. Primeiramente, há a compreensão de que a Constituição não é um documento estático, mas um organismo vivo, sujeito a um processo contínuo de interpretação e reinterpretação. Esse aspeto é crucial para permitir que a Constituição se mantenha relevante e em sintonia com os valores e necessidades da sociedade.

⁵¹⁰ MIRANDA, Jorge – **Teoria da constituição**, p. 152.

⁵¹¹ O mesmo posicionamento o doutrinador adota em: *id.* – **Manual de Direito constitucional**, p. 108.

⁵¹² *Id.* – **Aperfeiçoar a Constituição**. Reimp. Coimbra: Almedina, 2021, p. 20.

⁵¹³ *Ibid.*, loc. cit.

Em segundo lugar, Miranda enfatiza a importância dos órgãos judiciais, e em particular dos tribunais constitucionais, na condução desse processo de evolução tácita. Esses órgãos desempenham um papel fundamental na interpretação⁵¹⁴ das normas constitucionais, moldando o entendimento e a aplicação da Constituição por meio das suas decisões.

Outro elemento vital nessa teoria é a interação entre a Constituição e a realidade social. Miranda sugere que a Constituição não deve ser interpretada de maneira isolada do contexto social e histórico. Assim, as transformações sociais, culturais e económicas influenciam diretamente a forma como a Constituição é compreendida e aplicada, permitindo que ela evolua de maneira orgânica e tácita.

Importa relembrar, como já visto no capítulo primeiro, que Jorge Miranda reconhece a existência de uma gama variadíssima de vicissitudes que podem ser estabelecidas em cinco grandes critérios⁵¹⁵:

Quadro 4 – Vicissitudes constitucionais segundo Jorge Miranda.

Vicissitudes constitucionais quanto ao modo	Expressas	Revisão constitucional (<i>stricto sensu</i>) Derrogação constitucional Transição constitucional Revolução Rotura não revolucionária Suspensão (parcial) da Constituição
	Tácitas	Costume constitucional Caducidade Interpretação evolutiva da Constituição Revisão indireta
Vicissitudes constitucionais quanto ao objeto	Parciais (modificações constitucionais) – Todas, menos a revolução e a transição constitucional	
	Totais	Revolução Transição constitucional

⁵¹⁴ Que “deve ser não só objetivista como evolutiva, por razões evidentes: pela necessidade de congregar as normas interpretandas com as restantes das normas jurídicas (as que estão em vigor, e não as que estavam em vigor ao tempo da sua publicação), pela necessidade de atender aos destinatários (aos destinatários atuais, e não aos do tempo da entrada em vigor das normas), pela necessidade de reconhecer um papel ativo ao intérprete, ele próprio situado no ordenamento em transformação” (MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional: Estado e Constitucionalismo, Constituição e Direitos Fundamentais**, p. 161).

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 157.

Vicissitudes constitucionais quanto ao alcance	De alcance geral e abstrato – Todas, menos a derrogação constitucional	
Vicissitudes constitucionais quanto às consequências na ordem constitucional	Na evolução constitucional – Todas, menos a revolução e a rutura não revolucionária	
	Com rutura (Alterações constitucionais)	Revolução Rutura não revolucionária
Vicissitudes constitucionais quanto à duração dos efeitos	De efeitos definitivos – Todas, menos a suspensão parcial da Constituição	
	De efeitos temporários – Suspensão (parcial) da Constituição	

No contexto constitucional português, a teoria da vicissitude constitucional tácita de Jorge Miranda adquire uma relevância particular. Portugal, com a sua história de transição de um regime autoritário para uma democracia plena, exemplifica como uma Constituição pode se adaptar a transformações profundas na estrutura política e social sem necessariamente passar por reformas textuais profundas.

A aspiracional judicial, conforme se evidencia das doutrinas mencionadas, por meio do poder judiciário ou jurisdicional, desempenha um papel crucial no sistema de justiça e governança, atuando como intérprete e aplicador fundamental das leis e da Constituição.

Esse papel é especialmente significativo no contexto constitucional, em que as decisões dos Tribunais moldam a compreensão e a aplicação das normas fundamentais que regem um Estado.

Os Tribunais são frequentemente chamados a interpretar e esclarecer o significado das normas constitucionais. Isso, como observado, não se limita apenas à compreensão profunda do texto constitucional, mas também uma apreciação das mudanças sociais, históricas e políticas que podem influenciar a aplicação da Constituição.

A interpretação constitucional envolve a análise de textos legais, o entendimento do contexto histórico em que foram escritos e a consideração das implicações práticas das decisões judiciais. Essa abordagem garante que a aplicação da Constituição se mantenha relevante e eficaz em face de circunstâncias em constante evolução.

O poder judiciário é muitas vezes considerado o guardião da Constituição. Nesse papel, os tribunais têm a responsabilidade de garantir que todas as leis e políticas estejam em conformidade com os princípios e disposições constitucionais. Isso inclui a revisão da



constitucionalidade das leis e ações do executivo e do legislativo, assegurando que esses ramos do governo não excedam os limites de seus poderes constitucionais, assim como no caso dos Tribunais Constitucionais, se foi dada a adequada interpretação pelas instâncias judiciais inferiores.

Isso faz com que os Tribunais também desempenhem um papel essencial na proteção dos Direitos e liberdades fundamentais. Eles interpretam as disposições constitucionais relativas aos Direitos humanos, Direitos fundamentais, Direitos económicos, Direitos sociais, Direitos políticos, entre outros, e devem garantir que elas sejam aplicadas de forma constitucionalmente justa e equitativa.

As decisões dos Tribunais têm um impacto significativo na sociedade. Elas não apenas resolvem disputas legais, mas também estabelecem precedentes que orientam a interpretação e aplicação futuras das normas jurídicas. Ao interpretar a Constituição, os Tribunais podem influenciar o desenvolvimento da legislação, a administração da justiça e a proteção dos Direitos individuais.

A jurisprudência constitucional, em particular, tem um papel formativo, influenciando a maneira como as leis são compreendidas e aplicadas em todos os níveis de governo. As decisões judiciais nesse campo muitas vezes se tornam pontos de referência para futuras interpretações legais e políticas públicas, inclusive em termos internacionais.

O papel do poder judiciário no palco jurisdicional é vital para a manutenção e aplicação da Constituição. Por meio da interpretação e aplicação das leis, os tribunais garantem que a Constituição continue a ser um documento vivo, capaz de se adaptar e responder às necessidades de uma sociedade em constante mudança. Esse papel não apenas garante a legalidade e a justiça, mas também fortalece a própria fundação do Estado de Direito.

Em termos representativos e quantitativos, os Tribunais têm sido o principal provedor de vicissitudes constitucionais. Alguns autores defendem, no caso brasileiro, que o Supremo Tribunal Federal detém superioridade em relação aos demais poderes no que tange à vicissitude constitucional.⁵¹⁶

Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Moraes argumentam que “as Cortes Supremas precisam realizar a tarefa de aplicar, na atualidade, Constituições elaboradas em épocas passadas, em verdadeira arte interpretativa para manter vivo o texto originalmente

⁵¹⁶ DIAS, Cibele Fernandes – **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**, 2012.

concebido. Nessa dinâmica, a força renovadora da jurisdição constitucional parece ultrapassar os limites formais do tradicional poder constituinte”⁵¹⁷.

Carlos Blanco de Moraes defende certa exclusividade dos Tribunais quanto às vicissitudes constitucionais: “Ora, no tempo presente são os tribunais os augures que, no exercício de uma atividade interpretativa, captam o ambiente normativo externo, decodificam o sentido das leis e forçam as normas constitucionais a ajustar-se a uma realidade em mudança”⁵¹⁸.

Essas perspectivas colocam os tribunais não apenas como aplicadores da lei, mas como agentes ativos na moldagem da interação entre a lei e a sociedade, garantindo que a Constituição permaneça dinâmica e adequada aos tempos atuais.

4.3.1 Vicissitudes “secretas”: Estado de Direito X Estado judicial

No início do terceiro milênio, o Poder Judiciário emergiu como um protagonista fundamental no palco onde se debatem Direitos individuais, sociais e económicos. Essa instituição assumiu o papel de guardião das expectativas legítimas da sociedade, com o objetivo de assegurar o mínimo existencial necessário para promover a dignidade da pessoa humana.

Esse papel crescente do Judiciário reflete, em parte, a falha ou omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em suas funções tradicionais, resultando em uma expansão, muitas vezes excessiva, das responsabilidades judiciais.

Adicionalmente, essa tendência foi amplificada devido a ações voluntaristas de alguns membros da magistratura, que extrapolaram o papel tradicional do Judiciário. Esse fenómeno, conhecido como “judicialização da política”, é multifacetado e complexo. Do ponto de vista institucional, ele envolve a transferência de poder decisório dos Poderes Executivo e Legislativo para magistrados e tribunais. Essa mudança implica que, cada vez mais, os juízes e tribunais estão envolvidos na revisão e implementação de políticas públicas e na redefinição das regras do jogo democrático. Esse processo abrange uma ampla gama de temas controversos, desafiando as fronteiras tradicionais entre os poderes do Estado.

⁵¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco – **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 7.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 55.

Essa expansão do papel do Judiciário no cenário político e social levanta questões importantes sobre o equilíbrio de poderes, a eficácia na governança e a legitimidade democrática das decisões judiciais.

Enquanto alguns veem essa tendência como uma necessária resposta às falhas dos outros poderes, outros a criticam por comprometer a separação de poderes e por introduzir incertezas no processo político. A longo prazo, é essencial compreender e avaliar as implicações dessa transformação para a saúde e estabilidade das instituições democráticas.

A controvérsia, pode-se dizer, não é nova. Um dos casos mais emblemáticos e fundacionais desse fenómeno é o caso *Marbury v. Madison*⁵¹⁹, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803. Esse caso é frequentemente citado como o marco do princípio da revisão judicial, estabelecendo a capacidade do Judiciário de anular leis e atos do governo considerados inconstitucionais, o que é uma manifestação clara da judicialização da política.

Marbury v. Madison surgiu de um conflito político durante a transição presidencial de John Adams para Thomas Jefferson. Nos últimos dias de seu mandato, Adams fez várias nomeações judiciais, incluindo a de William Marbury como juiz de paz. No entanto, as comissões desses juízes não foram entregues antes de Jefferson assumir o cargo, e o novo Secretário de Estado, James Madison, recusou-se a entregá-las. Marbury, então, recorreu à Suprema Corte, pedindo um mandado de segurança que exigia a entrega de sua comissão.

A decisão da Suprema Corte, redigida pelo Chefe de Justiça John Marshall, foi histórica. Marshall concluiu que, embora Marbury tivesse Direito à sua comissão, a Corte não poderia emitir o mandado de segurança porque a seção da Lei do Judiciário de 1789 que dava à Suprema Corte tal poder era inconstitucional. Essa foi a primeira vez que a Suprema Corte dos EUA declarou inconstitucional uma lei do Congresso, estabelecendo o princípio da revisão judicial.

A decisão em *Marbury v. Madison* teve implicações profundas para a relação entre os poderes judiciário e político. Ao afirmar o Direito de revisão judicial, a Suprema Corte estabeleceu-se como um árbitro poderoso na interpretação da Constituição, capaz de limitar o alcance de ações tanto do Executivo quanto do Legislativo. Esse poder de revisão judicial é um exemplo claro de judicialização da política, pois coloca o Judiciário em uma posição não

⁵¹⁹ Ver: GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de – **Marbury versus Madison: uma leitura crítica**. Curitiba: Juruá, 2017.



apenas de interpretação da lei, mas também de influência direta nas políticas públicas e na governança do país.

O caso *Marbury v. Madison* ressalta a natureza complexa e dinâmica do equilíbrio de poderes em uma democracia constitucional. Enquanto alguns veem a revisão judicial como uma salvaguarda essencial contra a tirania da maioria e o abuso de poder, outros criticam a possibilidade de excessiva interferência judicial em assuntos políticos. Independentemente da perspectiva, o caso continua sendo um ponto de referência fundamental para o entendimento da judicialização da política em sistemas democráticos.

De outro norte, também pode ocorrer a transferência de temas complexos e controversos para as cortes judiciais, como estratégia adotada pelos poderes Executivo ou Legislativo para evitar custos políticos negativos. Esse fenómeno pode ser identificado no histórico caso *Dred Scott v. Sandford*⁵²⁰, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1857, um episódio fundamental na história jurídica e política americana que destaca a complexidade e as consequências de tal transferência.

Dred Scott v. Sandford surgiu em um período de intensas tensões políticas e sociais nos Estados Unidos, centradas na questão da escravidão. Dred Scott, um escravo afro-americano, entrou com uma ação judicial buscando sua liberdade com base no argumento de que ele havia vivido em territórios onde a escravidão era ilegal. O caso acabou chegando à Suprema Corte, e a decisão teve implicações de longo alcance.

A Suprema Corte, liderada pelo Chefe de Justiça Roger B. Taney, decidiu contra Dred Scott. A decisão⁵²¹ afirmou que pessoas de ascendência africana não podiam ser cidadãos dos Estados Unidos e, portanto, não tinham o Direito de entrar com uma ação em tribunal federal. Além disso, a Corte declarou inconstitucional o Compromisso de Missouri, uma lei que proibia a escravidão em certos territórios, exacerbando ainda mais as tensões nacionais sobre a escravidão.

Esse caso é um exemplo de como os poderes Executivo e Legislativo, muitas vezes, transferem questões politicamente sensíveis para o Judiciário. Na época, tanto o Congresso quanto o Presidente estavam lutando para lidar com a crescente crise em torno da escravidão. Ao transferir a questão para a Suprema Corte, esses poderes buscavam uma solução definitiva

⁵²⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 54-57.

⁵²¹ A decisão foi fundamentada no sentido de que a Constituição deve ser interpretada de acordo com o *status* do tempo em que foi elaborada.



que pudesse aliviar a pressão política sobre eles. No entanto, essa estratégia pode ter efeitos contraproducentes, como foi o caso em *Dred Scott v. Sandford*.

A decisão da Suprema Corte não resolveu a questão da escravidão, mas inflamou ainda mais o debate nacional, contribuindo para a polarização e eventualmente para a eclosão da Guerra Civil Americana. Isso demonstra os riscos associados à transferência de questões politicamente carregadas para o Judiciário, especialmente quando tais questões envolvem Direitos fundamentais e valores morais profundos da sociedade.

O caso *Dred Scott v. Sandford* ilustra a complexidade inerente ao envolvimento do Judiciário em questões políticas. Enquanto os tribunais podem oferecer uma via para resolver disputas legais, sua intervenção em questões políticas sensíveis pode ter implicações imprevistas e de longo alcance, afetando não apenas o equilíbrio de poder entre os ramos do governo, mas também a coesão e a estabilidade da sociedade como um todo.

Bernard Rüthers⁵²², doutrinador alemão, desenvolveu ao longo dos seus trabalhos uma visão crítica quanto às mudanças extremas de sistemas políticos, como no caso das duas grandes guerras, e o poder atribuído aos juízes, aduzindo que se passou de um Estado Democrático de Direito a um Estado Judicial.

Esse termo descreve uma realidade em que o poder judicial assume papel proeminente, com frequência ultrapassando suas funções tradicionais de interpretação e aplicação da lei para influenciar de maneira significativa a política e a legislação.

Rüthers observa uma crescente influência do judiciário na governança e na formulação de políticas. Ele aponta para uma tendência em que tribunais, em especial cortes constitucionais, estão cada vez mais intervindo em questões tradicionalmente reservadas ao legislativo ou executivo.

Essa ascensão pode ser vista como uma resposta às lacunas ou falhas percebidas nos outros ramos do governo, mas também levanta questões sobre a separação de poderes e a democracia representativa.

Um aspeto central do “Estado Judicial” é o papel dos juízes na interpretação constitucional. Rüthers discute como essa interpretação, muitas vezes, vai além do mero esclarecimento do texto constitucional, entrando no território do ativismo judicial.

⁵²² O pensamento do doutrinador foi sintetizado a partir da seguinte obra: RÜTHERS, Bernard – **La revolución secreta: Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método**. Madrid: Marcial Pons, 2020.



Ele mostra preocupação com a maneira como isso pode levar a decisões que refletem as visões pessoais dos juízes ou as pressões sociais do momento, em vez de uma análise objetiva da Constituição.

Bernard Rüthers aborda questões fundamentais sobre a interpretação das leis e os limites da discricção judicial. Uma das implicações mais significativas de seu trabalho é sobre a transparência no Direito. Rüthers argumenta que a interpretação ilimitada das leis, em que os textos legais são sujeitos a uma amplitude quase ilimitada de interpretações⁵²³, pode ser uma ameaça à transparência do sistema jurídico.

Para Rüthers, a clareza e a previsibilidade das leis são essenciais para um sistema jurídico justo. A transparência é comprometida quando as leis são interpretadas de forma excessivamente flexível, tornando difícil para os cidadãos entenderem e preverem como a lei será aplicada.

Uma interpretação ilimitada pode levar a decisões judiciais imprevisíveis, cujos resultados dependem mais das visões pessoais dos juízes do que do texto legal, e isso pode mascarar o verdadeiro raciocínio por trás das decisões judiciais, dificultando a *accountability* dos juízes e erodindo a confiança no sistema jurídico.

Segundo Rüthers, quanto mais claros e precisos forem os textos legais, mais contida será a interpretação ampla e variada. Embora Rüthers critique a interpretação ilimitada, reconhece a necessidade de alguma flexibilidade na interpretação jurídica. O desafio é encontrar um equilíbrio que preserve a transparência e a previsibilidade sem tornar o Direito excessivamente rígido. Um sistema jurídico transparente deve ser capaz de se adaptar a novas circunstâncias e desafios, mas dentro de limites claramente definidos.

Isso desloca, com grande ênfase, a responsabilidade dos juristas⁵²⁴ em manter a transparência. Juízes, advogados e acadêmicos têm o dever de assegurar que a interpretação das leis seja feita de maneira a preservar a clareza e a confiabilidade do sistema jurídico.

⁵²³ No Brasil, Eros Roberto Grau estabelece forte preocupação quanto à interpretação da Constituição, que endeuza “princípios, a ponto de justificar, em nome da Justiça, uma quase discricionariedade judicial” (GRAU, Eros Roberto – **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do Direito e dos princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 138).

⁵²⁴ Rüthers escreveu um livro que merece ser consultado para maiores reflexões quanto ao papel dos juristas durante a Segunda Guerra Mundial (RÜTHERS, Bernard – **Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich**. Madrid: Marcial Pons, 2016).



A transformação para um “Estado Judicial” traz desafios significativos para a democracia. Rüthers questiona a legitimidade de um sistema em que decisões cruciais para a sociedade são tomadas por juízes não eleitos, em vez de representantes eleitos.

Ele expressa preocupações sobre como isso pode afetar a soberania popular e a responsabilidade democrática, especialmente quando as decisões judiciais contradizem as escolhas políticas expressas por meios democráticos.

Rüthers enfatiza a necessidade de um equilíbrio cuidadoso entre Direito e política. Ele reconhece a importância do judiciário na proteção dos Direitos fundamentais e na garantia do cumprimento da Constituição, mas alerta contra a usurpação das funções legislativas e executivas, defendendo que o judiciário deve resistir à tentação de se tornar um órgão político, mantendo seu papel como guardião imparcial da lei.

Rüthers passa a considerar que o Estado Judicial é uma realidade incontestável e sugere que a sobrevivência de um Estado de Direito de fato democrático e justo depende da capacidade de manter um judiciário forte e independente, mas também claramente limitado pela lei e subordinado a ela, garantindo-se que o judiciário continue a proteger os Direitos e liberdades individuais, sem se tornar um superlegislador ou um árbitro político.

As conclusões de Bernard Rüthers são no sentido de que “A transformação da sociedade e do ordenamento jurídico ou inclusive da Constituição é tarefa dos órgãos legislativos legitimados democraticamente, no Estado Constitucional Democrático, não de tribunais nem do Tribunal Constitucional Federal”⁵²⁵.

Rui Medeiros, ao abordar a complexidade da decisão de inconstitucionalidade, focando em como ela deve ser tratada pelos órgãos judiciais, também critica a invasão da competência do poder legislativo pelo judiciário, argumentando que tal prática ameaça a separação de poderes, um pilar fundamental da democracia. Ele enfatiza a necessidade de respeitar a autonomia do legislativo, alertando para os riscos de um judiciário ativista que, ao invés de se limitar a interpretar a lei, passa a criá-la.

“Ao Tribunal Constitucional – cuja caracterização como verdadeiro tribunal é inquestionável em face da Constituição portuguesa actual – só cabe averiguar se a lei é ou não contrária ao texto fundamental, não lhe competindo substituir-se ao legislador na formulação das soluções conforme a Constituição. Aqui continuam a ter plena validade as limitações

⁵²⁵ RÜTHERS, Bernard – **Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich**, p. 165.

decorrentes do princípio da maioria e da separação de poderes. É a maioria democraticamente legitimada para governar que compete fazer as leis e não os juízes.”⁵²⁶

Convém consignar que Rui Medeiros admite plausível a hipótese de o Poder Legislativo, editar novamente a norma declarada inconstitucional: “O legislador conserva, portanto, a sua competência para interpretar e concretizar livremente a Constituição. O Tribunal Constitucional, por seu turno, se bem que não deva fechar a porta à revisão da sua jurisprudência anterior sugerida pelo legislador legitimado democraticamente, mantém a sua competência para, a propósito de cada lei, e em sede de fiscalização da constitucionalidade, pronunciar a última palavra sobre a bondade jurídico-constitucional da interpretação legislativa adoptada”⁵²⁷.

Anote-se que o entendimento de eficácia vinculativa⁵²⁸ das decisões em sede de fiscalização de constitucionalidade no Brasil é divergente de Portugal. No caso brasileiro, o entendimento é objetivamente que houve uma vicissitude constitucional em razão de um processo de obsolescência do instituto da suspensão previsto no artigo 52.º, inciso X da Constituição Brasileira.

O Supremo Tribunal Federal inclusive alterou a sua jurisprudência⁵²⁹ anterior no que se referia à exigência de propositura de ação rescisória em caso no qual houve

⁵²⁶ MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**, p. 865.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 870.

⁵²⁸ “A possibilidade de atribuição de efeitos vinculantes e erga omnes às decisões proferidas em ADPF decorre da própria natureza do controle objetivo e concentrado de constitucionalidade, não havendo falar em ‘reserva de Constituição’ para a matéria (ADI 2.231, rel. min. Luís Roberto Barroso, j. 22-5-2023, P, DJEde 15-6-2023).

As decisões de Cortes Constitucionais, ou de Tribunais de cúpula com funções constitucionais, possuem um inerente efeito expansivo, independentemente de o controle de constitucionalidade ter sido instaurado na via principal ou por incidentes cuja remessa ao Tribunal deriva de questão prévia suscitada em caso concreto (Alemanha: Primeiro Senado, acórdão de 10 de abril de 2018, III, n. 178 – BVerfGE 148, 147- 217. Espanha: Sentença 45/1989 – Tribunal Constitucional). [...] O perfil expansivo dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal é ainda mais pronunciado em situação como a dos autos, em que o juízo de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995 foi exarado em cognição abstrata, sendo desinfluyente que a pronúncia tenha ocorrido de modo incidental. Não há falar em caráter inovador ou repentino no entendimento que atribui efeitos expansivos à pronúncia incidental de inconstitucionalidade [...]. Conclusão do Plenário no sentido de que o juízo de inconstitucionalidade que recaiu sobre o art. 2º da Lei 9.055/1995 (norma autorizativa da exploração de amianto) deriva, de modo consequencial, da própria declaração de constitucionalidade das normas subnacionais impugnadas (normas proibitivas da exploração de amianto). Sobretudo por ter sido proferida no âmbito de processo objetivo de controle de constitucionalidade, a atribuição de efeitos erga omnes é medida de rigor” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.356/PE** [Em linha]. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Relator do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 23-02-2023. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 02-05-2023).

⁵²⁹ “A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado

reconhecimento de repercussão geral. Atualmente prevalece as seguintes teses: “1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo; 2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo”⁵³⁰.

Nosso entendimento não é no sentido de que há uma automática violação da separação de poderes ou de invasão da competência legislativa. Isto porque, conforme exposto anteriormente, reconhecemos uma crise no legislativo representativo. Além disso, outros fatores colaboram para esse entendimento.

Em nossa observação, a convergência do legislativo com o judiciário, no sentido de que o poder judiciário ratifique as opções legislativas, objetiva consolidar e estabilizar pretensões políticas, mitigando derrotas eleitorais, retirando a imparcialidade e neutralidade do judiciário.

Evidentemente não se cogitam hipóteses de plena convergência ou divergência entre os poderes, assim como a questão também não pode ser observada meramente sob o ponto de vista quantitativo, ou seja, não se resume ao número de decisões judiciais que se contrapõem às opções do legislador.

Também não observamos razoável os argumentos de que o Judiciário, para ter legitimidade democrática, deveria realizar escolhas mediante eleições, primeiro porque parte de uma perigosa ilusão de que as eleições conferem democracia, segundo porque há um grande risco de politizar o judiciário, em terceiro porque isso comprometeria a imparcialidade dos Juízes.

entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Tema 733**. Eficácia temporal de sentença transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado [Em linha]. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgamento: 28-05-2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 09-09-2015).

⁵³⁰ RE n.º 949.297 e RE n.º 955.227 (*Id.* – **Decisões definitivas sobre questões tributárias perdem eficácia com decisão contrária do STF** [Em linha]. Brasília-DF, 08-02-2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=501996&ori=1>. [Consult. em 07-01-2024]).



As cortes constitucionais desempenham um papel crucial na arbitragem de conflitos complexos e frequentemente dramáticos que giram em torno de Direitos fundamentais. Esses conflitos podem manifestar-se tanto como disputas entre Direitos individuais quanto como tensões entre esses Direitos e os interesses mais amplos da sociedade.

Em cada caso, o cerne da questão é a discussão sobre a legitimação do ordenamento jurídico em relação a esses Direitos. Essa discussão é particularmente desafiadora devido à natureza frequentemente indeterminada e altamente valorativa das normas constitucionais em jogo.⁵³¹

O processo de tomada de decisão pelas cortes constitucionais não é apenas um exercício de interpretação jurídica; requer também um profundo esforço de justificação ética ou axiológica. As decisões judiciais tomadas nesses casos não são apenas decisões legais; elas são, em muitos aspetos, decisões morais e éticas que refletem e moldam os valores fundamentais da sociedade.

Nesse contexto, as cortes constitucionais frequentemente se encontram na posição de fazer escolhas essenciais que não apenas resolvem disputas imediatas, mas também estabelecem precedentes e diretrizes que influenciarão o comportamento tanto da sociedade quanto dos poderes políticos.

Ao fazer essas escolhas, as cortes afirmam seu papel de protagonistas na definição de questões cruciais para a sociedade. Isso inclui a promoção e a proteção de liberdades e igualdades fundamentais, refletindo, assim, a constante evolução dos valores sociais e éticos.

Por meio de suas decisões, as cortes constitucionais têm a capacidade não apenas de interpretar a lei, mas também de moldar a lei de acordo com os princípios éticos e morais que consideram mais pertinentes. Dessa forma, elas se tornam atores essenciais na dinâmica do poder, influenciando profundamente o desenvolvimento social e político. Esse papel proeminente ressalta a importância de uma composição judiciária diversificada e consciente, capaz de refletir e responder às complexidades e aos desafios de uma sociedade em constante mudança.

Alex Sander Xavier Pires explica que “As novas ordens constitucionais da segunda metade do século XX assentaram-se na construção de Estados de Direito democráticos e na concepção de um órgão de cúpula dotado de competência para determinar a jurisprudência

⁵³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, p. 169.



uniformizada e convergente sobre a norma constitucional desvelada do binômio ‘garantia de acesso aos Direitos constitucionais’ (materialidade constitucional) e possibilidade de oposição contra quem obste o acesso, inclusive pelas vias jurisdicionais (instrumentalidade)”⁵³².

Dworkin⁵³³ argumenta que os Direitos individuais devem ser a pedra angular da interpretação constitucional, afastando a visão tradicional de que os juízes, especialmente em cortes constitucionais, devem limitar-se a aplicar leis existentes de maneira estritamente literal ou formalista. Ao contrário, os juízes devem interpretar a lei com uma compreensão profunda da moralidade política subjacente aos Direitos individuais.

O ativismo judicial não é um termo pejorativo, mas sim uma necessidade quando se trata de proteger e afirmar Direitos fundamentais. Ele argumenta que os juízes devem ir além do texto da lei, considerando princípios morais e éticos para garantir que os Direitos individuais sejam respeitados e promovidos. Isso é particularmente relevante em casos onde as leis são vagas, ambíguas ou em conflito direto com os princípios morais fundamentais.

A interpretação da lei não pode mais comportar uma abordagem estritamente originalista, que busca entender a lei unicamente com base na intenção dos seus autores. Faz-se necessário uma abordagem mais moralista, que leva em consideração os princípios éticos e morais, sendo crucial para garantir que a justiça seja feita em um sentido mais amplo. Isso significa que, em muitos casos, os juízes devem interpretar a lei de uma maneira que promova a justiça, a igualdade e os Direitos individuais, mesmo que isso requeira uma certa dose de criatividade judicial.

Nesse contexto, as decisões judiciais são instrumento para garantir que a lei não seja apenas um instrumento de poder ou tradição, mas sim um meio de promover a justiça social e os Direitos individuais. Dessa forma, o Judiciário é ator importante no avanço moral da sociedade, onde suas decisões ajudam a moldar e definir os valores e os Direitos reconhecidos pela comunidade.

A importância da integridade judicial e da coerência nas decisões judiciais é notoriamente essencial, sendo exigível que as decisões judiciais devem ser baseadas em princípios consistentes e logicamente defensáveis, e não em preferências pessoais ou políticas.

⁵³² PIRES, Alex Sander Xavier – Ativismo judicial e judicialização da política: contributo no âmbito dos trinta anos da Constituição Federal do Brasil. In ROSÁRIO, Pedro Trovão do; DAL RI, Luciene; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na contemporaneidade**. Porto: Juruá, 2018. p. 61-80, p. 63.

⁵³³ DWORKIN, Ronald – **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



A transparência nas decisões judiciais é um aspeto crucial para a confiança pública no sistema de justiça e para a manutenção de um Estado Democrático de Direito. O Poder Judiciário, ao formular e divulgar suas decisões, deve adotar uma série de práticas para garantir que sua atuação seja compreensível, acessível e aberta ao escrutínio público.

Uma das formas mais básicas de transparência é garantir que todas as decisões judiciais sejam publicadas em plataformas acessíveis ao público. Isso inclui não apenas as decisões finais, mas também as ordens, as opiniões concorrentes e dissidentes, e os votos individuais dos juízes. Essa publicidade permite que cidadãos, juristas e outros interessados acompanhem e entendam as deliberações e conclusões dos tribunais.

Cada decisão judicial deve ser acompanhada de uma fundamentação detalhada, explicando não apenas o resultado, mas também o raciocínio jurídico que levou a ele. Isso inclui a análise das normas aplicáveis, a interpretação dos fatos do caso e a aplicação de princípios jurídicos relevantes. Uma fundamentação clara e robusta ajuda a demonstrar que a decisão foi baseada em critérios objetivos e racionais, e não em preferências pessoais dos julgadores.

Além da transparência nas decisões em si, é importante que o processo de tomada de decisão seja transparente. Isso pode incluir a divulgação de como os casos são distribuídos entre os juízes, como são formadas as bancas de julgamento e quais procedimentos são seguidos durante o processo decisório.

Sempre que possível, as audiências judiciais, especialmente em cortes superiores, devem ser abertas ao público e, idealmente, transmitidas ao vivo via internet. Isso permite que o público acompanhe os argumentos apresentados pelas partes e a dinâmica das discussões judiciais.

A divulgação regular de relatórios e análises estatísticas sobre as atividades do Poder Judiciário também contribui para a transparência. Isso inclui dados sobre o número de casos decididos, tempos médios de tramitação, taxas de recursos e reversões, entre outros. Essas informações ajudam a identificar padrões, eficiências e áreas que necessitam de melhorias.

Encorajar e facilitar o *feedback* do público sobre as decisões judiciais e o funcionamento do sistema de justiça, por meio de consultas públicas, pesquisas de opinião e outros mecanismos, também é uma forma importante de transparência.

Importante registrar que nosso posicionamento não convalida eventuais excessos que o Poder Judiciário possa cometer, ponto inclusive que é minorado por meio de audiências



públicas e a figura do *Amicus Curiae*, ferramentas essenciais no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, oferecendo uma abordagem mais inclusiva e transparente na tomada de decisões judiciais, como se evidenciará nos tópicos seguintes.

Adianta-se que Audiências Públicas permitem que diversos setores da sociedade, incluindo especialistas, organizações não governamentais e cidadãos comuns, participem ativamente do processo judicial, apresentando seus pontos de vista e contribuições sobre questões relevantes. Essa prática não apenas enriquece o debate jurídico com múltiplas perspectivas, mas também aumenta a transparência do processo, permitindo que o público acompanhe e entenda as deliberações que estão moldando as leis e políticas públicas.

O *Amicus Curiae*, ou “amigo da corte”, é outro instrumento vital para garantir a legitimidade democrática nas decisões judiciais. Ao permitir que terceiros com experiência ou interesse significativo em uma questão legal apresentem suas visões, os tribunais podem obter *insights* e argumentos que transcendem as posições das partes diretamente envolvidas no caso. Isso não apenas enriquece a análise jurídica, mas também assegura que as decisões judiciais considerem um espectro mais amplo de interesses sociais e impactos potenciais, refletindo melhor as nuances e complexidades da sociedade.

Além disso, a inclusão de audiências públicas e *Amicus Curiae* serve como um mecanismo de controlo sobre o “estado judicial”. Ao integrar vozes diversas e especializadas no processo de tomada de decisão, essas práticas ajudam a mitigar os riscos de uma jurisdição excessivamente centralizada e desconectada das realidades sociais. Dessa forma, contribuem significativamente para um equilíbrio entre a independência judicial necessária e a responsabilidade democrática, essencial para a manutenção e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

4.3.2 Audiências públicas

Como já mencionado, Peter Häberle propõe uma visão inovadora e pluralista da interpretação constitucional. Segundo Häberle, a hermenêutica constitucional não deve ser vista como uma prerrogativa exclusiva das cortes judiciais, mas sim como um processo participativo e democrático, que envolve todos os membros da sociedade.

Nesse contexto, abre-se espaço para as audiências públicas, já que a Constituição de uma sociedade não deve ser interpretada apenas por juízes e advogados, mas por todos os cidadãos que compõem essa sociedade.



Isso significa que cada indivíduo, independentemente de sua posição ou qualificação profissional, tem o Direito de participar na interpretação da Constituição. Esse conceito é radicalmente democrático e visa garantir que a Constituição reflita verdadeiramente a pluralidade de vozes e perspectivas presentes na sociedade.

Ao reconhecermos a capacidade dos movimentos sociais em provocar mudanças constitucionais significativas, percebemos a natureza bifacetada da Constituição, tanto política quanto jurídica. Essa observação nos leva a uma conclusão importante sobre a democracia contemporânea: sua legitimidade não se baseia mais exclusivamente no voto. Em vez disso, a democracia moderna está evoluindo para além da mera representação, enfatizando a importância de um processo decisório coletivo. Esse processo visa adequar a Constituição às exigências e expectativas das gerações atuais e futuras, garantindo sua relevância e eficácia ao longo do tempo.

Nesse contexto, e ecoando as ideias de Lawrence Sager⁵³⁴, a participação cidadã assume uma dualidade funcional. Por um lado, temos a dimensão eleitoral, que envolve escolhas políticas; por outro, surge a dimensão deliberativa, que se concretiza de diversas maneiras. Isso inclui quando os poderes dão voz aos movimentos sociais ou quando se abrem oportunidades para a participação pública por meio de audiências, consultas públicas e a figura do *Amicus Curiae*. Esses mecanismos contribuem para uma democracia mais dinâmica e inclusiva, refletindo a evolução do papel cívico na interpretação e aplicação da lei constitucional.

Essa abertura da democracia deliberativa, quando realizada por meio de audiências públicas, utiliza uma noção de interesse geral, baseada na imparcialidade que permite partir dos interesses reais dos cidadãos para chegar a um critério de correção por meio de um processo de filtração e depuração, permitindo se falar em termos de princípios, desejos e expectativas.⁵³⁵

Tainah Simões Sales, tomando como base teoria de Habermas⁵³⁶, aduz que, “considerando que há diferentes pontos de vista sobre um mesmo tema e que nem mesmo a razão possui apenas um significado, a forma de garantir a validade das normas parte do

⁵³⁴ SAGER, Lawrence – **Juez y democracia: una teoría de la práctica constitucional norteamericana**. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 204.

⁵³⁵ MARTÍ, José Luis – **La república deliberativa: una teoría de la democracia**, p. 64.

⁵³⁶ HABERMAS, Jürgen – **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

estabelecimento de condições ideais de diálogo entre os participantes, para que prevaleçam as melhores razões e uma convivência pacífica”⁵³⁷.

As audiências públicas têm, notoriamente, o propósito de conferir uma amplitude de ideais, assim como proporcionar para além das partes diretamente envolvidas no processo esclarecimentos a respeito de impactos económicos, sociais e técnicos para a decisão a ser tomada, “pluralizar o debate constitucional significa permitir que a voz dos afetados se faça ouvir e receba a devida consideração do Tribunal e da sociedade como um todo”⁵³⁸.

Os movimentos sociais, como agentes de mudança, têm um papel fundamental na forma como as Constituições são interpretadas e aplicadas. Como já demonstrado, muitas mudanças significativas nos sistemas legais e políticos surgiram como resposta direta à pressão e à mobilização social.

Ao participar de audiências públicas nas cortes constitucionais, os movimentos sociais têm a oportunidade, mais fortemente, de influenciar de maneira direta a interpretação da Constituição, contribuindo para a construção de uma vicissitude constitucional mais legítima e transparente.

Movimentos sociais, representando uma diversidade de interesses e preocupações da sociedade, têm a capacidade de mobilizar a opinião pública e chamar a atenção para questões específicas. Quando essas questões são levadas a audiências públicas, ganham um espaço formal para serem ouvidas e consideradas pelos juízes constitucionais. As vozes coletivas fornecem *insights* e perspectivas que não poderiam ser obtidos por meio de uma mera interpretação do texto legal, evidenciando o aspeto do contexto social, cultural e político.

Há vários casos históricos em que a intervenção de movimentos sociais em audiências públicas resultou em decisões judiciais significativas, como o Movimento pelos Direitos Civis nos Estados Unidos: *Brown v. Board of Education* (1954).⁵³⁹ Esse caso marcou um ponto de viragem na luta contra a segregação racial nas escolas americanas. Movimentos sociais, incluindo *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), desempenharam um papel crucial na mobilização da opinião pública e na apresentação de

⁵³⁷ SALES, Tainah Simões – **Audiências públicas e democracia deliberativa no STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 15.

⁵³⁸ BINRNBOJM, Gustavo – **A nova jurisdição constitucional brasileira**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 115.

⁵³⁹ UNITED STATES. Supreme Court – *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). Arguição: 09-12-1952; 08-12-1953. Decisão: 17-05-1954. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/brown-v-board-of-education>. [Consult. em 08-01-2024].



argumentos jurídicos que levaram à decisão da Suprema Corte de que a segregação escolar era inconstitucional.

Movimento LGBTQIAP+ e Direitos de Casamento Igualitário. Em vários países, incluindo Estados Unidos (*Obergefell v. Hodges*, 2015⁵⁴⁰) e África do Sul (*Minister of Home Affairs v. Fourier*, 2006⁵⁴¹), os movimentos LGBTQIAP+ utilizaram audiências públicas para argumentar a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Esses casos resultaram em decisões históricas que alteraram a interpretação constitucional dos Direitos de casamento e igualdade.

Na Índia, o movimento ambientalista teve um papel significativo no desenvolvimento do conceito de “Direito ao Meio Ambiente Saudável” como parte do Direito à vida sob a Constituição da Índia. Casos como *M.C. Mehta v. Union of India*⁵⁴² demonstram como as petições e argumentos apresentados por ativistas ambientais levaram a Suprema Corte a tomar decisões importantes em questões ambientais.

Na Colômbia, o movimento pelos Direitos das mulheres influenciou a decisão da Corte Constitucional sobre a despenalização do aborto em certos casos (Sentença C-355/2006⁵⁴³). As organizações de mulheres apresentaram argumentos nas audiências públicas que enfatizavam os Direitos reprodutivos e a saúde das mulheres, levando a uma mudança na interpretação constitucional desses Direitos.

No Brasil, a ADPF n.º 54,⁵⁴⁴ que discutiu e concluiu a respeito da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não é constitucional para fins de tipificação de conduta penal (artigos 124.º, 126.º e 128.º, incisos I e II do Código Penal Brasileiro), também foi permeada de manifestações de movimentos sociais, sendo que, dos 10 (dez) Ministros que participaram do julgamento, 9 (nove) fizeram menção expressa quanto às audiências públicas.

⁵⁴⁰ BRITANNICA – **Obergefell v. Hodges**. Chicago, IL, 19-06-2024. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Obergefell-v-Hodges>. [Consult. em 08-01-2024].

⁵⁴¹ SOUTH AFRICA. Constitutional Court – Case CCT 60/04. Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC). **South African Legal Information Institute (SAFLII)** [Em linha]. Cape Town, 01-12-2005. Disponível em: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html>. [Consult. em 08-01-2024].

⁵⁴² BYJU’S – **MC Mehta vs Union of India** [Em linha]. Bangalore, India, 03-12-2022. Disponível em: <https://byjus.com/current-affairs/mc-mehta-vs-union-of-india/>. [Consult. em 08-01-2024].

⁵⁴³ COLOMBIA. Corte Constitucional – **Sentencia C-355/06** [Em linha]. Bogotá-DC, 10-05-2006. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>. [Consult. em 08-01-2024].

⁵⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54/DF** [Em linha]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 12-04-2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 23-04-2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. [Consult. em 08-01-2024].

No caso brasileiro é importante registrar que a primeira audiência pública ocorrida no Supremo Tribunal Federal, na ADI n.º 3.510, que discutiu a pesquisa com células-tronco embrionária, foi eminentemente científica, não trazendo qualquer carácter dialógico à Corte, o que inclusive foi objeto de críticas como a da Min. Ellen Gracie, que aduziu que a introdução de marcos científicos no ordenamento jurídico é atribuição legislativa.⁵⁴⁵

Na mencionada ADPF n.º 54, que apresentou alto impacto na decisão, quando foram permitidos que movimentos sociais organizados se manifestarem, ocorrido sob a presidência do Min. Gilmar Mendes, foi reforçada a “intenção dialógica do Tribunal, o apego ao pluralismo e à democracia deliberativa, elevando a audiência pública como forma de instrumento passível de maior segurança aos Ministros no pronunciamento dos julgamentos”⁵⁴⁶.

A participação dos movimentos sociais em audiências públicas enriquece o debate constitucional. Ela assegura que múltiplas perspectivas sejam consideradas, promovendo um entendimento mais profundo e multifacetado da Constituição. Esse diálogo ampliado é essencial para a vitalidade da democracia e para garantir que a Constituição reflita de forma contínua a evolução da sociedade.

A inclusão de vozes diversas nas discussões sobre a interpretação constitucional também pode fortalecer a legitimidade das decisões judiciais. Quando os cidadãos sentem que suas preocupações e perspectivas são ouvidas e consideradas, são mais propensos a ver o sistema legal e suas instituições como legítimas e representativas.

Não se desconhece que há na doutrina vozes como Renzzo Giacomo Ronchi, que relatam disfuncionalidades nas audiências públicas que vêm sendo realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Brasil): “A sociedade civil ainda participa das audiências públicas no STF porque esses eventos, que geram ‘hiper transparência’, ocultam um espaço que possibilita ações estratégicas pelos ministros e pelos atores externos, que podem exercer o lobby, cujos efeitos não só são perversos mas também corrompem o ideal rawlsiano de cortes supremas, do ponto de vista normativo, constituíram o espaço ideal para a construção de razões públicas”⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Página 214 do Acórdão.

⁵⁴⁶ VALLE, Vanice Regina Lório do [et al.] – **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 81.

⁵⁴⁷ RONCHI, Renzzo Giacomo – **O desencantamento das audiências públicas no STF: porque os ministros permanecem convocando esses atos e por que a sociedade civil ainda se interessa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 111.



É crucial reconhecer que a crítica de Ronchi levanta questões válidas e merece reflexão. A presença de *lobby* e a possibilidade de manipulação desses espaços podem, de fato, comprometer o ideal normativo, especialmente quando se considera o conceito rawlsiano de cortes supremas e a construção de razões públicas. No entanto, é possível argumentar que essa crítica não invalida a importância fundamental das audiências públicas para a interpretação constitucional e a democracia deliberativa.

Ao considerarmos a dinâmica das audiências públicas, é essencial encontrar um equilíbrio entre a transparência desejada e a prevenção de ações estratégicas que possam distorcer o propósito democrático desses eventos. A “hiper transparência” pode ser uma ferramenta de fortalecimento da democracia, permitindo que a sociedade participe ativamente na formação do entendimento constitucional.

Além disso, é crucial implementar medidas que garantam a integridade do processo, evitando manipulações indevidas. Controlos eficazes, regulamentações claras e um compromisso contínuo com a imparcialidade são elementos essenciais para mitigar os riscos apontados por Ronchi.

A crítica, portanto, não deve conduzir a uma rejeição total das audiências públicas, mas sim motivar uma reflexão aprofundada sobre como otimizar esses espaços de participação democrática. É possível conceber ajustes nas práticas e regulamentos, mantendo o foco na inclusão de vozes diversas, na pluralidade de perspectivas e no enriquecimento do debate constitucional.

Por isso, em nosso entendimento, para além da preocupação com a participação, deve-se preocupar com os argumentos sustentados no debate. É notório que o dissenso e a pluralidade são a marca da democracia, e é justamente onde as audiências públicas podem contribuir como mecanismo dialógico, para a construção de vicissitudes constitucionais de forma justificada e equilibrada.

4.3.3 *Amicus Curiae*

O termo *Amicus Curiae* deriva do latim e significa “amigo da corte”. A história⁵⁴⁸ por trás dessa figura jurídica remonta à tradição jurídica romana⁵⁴⁹, mas sua evolução para o papel

⁵⁴⁸ Ver: SILVA, Berkly Pimentel da – **Amicus Curiae: é fonte de legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal?** Curitiba: CRV, 2014, p. 67-71.

que conhecemos hoje ilustra a necessidade contínua do sistema legal de adaptar-se às complexidades da sociedade.

Na Roma Antiga, a prática de permitir a intervenção de terceiros em casos legais era incomum, já que o sistema jurídico da época era caracterizado pela rigidez e formalismo. No entanto, o *Amicus Curiae* teve seus primeiros vestígios em algumas situações específicas, em que amigos pessoais ou consultores especializados eram ocasionalmente convidados a oferecer informações adicionais aos tribunais.

O desenvolvimento significativo do *Amicus Curiae*, no entanto, ocorreu muito depois, na tradição do Direito inglês e norte-americano. Durante o final do século XIX e início do século XX, os tribunais começaram a reconhecer a importância de permitir que partes não diretamente envolvidas nos litígios contribuíssem com argumentos e informações especializadas.

O termo *Amicus Curiae* foi formalmente incorporado no sistema legal norte-americano, e seu uso começou a se tornar mais regular a partir do início do século XX. O principal objetivo era permitir que organizações e especialistas em determinados campos oferecessem *insights* valiosos em casos que poderiam ter impacto além das partes diretamente envolvidas.

O *Amicus Curiae*, assim, evoluiu para preencher uma lacuna no processo legal, proporcionando aos tribunais uma fonte adicional de conhecimento e perspectiva. Sua utilização foi ampliada para casos nos quais as decisões poderiam influenciar significativamente questões de interesse público, estabelecendo-se como um instrumento para garantir uma visão mais abrangente e informada do contexto social, político e económico.

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Português em seu artigo 64.º-A (Requisição de elementos) estabelece que “O presidente do Tribunal, o relator ou o próprio Tribunal podem requisitar a quaisquer órgãos ou entidades os elementos que julguem necessários ou convenientes para a apreciação do pedido e a decisão do processo”⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ BISCH, Isabel da Cunha – **O Amicus Curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 17.

⁵⁵⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional – Lei n.º 28, de 15 de novembro de 1982. “Lei Orgânica do Tribunal Constitucional”. Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. **Diário da República** [Em linha]. Série I, N.º 264, 1º Suplemento (15-11-1982). Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao01.html#art64A>. [Consult. em 11-01-2024].

A introdução da figura do *Amicus Curiae* no contexto jurídico brasileiro, embora não seja expressamente mencionada, remonta à promulgação da Lei n.º 6.616, de 16 de dezembro de 1978, que alterou a Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, regulamentando o mercado de valores mobiliários e estabelecendo a Comissão de Valores Mobiliários. O artigo 31.º dessa lei sinaliza implicitamente para o papel do *Amicus Curiae*, especificando que nos processos judiciais relacionados à competência da Comissão de Valores Mobiliários, esta seria intimada a oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, independentemente da demonstração de interesse jurídico, indicando seu envolvimento nessa qualidade.

Posteriormente, a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, derivada da conversão da Medida Provisória n.º 1.561-6, novamente institui o *Amicus Curiae* sem mencioná-lo diretamente. O parágrafo único do seu artigo 5.º destaca que pessoas jurídicas de Direito público podem intervir em causas com potenciais reflexos económicos, mesmo sem demonstrar interesse jurídico, caracterizando, implicitamente, a atuação do *Amicus Curiae* ao permitir intervenção sem a necessidade de demonstrar interesse jurídico formal.

No cenário das ações de controlo concentrado de constitucionalidade, a Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, trouxe uma inovação ao permitir a manifestação de órgãos e entidades como *Amicus Curiae*. O artigo 7.º, §2.º, dessa lei autoriza o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admitir a participação de outros órgãos ou entidades, evidenciando a inserção do *Amicus Curiae* nesse contexto.

A Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999, ao tratar da arguição de descumprimento de preceito fundamental, reforça a figura do *Amicus Curiae* no seu artigo 6.º, §1.º, permitindo ao relator marcar audiência pública com especialistas na matéria. Essa disposição reitera a participação do *Amicus Curiae* na ampliação do debate.

A relevância do *Amicus Curiae* também foi reconhecida pela Emenda Regimental n.º 12, de 2003, que adicionou o inciso III, parágrafo 5.º, ao artigo 321.º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Esse dispositivo regulamenta a manifestação de eventuais interessados em casos de recurso extraordinário nos Juizados Especiais Federais, consolidando o papel do *Amicus Curiae* nesse contexto.

Outras legislações esparsas fazem referência ao *Amicus Curiae*, mas a inovação mais substancial ocorreu no Novo Código de Processo Civil de 2015, que, em seu capítulo V, artigo 138.º, aborda diretamente esse instituto. O legislador, ao enquadrar o *Amicus Curiae*



como intervenção de terceiro, suscita questões sobre sua verdadeira natureza, seja como auxiliar da justiça ou assistente, aspetos que serão abordados posteriormente.

A doutrina costumava atribuir ao *Amicus Curiae* a característica de imparcialidade⁵⁵¹, entendimento que, com o tempo, vem sendo questionado. Contrariamente à ideia de neutralidade, observamos que, em muitos casos, essa figura raramente se abstém de assumir uma posição ao se envolver em litígios, frequentemente alinhando-se a uma das posições adotadas pelos litigantes.

Entretanto, é crucial diferenciar entre “interesse jurídico” e “interesse institucional”, uma vez que muitos autores consideram esses conceitos fundamentais para justificar a inserção do *Amicus Curiae* em uma ou outra corrente.

O interesse jurídico está relacionado ao desejo de vitória que terceiros têm em relação a uma das partes, ou seja, o terceiro auxilia uma das partes com o objetivo de que esta prevaleça na causa.

Já o interesse institucional está voltado para a resolução do litígio. Independentemente de qual parte sairá vencedora, esse interesse persegue a melhor solução possível do processo, contribuindo para um melhor entendimento da matéria e de seus reflexos práticos.

A distinção entre interesse jurídico e interesse institucional leva à argumentação de que o *Amicus Curiae* não necessariamente precisa ser totalmente imparcial, desde que tenha apenas o interesse institucional. O total desinteresse deste no processo tornaria sua participação injustificável.

Por isso, nosso entendimento converge que a atuação do *Amicus Curiae* é parcial e, como um interveniente em processos judiciais, se revela como uma ferramenta crucial para a promoção da legitimidade democrática⁵⁵² e a obtenção de decisões judiciais enraizadas no pluralismo.

Em consonância com a visão da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, como proposta por Peter Häberle⁵⁵³, a flexibilidade na aceitação do *Amicus Curiae* em casos além das previsões legais emerge como uma expressão concreta desse modelo interpretativo, inclusivo e participativo.

⁵⁵¹ Em Portugal, a imparcialidade é o ponto central do *Amicus Curiae*.

⁵⁵² Ver: DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues – **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2011.

⁵⁵³ Ver: FIORENTINO, Joyce Araújo – **Intervenção do Amicus Curiae na Jurisdição Democrática: da legitimidade das decisões judiciais no sistema de Direito comunicativo e o modelo estrutural de contraditório participativo**. São Paulo: Dialética, 2022, p. 127-129.

Nesse caminhar, a possibilidade de permitir a intervenção do *Amicus Curiae* em situações não claramente delineadas pela legislação fortalece a legitimidade democrática do processo judicial. Ao abrir espaço para vozes diversas, esse mecanismo não apenas reconhece a multiplicidade de perspetivas na sociedade, mas também garante que as decisões judiciais considerem de maneira abrangente as complexidades e nuances inerentes a questões contemporâneas.

O cerne da defesa da intervenção do *Amicus Curiae* reside na ideia de uma justiça mais inclusiva, capaz de abraçar a diversidade de visões presentes na sociedade. Ao proporcionar a participação de terceiros especializados e grupos interessados, mesmo em casos não expressamente previstos na legislação, o sistema judicial se enriquece com uma gama mais ampla de conhecimentos e experiências.

Além disso, a intervenção do *Amicus Curiae* assume um papel fundamental na proteção dos Direitos das minorias. Em um contexto democrático, é essencial assegurar que as decisões judiciais não apenas reflitam a vontade da maioria, mas também considerem e respeitem os Direitos e interesses das minorias. A presença do “amicus” potencializa a representatividade desses grupos, ampliando suas vozes no processo judicial e contribuindo para a promoção da igualdade e justiça social.

Ao abraçar a ideia de uma intervenção mais ampla do *Amicus Curiae*, estamos, de fato, adotando uma abordagem progressista e adaptativa. Essa flexibilidade não apenas reforça a capacidade do sistema jurídico de evoluir e se ajustar às demandas sociais em constante mudança, mas também enfatiza a importância de uma justiça que esteja verdadeiramente sintonizada com a diversidade e complexidade da sociedade.

A participação como *Amicus Curiae* permite que movimentos sociais forneçam informações especializadas, baseadas em pesquisas científicas, ampliando o entendimento do tribunal sobre questões específicas.

A pluralidade de perspetivas é essencial em uma sociedade diversificada. Movimentos sociais, intervindo como *Amicus Curiae* representam interesses variados, contribuindo para uma abordagem mais completa e equitativa. Essa intervenção dos movimentos sociais não apenas fornece dados científicos, mas também molda a jurisprudência ao apresentar argumentos consistentes baseados em evidências.



Observa-se que os movimentos sociais têm participado ativamente em litígios relacionados a Direitos humanos, apresentando dados científicos sobre discriminação, violações e impactos sociais, conforme já mencionamos.

Em suma, a atuação dos movimentos sociais como *Amicus Curiae* emerge como um catalisador crucial para a pluralidade de perspetivas no cenário jurídico. Ao fornecerem informações especializadas embasadas em pesquisas científicas, esses movimentos transcendem as limitações tradicionais do sistema judicial, moldando a jurisprudência de maneira única.

Sua intervenção, pautada por argumentos consistentes e dados concretos, reforça a ideia de que a participação diversificada no processo judicial não apenas enriquece a compreensão do tribunal sobre questões específicas, mas também promove uma justiça mais adaptativa, inclusiva e sintonizada com as complexidades da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, a contribuição dos movimentos sociais como *Amicus Curiae* representa um passo significativo em direção a um sistema legal verdadeiramente representativo e alinhado a valores democráticos.

4.4 **BACKLASH**

Há uma paródia relacionada às burocracias do leste europeu, comumente conhecida, que conta a respeito de um homem que viajava para lá e combinou com seus amigos que escreveria cartas utilizando caneta com tinta azul para o que fosse verdadeiro e caneta com tinta vermelha para o que fosse falso. Após algum tempo, os amigos recebem uma carta que afirma “Tudo aqui é maravilhoso: as condições de vida são as melhores possíveis, a liberdade é plena. A única coisa que não se consegue é encontrar tinta vermelha”.

Esse episódio tangencia a questão dos limites. Especificamente o limiar entre utopia e realidade, em termos de Direito constitucional, a diferença entre a Constituição real e efetiva, caracterizada pelos “fatores reais de poder”, da Constituição formal e jurídica. Moreira Alves, em seu discurso de instalação da constituinte brasileira⁵⁵⁴, alude aos devaneios utópicos, à quimera perene dos homens em inserir nas Constituições uma perfeição que lhes é inalcançável.

⁵⁵⁴ ALVES, José Carlos Moreira – Assembleia Nacional Constituinte: instalação. **Revista de Informação Legislativa** [Em linha]. Vol. 24, n.º 93 (jan./mar. 1987), p. 5-14. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224180>. [Consult. em 16-01-2024], p. 5-14.



De maneira clara, quando nos referimos apenas à Constituição posta e aos poderes constituídos, de certa forma excluímos toda a dimensão utópica e transformadora que o âmbito do Direito constitucional democrático abarca.

O utopismo no constitucionalismo é contraposto ao Direito formal, ao discurso que legitima o Direito como servo do poder. É um utopismo crítico, permanentemente crítico, pluralista, funcionando como um princípio esperança no qual a Constituição não renuncia a transformar a realidade, mas o faz com as pessoas, e não contra elas. Uma Constituição disposta a reconhecer erros e corrigi-los.

Democracia e constitucionalismo não são pontos de chegada, mas sim pontos de partida. Vivemos sob a tensão permanente do ideal democrático, fundamentado no poder político, na soberania popular e na necessidade de limitação do poder. É crucial compreender que a Constituição, seja ela escrita (posta) ou material, em uma sociedade aberta onde emergem novos valores e pluralismo, também é aberta, sensível ao influxo de novos conteúdos e valores.

Portugal e Brasil, desde sua democratização, testemunham um crescente avanço em termos de cultura constitucional⁵⁵⁵, uma consciência ampliada de seus Direitos e, conseqüentemente, uma busca mais intensa por esses Direitos.

Essa busca se materializa na jurisdição constitucional. Em regra, existem duas formas de modificações na Constituição: uma formal, por meio de emendas; e outra informal, conhecida como mutação, frequentemente realizada pela jurisdição constitucional. Críticas à ordem constitucional brasileira, alegando instabilidade devido a mudanças constantes, são rebatidas pela ideia de que essas alterações conferem longevidade à ordem constitucional.

A jurisdição constitucional compreendida como uma dinâmica que faz uso do utopismo ou do princípio esperança para conferir vitalidade à Constituição material, moldando e transformando a realidade.

No entanto, surge um problema quando a expressão “decisão judicial não se questiona, se cumpre” é confrontada com a realidade, desafiando a ideia de inevitabilidade da jurisdição de Candido Rangel Dinamarco.⁵⁵⁶ Isso não tem sido uma realidade, não apenas no Brasil, mas em muitos países, onde as decisões judiciais geram insatisfação, e essa insatisfação se converte em mobilização organizada, dando origem ao fenômeno do *backlash*.

⁵⁵⁵ Há que se anotar que em Portugal a cultura constitucional é maior que no Brasil.

⁵⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria geral do processo**. 34.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2023, p. 81-83.



O *backlash*, em um conceito objetivo, representa uma reação adversa à atuação judicial. É um contra-ataque, não jurídico, mas político. Por ser político, o foco de ataque não é o fundamento jurídico, mas sim a vertente ideológica por trás do tema decidido.

No contexto brasileiro, diante de situações rotineiras de estado de coisas inconstitucionais, a jurisdição constitucional tem se posicionado como vanguardista, sendo percebida pelo poder político como uma tentativa do poder jurídico de dominar ou controlar o poder político.

A dinâmica do *backlash* segue um padrão: o judiciário emite uma decisão de vanguarda nos Direitos fundamentais; como a consciência social ainda não está bem formada, a decisão judicial é bombardeada com discursos repletos de argumentos morais e até emocionais; a crítica orquestrada contra a decisão judicial fragmenta o pensamento da sociedade, possibilitando a mudança na opinião pública que se reflete na escolha de representantes eleitos; ao vencer as eleições e assumir o controlo do poder político, procura-se aprovar leis que alteram ou invalidam a decisão judicial, ou ainda busca-se alterar a composição da jurisdição constitucional para abrir espaço de mudança dentro dela mesma.

Evidentemente, há que se fazer uma separação entre as vicissitudes que corroem o Estado Democrático de Direito e a proatividade da jurisdição constitucional. A questão é ponderar quanto a essas alterações/modificações provenientes da jurisdição constitucional, em que medida são democráticas ou fruto de um discurso legitimador, assemelhando-se a uma espécie de ditadura.

Nesse ponto, entendemos que, quando uma vicissitude constitucional ocorre por decisão da jurisdição constitucional amparada e em conformidade com os costumes de natureza constitucional, especialmente aqueles oriundos dos chamados novos movimentos sociais do século XXI, há um incremento da democracia. Isso representa a vivacidade da Constituição, o utopismo ou princípio esperança.

Contudo, quando a jurisdição constitucional promove uma decisão em que o debate social não está consolidado ou minimamente fortalecido na sociedade, corremos o risco de estar diante de uma ditadura, de uma corrosão da ordem constitucional.

Isso não ocorre porque a decisão seja correta ou incorreta, mas simplesmente porque reflete um viés ideológico do julgador, abrindo espaço para um legítimo *backlash*. Vamos trazer alguns exemplos para ilustrar essa questão.



No caso do reconhecimento da união homoafetiva, a decisão judicial foi respaldada por um forte e amplo movimento social. Apesar de vozes contrárias sugerindo um possível *backlash* para a criação de um Estatuto da Família, parece improvável que a aspiração legislativa nesse caso promova revisão e retrocesso.

Essa situação suscita uma dúvida: admitindo hipoteticamente uma alteração legislativa impedindo o reconhecimento da união homoafetiva, seria tal medida inconstitucional? Parece que sim, e essa inconstitucionalidade seria porque o Tribunal Constitucional se pronunciou materialmente sobre a questão, ou seja, não se permitiria que a Constituição escrita seja adaptável a uma vontade política contrária à Constituição material.

Outro exemplo efetivo de *backlash* é a questão da vaquejada. Em 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu que uma Lei do Ceará era inconstitucional, vedando a ocorrência da vaquejada. Entretanto, o poder político promoveu uma emenda à Constituição que, em tese, permitiu novamente as vaquejadas. Esse tema suscitou duas ações diretas de inconstitucionalidade e poderá representar um bom exemplo de como a jurisdição constitucional enfrentará a questão formal/material.

Ao abordar a questão do *backlash*, é essencial refletir se ele é constitucional. Em nossa compreensão, sim, é constitucional, representando um mecanismo de freios e contrapesos próprio da ordem constitucional, funcionando como um limitador do poder judicial. No entanto, sua contribuição para fortalecer ou corromper o Estado Democrático de Direito dependerá de cada caso específico.

Fazendo uma breve consideração, percebemos que existe uma modalidade inversa de *backlash*, dito de outra forma, nossa compreensão é que o *backlash* não ocorre somente em face de decisões judiciais, podendo ocorrer também contra medidas legislativas ou até do executivo.^{557,558}

⁵⁵⁷ Embora com menor vigor, também nessa esteira: FONTELES, Samuel Sales – **Direito e Backlash**. Salvador: JusPodivm, 2019; TEDESCO, Flavia Maria Machado Alves – **O backlash e a legitimação democrática do judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância**. São Paulo: Dialética, 2022.

⁵⁵⁸ Em sentido contrário, ou seja, limitando o *backlash* exclusivamente contra decisões judiciais: KRONKA, Bruno Ávila Fontoura – **O efeito backlash como estímulo a accountability do sistema de justiça brasileiro**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.



Ou seja, em nosso entendimento, o *backlash* nada mais é que a exteriorização do dissenso por meio dos movimentos sociais, próprio ou típico do Direito constitucional de resistência ou da desobediência civil.⁵⁵⁹

Um exemplo disso é o que ocorreu no dia 23 de outubro de 2020, quando Portugal vivenciou um momento crucial em seu cenário político consistente na rejeição pelo Parlamento da proposta de submeter à consulta popular, por meio de referendo, o controverso projeto que buscava descriminalizar o suicídio assistido e a eutanásia sob certas condições. O debate foi marcado por uma intensa participação e articulação de grupos conservadores pró-vida, notadamente a Federação Portuguesa pela Vida.⁵⁶⁰

É certo que a proposta de descriminalização do suicídio assistido e da eutanásia foi palco de debates acalorados, envolvendo não apenas considerações éticas e morais, mas também a ativa participação de movimentos sociais. Em Portugal, a Federação Portuguesa pela Vida⁵⁶¹ emergiu como uma voz proeminente entre os grupos conservadores, defendendo posições alinhadas com valores pró-vida.

O projeto, concebido para oferecer uma estrutura legal para situações específicas de suicídio assistido e eutanásia, enfrentou resistência significativa, liderada em grande parte por grupos conservadores pró-vida. Enquanto os proponentes enfatizavam a necessidade de proporcionar escolhas compassivas aos cidadãos em suas decisões finais, a Federação Portuguesa pela Vida e outros grupos semelhantes expressavam preocupações profundas relacionadas a princípios éticos e morais fundamentais.

Em 23 de outubro de 2020, o Parlamento português reuniu-se para deliberar sobre a proposta. A recusa em submeter a questão a um referendo popular refletiu não apenas considerações políticas, mas também a efetiva mobilização de grupos conservadores, que advogaram contra uma possível mudança nas políticas de saúde e ética do país.

Os legisladores que se opuseram à proposta argumentaram que questões tão complexas deveriam ser decididas no âmbito parlamentar, evitando um afastamento das responsabilidades democráticas.

⁵⁵⁹ O pensamento de Hannah Arendt é no sentido de que desobediência civil e o *backlash* são compatíveis entre si porque é uma objetivação de modificação de uma decisão de um poder instituído que se busca alterar. Ver: ARENDT, Hannah – **Crises da República**.

⁵⁶⁰ PINTO, Domingos – Portugal: “Obsessão ideológica” impede referendo à eutanásia. **Vatican News** [Em linha]. Lisboa, 7-10-2020. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/igreja/news/2020-10/portugal-obsessao-ideologica-impede-referendo-eutanasia.html>. [Consult. em 16-01-2024].

⁵⁶¹ Ver: FPV, Federação Portuguesa pela Vida – **Comunicados** [Em linha]. Lisboa, 2024. Disponível em: <https://www.federacaopelavida.pt/c%C3%B3pia-comunicados-2>. [Consult. em 14-01-2024].

O Sr. Presidente da República Portuguesa solicitou na forma constitucional ao Tribunal Constitucional que realizasse a fiscalização preventiva das normas do então Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República, publicado no *Diário da Assembleia da República*, Série II-A, número 76, de 12 de fevereiro de 2021, que regula as condições especiais em que a antecipação da morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal, recebido e registado na Presidência da República, no dia 18 de fevereiro de 2021.

O pedido requereu: “Atento o exposto, requer-se, nos termos do n.º 1 do art.º 278º da Constituição, bem como do n.º 1 do art.º 51.º e n.º 1 do art.º 57.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas do artigo 2.º e, consequentemente, dos artigos 4.º, 5.º, 7.º e 27.º constantes do Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República, por violação dos princípios da legalidade e tipicidade criminal, consagrados no artigo 29.º, n.º 1 e do disposto no n.º 5 do artigo 112.º, relativamente à amplitude da liberdade de limitação do Direito à vida, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 24.º, n.º 1, todos da Constituição da República Portuguesa”⁵⁶².

Em que pese votos divergentes, o Tribunal Constitucional decidiu o seguinte: “a) Pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma constante do seu artigo 2.º, n.º 1, com fundamento na violação do princípio de determinabilidade da lei enquanto corolário dos princípios do Estado de Direito democrático e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º e 16.º 5, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, por referência à inviolabilidade da vida humana consagrada no artigo 24.º, n.º 1, do mesmo normativo; e, em consequência, b) Pronunciar-se pela inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 4.º, 5.º, 7.º e 27.º do mesmo Decreto”⁵⁶³.

Por consequência e considerando que o Tribunal Constitucional aludiu a inconstitucionalidade e a existência de insuficiente densificação e determinabilidade da lei, o decreto foi devolvido à Assembleia da República sem promulgação para que tais inconsistências pudessem ser ultrapassadas.

⁵⁶² PORTUGAL. Tribunal Constitucional – Acórdão n.º 123, de 12 de abril de 2021. Processo n.º 173/2021. Órgão Relator: Conselheiro Pedro Machete. Julgador: Tribunal Pleno. **Diário da República** [Em linha]. 1.ª série, n.º 70 (12-04-2021), p. 5-93. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210123.html>. [Consult. em 16-01-2024].

⁵⁶³ *Ibid.*

Após o trâmite regular, a Assembleia da República aprovou o Decreto número 23/XV, sendo que o Sr. Presidente da República Portuguesa novamente requereu a fiscalização de constitucionalidade preventiva.

Sobreveio então o Acórdão n.º 5/2023⁵⁶⁴, que novamente concluiu pela inconstitucionalidade. Inegável que o Tribunal Constitucional não fez qualquer menção expressa aos movimentos sociais ocorridos em Portugal, referenciando apenas em duas passagens: uma ao transcrever o veto do Sr. Presidente da República Portuguesa: “suscita-se uma questão mais substancial. Corresponde tal visão mais radical ou drástica ao sentimento dominante na sociedade portuguesa? Ou, por outras palavras: o que justifica, em termos desse sentimento social dominante no nosso País... Note-se que a objeção respeita a esta segunda versão do diploma, e não alude ao processo que antecedeu a elaboração da primeira versão. Não invoca argumentos eleitorais reportados a 2019, ou intenções referendárias subsequentemente debatidas. Trata-se de saber em que bases se apoia a opção pela solução mais drástica e radical, se for essa a opção da Assembleia da República”⁵⁶⁵.

E em outra passagem fazendo referência ao procedimento adotado na França, de forma que não é possível extrair expressamente que os movimentos sociais contrários à eutanásia possam ter impactados na decisão da consulta preventiva de constitucionalidade, bem como da própria decisão do Tribunal Constitucional. Mas é certo que se está diante de um *backlash*.

Ao percorrer as complexidades do constitucionalismo e da jurisdição constitucional, o fenómeno do *backlash* emerge como um desafio multifacetado que transcende as delimitações dos tribunais e se estende aos três poderes instituídos: Judiciário, Legislativo e Executivo.

No cerne dessa discussão encontra-se a questão premente da legitimidade. A jurisdição constitucional, para desempenhar seu papel crucial na proteção dos Direitos fundamentais e na interpretação da Constituição, deve constantemente buscar e manter a legitimação perante a sociedade, inclusive como forma de transparência.

Para enfrentar o futuro, a jurisdição constitucional e os poderes instituídos devem considerar inovações que fortaleçam a transparência e promovam a participação pública em todas as esferas de tomada de decisão.

⁵⁶⁴ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão n.º 5, de 09 de junho de 2023. Processo n.º 5/2023. Relator: Conselheira Maria Benedita Urbano (Conselheiro José António Teles Pereira). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. **Diário da República** [Em linha], Série I, n.º 111 (09-06-2023), p. 11-27. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230005.html>. [Consult. em 16-01-2024].

⁵⁶⁵ *Ibid.*

O diálogo aberto com a sociedade, explicando não apenas as decisões judiciais, mas também os fundamentos por trás das leis e políticas, é crucial para construir confiança e dissipar dissensos.

Diante das incertezas do futuro, a jurisdição constitucional e os poderes instituídos, comprometidos com os princípios democráticos devem manter sua vitalidade e adaptabilidade. O *backlash*, embora represente uma resistência natural, não deve ser encarado como um obstáculo, mas sim como uma oportunidade para aprimoramento contínuo, garantindo que o papel crucial de todos os poderes na proteção dos Direitos fundamentais perdure com legitimidade e eficácia.



CONCLUSÃO

Nesta pesquisa, investigamos como o costume constitucional e a dinâmica social moldam as Constituições do Brasil e Portugal, destacando o papel dos costumes na evolução democrática do direito constitucional. Ao analisar a interação entre direito e sociedade, revelamos a natureza viva do Direito, continuamente transformado por movimentos sociais e costumes que refletem as mudanças sociais, políticas e culturais.

Exploramos como o constitucionalismo, desde suas origens até suas manifestações contemporâneas, evoluiu para incluir uma mistura de limitação de poder e garantia de direitos fundamentais, adaptando-se às necessidades sociais por meio de Constituições escritas e supremacia constitucional. No século XX, o constitucionalismo social emergiu, reconhecendo a necessidade de direitos económicos e sociais, marcando um movimento em direção a um direito mais inclusivo.

O impacto dos movimentos sociais do século XXI, como o Black Lives Matter e o movimento LGBTQIAP+, foi profundamente analisado, mostrando como eles desafiam práticas tradicionais e influenciam a interpretação das leis, redefinindo o costume constitucional. Esses movimentos ressaltam que as Constituições são documentos dinâmicos, sujeitos a reinterpretações contínuas que refletem as mudanças sociais.

Concluimos que a interpretação constitucional é uma atividade que envolve múltiplos atores sociais, reafirmando a ideia de uma ‘sociedade aberta dos intérpretes da Constituição’. Os movimentos sociais modernos, com suas demandas por justiça e equidade, são fundamentais na democratização do Direito constitucional, garantindo que a Constituição permaneça um reflexo vivo dos valores sociais em evolução.

Nessa pesquisa, analisamos como os Novos Movimentos Sociais, emergindo de lutas sociopolíticas, económicos e culturais, moldam a evolução democrática das Constituições do Brasil e Portugal. Identificamos que, ao contrário das perspectivas marxistas tradicionais focadas em conflitos de classes, esses movimentos abordam uma variedade de questões, como género, raça e direitos humanos, refletindo a complexidade das identidades sociais e das lutas contemporâneas.

Discutimos como o Direito democrático de resistência e a desobediência civil, centrais na Teoria dos Novos Movimentos Sociais, atuam como catalisadores de mudança, desafiando estruturas de poder e refletindo a capacidade dos cidadãos de influenciar a interpretação



constitucional. Esses movimentos ampliam o escopo das lutas tradicionais, abordando uma variedade de questões sociais e políticas e ressaltando a importância da ação coletiva e da solidariedade.

Além disso, exploramos o papel do costume constitucional, entendido não apenas como uma prática, mas como uma sinfonia de vozes que ecoam através do tempo, refletindo comportamentos coletivos e formando um critério intrínseco para a interpretação da Constituição. O costume emerge como uma força vital, alimentada pela constante evolução social e política, assumindo um papel normativo no âmbito jurídico.

Concluimos que os costumes e os movimentos sociais são essenciais para a democratização do Direito constitucional, guiando a interpretação e aplicação das leis de maneira que reflitam os valores e as necessidades contemporâneas da sociedade. Essa dinâmica sublinha a natureza viva do Direito, como um diálogo contínuo entre o passado e o presente, entre o escrito e o vivido, essencial para a evolução prática da democracia e da participação cívica no século XXI.

Nesta pesquisa, exploramos a interação vibrante entre os movimentos sociais e a evolução constitucional nas sociedades brasileira e portuguesa. Observamos que, seja nas praças de Lisboa ou nas ruas de São Paulo e Rio de Janeiro, os clamores por justiça e igualdade moldam uma realidade constitucional viva, refletindo não apenas as aspirações comuns, mas também a diversidade de suas lutas. Esses movimentos são mais do que manifestações; são expressões de uma democracia ativa, em que cada voz contribui para o contínuo diálogo entre o povo e a lei.

Esses grupos, ao transformar costumes em normas jurídicas, desafiam as estruturas legais estagnadas e impulsionam a justiça evolutiva, evidenciando que a Constituição, longe de ser um documento imutável, respira ao ritmo da vontade popular. Cada protesto e cada marcha inscrevem novas linhas no texto constitucional, numa constante metamorfose guiada pela interação dinâmica entre as tradições jurídicas e as demandas emergentes da sociedade.

Por meio dessa análise, ressaltamos que a Constituição não é um monumento estático, mas um rio fluente, alimentado pelas águas turbulentas do engajamento cívico. A narrativa constitucional é uma tapeçaria tecida por inúmeras vozes, uma história contínua que se desdobra nos tribunais, nas ruas e nos corações dos que buscam um futuro mais justo.

Entretanto, distinguimos a comunicabilidade dos movimentos sociais, que formam o costume, da vicissitude constitucional, que emerge de fontes particulares. Essa distinção é



crucial, pois, enquanto a ação política pode não resultar diretamente em mudança constitucional, é o reconhecimento dessa necessidade política que catalisa a transformação efetiva, aplicando a *opinio iuris* – a crença na necessidade jurídica dessas mudanças.

Concluimos que a vivacidade da Constituição deriva não só da lei escrita, mas do reconhecimento e incorporação dos costumes por meio das vicissitudes, refletindo as realidades sociais complexas e dinâmicas. Essa discrepância entre o direito constitucional escrito e o efetivamente válido sublinha a importância de adaptar a Constituição às evoluções da sociedade, assegurando que ela permaneça relevante e reflexiva das condições atuais.

Os movimentos sociais têm um impacto profundo na formação do costume constitucional, influenciando a efetividade da Constituição de várias maneiras:

1. **Expressão de Valores Sociais:** Os movimentos refletem valores sociais, moldando a interpretação e aplicação das leis, e influenciando a jurisprudência.
2. **Pressão para Mudança Legal:** Frequentemente, esses movimentos pressionam por mudanças legislativas ou emendas constitucionais para refletir melhor suas preocupações.
3. **Desenvolvimento de Novos Precedentes:** Por meio de desafios legais, estabelecem novos precedentes que podem redefinir a interpretação das leis existentes.
4. **Criação de Consciência:** Aumentam a conscientização sobre questões específicas, influenciando a opinião pública sobre o que é constitucionalmente aceitável.
5. **Influência na Cultura Legal:** Com o tempo, podem alterar a cultura legal de um país, mudando normas e expectativas sobre a interpretação das leis.

Esse ciclo entre movimentos sociais, formação de costume e vicissitude constitucional mostra a adaptação da Constituição a novas exigências sociais e políticas. A Constituição não é estática, mas flui, alimentada pela participação ativa e pelo engajamento cívico, ressoando com as aspirações do povo.

Essa abordagem aberta à interpretação e ao aprimoramento constitucional reconhece a multiplicidade de vozes e experiências no tecido social, fortalecendo a legitimidade da Constituição, quando ela não só fala à sociedade, mas também a ouve e responde.

Ao incentivar a participação popular em fóruns de discussão e decisões sobre mudanças constitucionais, e ao integrar contribuições de audiências públicas e *amicus curiae* nos processos judiciais e legislativos, ampliamos o conhecimento e a base de apoio para decisões mais justas e equitativas. A transparência e o diálogo robusto entre diferentes poderes do estado são essenciais para que a Constituição reflita um consenso mais amplo.

Finalmente, reconhecer e abordar o fenómeno do *backlash*, entendido como reações a mudanças significativas, é crucial para navegar com sucesso no processo de vicissitude constitucional. Ao entender e mitigar as preocupações daqueles que resistem às mudanças, facilitamos um debate público mais enriquecido e promovemos vicissitudes constitucionais sustentáveis e significativas.

Reconhecida a vicissitude constitucional por meio do influxo do costume oriundo dos movimentos sociais, conforme a fundamentação descrita ao longo dos capítulos, remanescem duas questões a serem respondidas: [1] devem ser opostos limites ou fatores impeditivos ao seu reconhecimento?; [2] as vicissitudes constitucionais representam um meio democrático de consolidação ou corrosão da Constituição escrita?

As imposições de limites às vicissitudes constitucionais podem ser consideradas sob quatro óticas.

[1] *Barreira Literal*: Argumenta-se que o texto da Constituição deve ser o limite fundamental para sua interpretação e alteração. Contudo, ao considerar a realidade dinâmica social e política, a aplicação estrita desse limite pode ser impraticável. Em vez disso, sugerimos uma abordagem que equilibre respeito ao texto com a flexibilidade para adaptar-se às mudanças sociais, respeitando o espírito e os princípios da Constituição.

[2] *Teoria da Simetria*: Essa teoria preconiza a coerência com o texto e a estrutura originais da Constituição. No entanto, uma aderência rígida a essa teoria pode impedir evoluções necessárias. Propomos uma visão mais dinâmica e sistemática, permitindo que a Constituição evolua com a sociedade, respeitando suas fundações, mas sem estar presa a concepções obsoletas.

[3] *Teoria da Substituição*: Defende que as vicissitudes não devem substituir a identidade original da Constituição. Em vez disso, devem ser entendidas como atualizações que preservam a essência do documento. Embora essa teoria vise proteger a continuidade, sua rigidez pode tornar a Constituição inapta para enfrentar novos desafios. Advogamos por uma aplicação que permita adaptações sem alterar fundamentalmente a natureza da Constituição.



[4] *Teoria da Progressividade*: Representa um marco no entendimento contemporâneo das vicissitudes constitucionais, do Direito e da sua aplicação na sociedade. Essa teoria enfatiza a ideia de que o Direito constitucional está em constante evolução, adaptando-se às mudanças sociais, culturais e políticas.

Neste contexto, a Constituição de um Estado não é vista como um documento estático, mas como uma entidade viva, que respira junto com a sociedade que rege. Essa perspectiva ressalta a importância da interpretação e da aplicação do Direito de forma dinâmica, reconhecendo que as realidades sociais de hoje podem ser muito diferentes daquelas do passado.

Um dos aspetos fundamentais dessa abordagem é a consideração dos Direitos fundamentais não apenas como proteções contra a maioria, mas também como instrumentos de inclusão e progresso social.

Os Direitos fundamentais, nesse sentido, são entendidos como “trunfos” que garantem a proteção de minorias e grupos vulneráveis contra possíveis abusos da maioria. Essa visão coloca uma ênfase significativa no papel dos tribunais e na interpretação judicial como meios de garantir que os Direitos fundamentais sejam efetivamente respeitados e promovidos.

Além disso, a progressividade no Direito também implica uma abertura ao diálogo e à participação democrática. Isso significa reconhecer que a interpretação da Constituição não é exclusiva dos tribunais ou dos juristas, mas é um processo que deve envolver a sociedade como um todo.

Cada cidadão, em sua própria capacidade e entendimento, contribui para a evolução do entendimento constitucional. Assim, a Constituição se torna um documento mais inclusivo, refletindo uma diversidade maior de vozes e experiências.

Nessa perspectiva, o Estado constitucional é visto como um facilitador da justiça social, promovendo não apenas a igualdade formal, mas também buscando a igualdade material. Isso implica reconhecer e enfrentar as desigualdades estruturais presentes na sociedade, utilizando o Direito como ferramenta para promover mudanças sociais positivas e progressivas.

Portanto, a Teoria da Progressividade no Direito ressalta a importância de um olhar atento às transformações sociais e à necessidade de uma constante reinterpretção do Direito para que ele permaneça relevante e eficaz na promoção de uma sociedade mais justa e equitativa.



Em suma, essa teoria, quando empregada a ideia de limite das vicissitudes constitucionais, reflete uma compreensão mais dinâmica e inclusiva, reconhecendo a importância dos Direitos fundamentais como pilares de proteção e promoção da dignidade humana e enfatizando a necessidade de uma Constituição que esteja em harmonia com as mudanças e desafios da sociedade moderna.

Nosso entendimento se alinha a essa teoria, entretanto há algumas críticas e riscos de inconsistências. Uma das principais críticas é que a progressividade pode levar a uma maior subjetividade nas decisões judiciais.

Se os juízes são encorajados a interpretar a Constituição e as leis de maneira dinâmica e adaptativa, isso pode abrir espaço para decisões baseadas em opiniões pessoais ou ideologias, em vez de uma aplicação estrita da lei, e pode ameaçar a previsibilidade e a estabilidade do Direito.

Outra preocupação é que a teoria da progressividade, especialmente quando associada a uma interpretação constitucional expansiva pelos tribunais, pode minar a soberania do poder legislativo.

Os críticos argumentam que, ao reinterpretar leis e disposições constitucionais além do texto original, os tribunais podem efetivamente “legislar do banco dos réus”, usurpando o papel do legislativo.

A progressividade também pode entrar em conflito com o princípio da legalidade, que exige que as leis sejam claras, precisas e previsíveis. A aplicação dinâmica das leis pode levar a uma maior incerteza jurídica, dificultando para indivíduos e empresas preverem como as leis serão aplicadas.

Alguns críticos argumentam que a teoria da progressividade, ao enfatizar a interpretação judicial, pode reduzir o papel da democracia representativa. Em uma democracia, as leis são idealmente criadas e modificadas por representantes eleitos pelo povo. A alteração significativa dessas leis por meio da interpretação judicial pode desviar-se desse princípio democrático.

A ideia de “progresso” é intrinsecamente subjetiva e varia amplamente entre diferentes culturas e sociedades. O que é considerado progresso em um contexto pode não ser visto da mesma forma em outro. Isso levanta a questão de como os juízes podem determinar objetivamente o que constitui uma interpretação “progressiva” das leis.



Existe uma linha tênue entre uma interpretação progressiva e o ativismo judicial. Críticos da Teoria da Progressividade muitas vezes alertam que isso poderia levar a um ativismo judicial, em que os juízes impõem suas próprias visões políticas ou sociais sob o disfarce de interpretação legal.

As diretrizes apresentadas ao longo da tese propõem uma abordagem integrada e multifacetada para superar as críticas à Teoria da Progressividade no Direito. Inicialmente, abordando a questão da subjetividade judicial, o envolvimento de uma gama diversificada de intérpretes da Constituição pode ajudar a equilibrar e moderar as interpretações judiciais. Isso ajuda a reduzir a subjetividade nas decisões, promovendo maior objetividade e justiça.

Além disso, a participação mais ampla na interpretação constitucional serve para reforçar os pilares da democracia. Ao fazer isso, o papel dos tribunais é equilibrado com a soberania do legislativo, garantindo que nenhuma entidade tenha um poder desproporcional sobre a outra. Essa interação entre os poderes judiciário e legislativo contribui para a manutenção de um sistema de governo equilibrado e responsável.

A adoção de um diálogo contínuo entre os diferentes intérpretes também ajuda a clarificar e estabilizar a interpretação das leis. Esse processo respeita e reforça o princípio da legalidade, assegurando que as leis sejam claras, precisas e previsíveis. Isso é fundamental para manter a confiança no sistema jurídico e para garantir que as leis sejam aplicadas de forma justa e consistente.

Na esfera da democracia e da representatividade, a abordagem de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição promove maior inclusão e participação democrática na formação do Direito. Isso garante que uma variedade de vozes e perspectivas sejam ouvidas, refletindo verdadeiramente a diversidade e a pluralidade da sociedade.

Quanto à definição de “progresso”, a pluralidade de vozes e perspectivas é crucial. Ela ajuda a formar um entendimento mais equilibrado e abrangente do que significa progresso, levando em conta as diferentes experiências e visões presentes na sociedade. Isso é essencial para garantir que o progresso no Direito seja inclusivo e refletivo das necessidades e desejos de toda a população.

Por fim, a ampla participação na interpretação constitucional atua como um importante contrapeso ao ativismo judicial. Isso assegura que a interpretação do Direito seja mais ancorada na realidade social e menos influenciada pelas preferências individuais dos juízes.



Ao considerar uma gama mais ampla de perspetivas e experiências, o sistema jurídico torna-se mais justo, equitativo e adaptável às mudanças sociais.

Essa abordagem integrada sugere que, ao envolver diversos participantes no processo de interpretação constitucional, é possível atenuar as críticas associadas à Teoria da Progressividade. Assim, promove-se uma aplicação do Direito que é dinâmica, inclusiva e socialmente responsiva, garantindo que o sistema jurídico não apenas responda às necessidades atuais da sociedade, mas também esteja preparado para enfrentar os desafios futuros.

Ainda, no contexto da superação das críticas à teoria da progressividade, o fenómeno do *backlash* desempenha um papel significativo e multifacetado. O *backlash* deve ser visto como um termómetro das tendências sociais e como um mecanismo de *feedback* para o sistema jurídico.

Ao identificar e responder a essas reações, os poderes instituídos podem refinar suas abordagens, garantindo que as decisões não apenas sigam os princípios legais, mas também estejam alinhadas com as sensibilidades sociais e culturais, com transparência, e que guardem razoável consenso.

Esse processo de ajuste contínuo, guiado em parte pelo *backlash*, ajuda a equilibrar a necessidade de progressividade legal com a estabilidade social e a legitimidade democrática, aperfeiçoando o diálogo e o aprimoramento de uma sociedade dinâmica e em constante evolução.

Note-se que, no universo do constitucionalismo, a dinâmica dos movimentos sociais e a emergência do costume constitucional desempenham papéis cruciais na formação e no reforço do consenso, capaz de dar reconhecimento por meio das vicissitudes constitucionais que os incorporam.

Os movimentos sociais, representando diversas fações e interesses dentro da sociedade, são catalisadores essenciais na articulação de demandas e na promoção de mudanças. Eles refletem o pulso da sociedade civil e atuam como forças motrizes na evolução das normas constitucionais, desempenhando um papel vital na criação de um consenso mais amplo e profundo.

O costume constitucional, originado desses movimentos, é um exemplo da influência direta da sociedade na Constituição. Costumes constitucionais são práticas e entendimentos



que, embora não codificados formalmente na Constituição, ganham força de lei por meio de sua aceitação e prática consistentes pela sociedade.

Eles surgem como uma resposta às necessidades e aspirações populares, refletindo como os valores e crenças sociais podem moldar e influenciar o Direito. Esse processo é intrínseco ao conceito de *consenso*, pois representa uma forma de acordo coletivo que se forma e evolui naturalmente ao longo do tempo, muitas vezes impulsionado por movimentos sociais.

Os movimentos sociais, ao desafiar normas existentes e ao promover novas ideias, contribuem significativamente para a formação de costumes constitucionais. Eles trazem questões críticas para o debate público, incentivam a participação cidadã e, frequentemente, levam a uma reavaliação das práticas e interpretações legais estabelecidas. Essa interação contínua entre os movimentos sociais e o sistema jurídico facilita um diálogo dinâmico e uma revisão constante do que constitui o consenso dentro da sociedade.

Ao integrar os movimentos sociais e o costume constitucional ao consenso no constitucionalismo, destacamos a natureza orgânica e evolutiva da Constituição. Essa abordagem reconhece que o consenso não é estático, mas um processo contínuo de negociação e renegociação que reflete a complexidade e a diversidade da sociedade.

Ao mesmo tempo, reforça a ideia de que o Direito deve ser sensível e responsivo às mudanças sociais, garantindo que a ordem constitucional seja não apenas legalmente sólida, mas também legitimada e sustentada pela vontade e prática populares.

O consenso a que nos referimos não é apenas um acordo ou a ausência de conflito, mas um processo de diálogo e deliberação contínuos, que busca acomodar uma variedade de perspectivas e interesses dentro da sociedade. Esse processo de busca por consenso ajuda a garantir que as mudanças constitucionais sejam reflexo de uma vontade coletiva, e não de interesses ou ideologias isoladas.

A integração da teoria da progressividade com os movimentos sociais, o costume constitucional, reconhecidos como uma espécie de consenso, cria um sistema equilibrado. Esse sistema não apenas acolhe a necessidade de mudança e adaptação, mas também impõe um senso de moderação e responsabilidade.

O diálogo contínuo e a participação ativa de diversos segmentos da sociedade garantem que as mutações constitucionais sejam não apenas progressivas, mas também



legitimadas e alinhadas com os princípios fundamentais de justiça, igualdade e dignidade humana.

Assim, a Teoria da Progressividade, quando conjugada com os movimentos sociais, e o costume constitucional desses originados oferecem um caminho para uma evolução constitucional, que é dinâmica, inclusiva e ao mesmo tempo cuidadosamente moderada.

Esse enfoque ajuda a assegurar que a Constituição não apenas responda às necessidades imediatas da sociedade, mas também mantenha sua integridade e relevância ao longo do tempo, respeitando as complexidades e a diversidade da comunidade, que serve, com o reconhecimento de vicissitudes constitucionais transparentes e politicamente aceitáveis, como opção material da Constituição de acordo com a cultura e tipicidade constitucional da sociedade.

Remanesce uma questão a ser ponderada, que impõe entender a dinâmica das vicissitudes constitucionais, especialmente no contexto de costume originado por movimentos sociais, quanto à compreensão, se isso representa consolidação ou corrosão da Constituição. A resposta a essa questão é complexa e não pode ser de forma absoluta uma única opção.

A consolidação da Constituição, impulsionada por movimentos sociais e costume emergente, reflete um processo de evolução e fortalecimento dos princípios constitucionais. Isso ocorre quando as mudanças reconhecidas estão alinhadas com os valores fundamentais da Constituição, como justiça, igualdade, liberdade e dignidade humana.

Essas vicissitudes, impulsionadas pelos movimentos sociais, podem levar a uma maior inclusão, aperfeiçoamento da democracia, e a uma maior responsividade do sistema jurídico às necessidades e aspirações da sociedade contemporânea. Movimentos sociais como os que lutam pelos Direitos das minorias, igualdade de género, justiça social e ambiental, podem ser catalisadores para essa consolidação, trazendo novas perspetivas e desafios para o cenário constitucional.

Por outro lado, a corrosão da Constituição ocorre quando as vicissitudes reconhecidas se distanciam dos princípios fundamentais da Constituição ou são implementadas de maneira a comprometer a estrutura e a integridade do sistema jurídico. Isso pode acontecer quando há uma adoção precipitada de práticas sem um devido processo democrático ou quando as mudanças refletem interesses de grupos específicos em detrimento do bem comum.



A corrosão também é evidente quando há um enfraquecimento dos mecanismos de freios e contrapesos ou quando as mudanças levam a um declínio na proteção dos Direitos fundamentais.

Avaliar se as vicissitudes constitucionais representam consolidação ou corrosão exige uma análise cuidadosa do contexto em que ocorrem, dos processos pelos quais são adotadas e dos impactos que têm sobre os princípios fundamentais da Constituição. É necessário considerar fatores como a participação pública no processo de vicissitude, a transparência das decisões, o respeito pela diversidade de opiniões e a adesão aos princípios de justiça e igualdade.

Em ambas as perspectivas, o diálogo e a busca pelo consenso desempenham um papel crucial. Um processo de vicissitude constitucional que envolve amplo diálogo e busca ativamente por consenso é mais provável que leve à consolidação. Por outro lado, aquelas que são o resultado de decisões unilaterais, sem ampla participação e debate público, correm o risco de levar à corrosão da Constituição.

As vicissitudes da Constituição ocorridas por meio de costume originados por movimentos sociais podem representar tanto a consolidação quanto a corrosão da Constituição. O resultado depende de como essas vicissitudes são gerenciadas, do contexto em que ocorrem, e de sua fidelidade aos princípios fundamentais da ordem constitucional. Uma abordagem equilibrada, que valoriza o diálogo, a participação pública e o respeito pelos princípios constitucionais é essencial para garantir que as mudanças sejam benéficas e fortaleçam a estrutura constitucional, em vez de enfraquecê-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS

- ACKERMAN, Bruce – **Constituições revolucionárias: liderança carismática e Estado de Direito**. São Paulo: Contacorrente, 2022.
- ADEODATO, João Maurício – **Uma teoria retórica da norma jurídica e do Direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014.
- ALEXY, Robert – **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ÁLVAREZ-OSSORIO, Ignacio; BARREÑADA, Isaías; MIJARES, Laura – **Movilizaciones Populares Tras Las Primaveras Árabes (2011-2021)**. Catarata: Madrid, 2021.
- ALVES, Fernando de Brito – **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva como Direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.
- AMARAL, Diogo Freitas do – Artigo 10º - Integração das lacunas da lei. In PRATA, Ana [et al.] – **Código Civil Anotado**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 27-30. Vol. 1.
- ARAÚJO, Alcemar Dionet de – O ‘casamento entre pessoas do mesmo sexo’ em Portugal e no Brasil: uma análise do discurso jornalístico. Cascavel, 2017. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Polic.ª).
- ARENDT, Hannah – **Crises da República**. 3.ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- ARENDT, Hannah – **Origens do totalitarismo: Anti-Semitismo, Imperialismo e Totalismo**. 8.ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ARISTÓTELES – **Política**. Lisboa: Vega Universidade. Nota Prévia: João Bettencourte da Câmara, 1998.
- ATIENZA, Manuel – **Filosofía del derecho y transformación social**. Madrid: Trotta, 2017.
- AVILA JUNIOR, Luiz Carlos – Constituição material e a mutação pelos costumes de natureza constitucional. In ROSÁRIO, Pedro Trovão; DAL RI, Luciene; HAMMERSCHMIDT, Denise – **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade**. Porto: Editorial Juruá, 2018. p. 103-131.
- AVILA JUNIOR, Luiz Carlos – Tipologia e Patologia da Constituição Brasileira. In AVILA JUNIOR, Luiz Carlos (coord.) – **Constituição & Direitos: Estudos Contemporâneos para uma melhor Efetividade do Constitucionalismo**. Porto: Juruá Editorial, 2020. p. 17-37.
- BACHUR, João Paulo – **As portas do labirinto: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010.

- BARAK, Aharon – **Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones**. Lima: Palestra, 2017.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz – **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**. São Paulo, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de – **Curso de Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto – **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BERTALANFFY, Ludvin Von – **Teoria Geral dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1977.
- BERTONCELO, Edison – **A campanha das Diretas e a democratização**. São Paulo: Humanitas; Fapesp, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo – **A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BINRNBOJM, Gustavo – **A nova jurisdição constitucional brasileira**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BISCH, Isabel da Cunha – **O Amicus Curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BOBBIO, Norberto – **Teoria da norma jurídica**. 6.^a ed. São Paulo: Edipro, 2016.
- BONAVIDES, Paulo – **Ciência Política**. 10.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BOURDIEU, Pierre – **Intelectuales, política y poder**. 10.^a reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2017.
- BOURDIEU, Pierre – **Sobre o Estado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277**. Relator: Ayres Britto. Julgamento: 05-05-2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 14-10-2011.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.646/SE**.
Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 07-02-2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.
Publicação: DJe, 08-05-2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.524/DF**.
Relator: Gilmar Mendes. Julgamento: 15-12-2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.
Publicação: DJe, 06-04-2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 13-06-2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 06-10-2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.356/PE** [Em linha]. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Relator do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 23-02-2023. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 02-05-2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.407/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 07-03-1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 24-11-2000, p. 19-20.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Tema 733**. Eficácia temporal de sentença transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado [Em linha]. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgamento: 28-05-2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 09-09-2015.
- BRITTO, Carlos Ayres – **O humanismo como categoria constitucional**. 1.^a ed., 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BRITTO, Carlos Ayres – **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CAENEGEM, Raoul C. Van – **Uma introdução histórica ao Direito constitucional ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- CAMPILONGO, Celso – “A Inquietude Fixada”: Constituição e Movimentos Sociais. In SCHWARTZ, Germano – **As Constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 15-19.
- CAMPILONGO, Celso – **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes – **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CANABARRO, Ronaldo – História e Direitos sexuais no Brasil: O movimento LGBT e a discussão sobre cidadania. In CONGRESSO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA REGIONAL, 2., **Anais [...]**. Passo Fundo: UPF; PPGH, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2.^a ed., reimp. Coimbra: Almedina, 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed., 19.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2018.
- CAPRA, Fritjof – **A teia da vida**. (Trad. Newton Roberval Eichenberg). São Paulo: Cultrix, 2006.
- CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García – **El canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- CARVALHO E MELO, Sebastião José de (org.) – **Memórias secretíssimas do Marquês de Pombal e outros escritos**. Lisboa: Europa-América, 2018.
- CASTANHEIRA NEVES, António – **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993.
- CASTELLS, Manuel – **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 2018. Vol. 2.
- CASTELLS, Manuel – **O poder da identidade. A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo; Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.
- CASTELLS, Manuel – **Redes de indignação e esperança. Movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

- CASTELLS, Manuel – **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de – **Introdução ao Direito e Desenvolvimento: Estudo compara a reforma do sistema judicial Brasileiro**. São Paulo: OAB Nacional, 2004.
- CERQUEIRA, Marcello – **A Constituição na história: origem e reforma: da revolução inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- CHAVES, Marianna – Direitos em doses homeopáticas: a situação jurídica das famílias homoafetivas em Portugal. In COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DOUTORANDOS/AS DO CES, 4., 6-7 nov. 2013. **Anais [...]**. Coimbra: Universidade de Coimbra; CES, 2013. p. 1-16.
- CRUZEIRO, Celso – **Direito e Justiça**. Coimbra: Almedina, 2019.
- CUNHA, Paulo Ferreira da – **O contrato constitucional**. Lisboa: Quid Juris, 2014.
- D'EMILIO, John – **Sexual Politics, Sexual Communities**. 2.^a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.
- DAHL, Robert A – **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.
- DAHL, Robert A.; LINDBLOM, Charles – **Política, economia e bem estar social**. Rio de Janeiro: Lidador, 1971.
- DAL RI, Luciene – O costume como fonte do Direito: entre o constitucional e o internacional. In DAL RI, Luciene [*et al.*] – **Constitucionalismo como elemento para a produção do Direito**. Itajaí: Univali, 2016. p. 166-182. Vol. 1.
- DANIGNO, Evelina – **Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- DAU-LIN, Hsü – **Mutación de la Constitución**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- DAVID, René – **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 5.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues – **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2011.
- DIAS, Cibele Fernandes – **Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

- DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria geral do processo**. 34.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2023.
- DWORKIN, Ronald – **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald – **O império do Direito**. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- EDER, Klaus – **A Nova Política de Classes**. São Paulo: Edusc, 2002.
- FARRAJOTA, Joana – Fontes do Direito. In ROSÁRIO, Pedro Trovão do [*et al.*] – **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 225-274.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio – **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha – **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1986.
- FERREIRA, António Pedro Azevedo – A determinação da solução jurídica. In ROSÁRIO, Pedro Trovão do [*et al.*] – **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 275-324.
- FIORAVANTI, Maurizio – As doutrinas da constituição em sentido material. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Vol. 4, n.º 2 (jul./dez. 2012), p. 103-109.
- FIORAVANTI, Maurizio – **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- FIORENTINO, Joyce Araújo – **Intervenção do Amicus Curiae na Jurisdição Democrática: da legitimidade das decisões judiciais no sistema de Direito comunicativo e o modelo estrutural de contraditório participativo**. São Paulo: Dialética, 2022.
- FONTELES, Samuel Sales – **Direito e Backlash**. Salvador: JusPodivm, 2019.
- GARCIA, Maria – **Desobediência civil: Direito fundamental**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GARCIA-PELAYO, Manuel – **Derecho Constitucional Comparado**. 3.^a ed. Madrid: Revista de Occidente, 1953.
- GARCIA-PELAYO, Manuel – **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. 3.^a ed. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

- GARGARELLA, Roberto – **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella – **Direito internacional público contemporâneo: fundações políticas: Vontade, Razão, Costume**. Curitiba: Juruá, 2015.
- GIORGI, Raffaele de – Apresentação. In CAMPILONGO, Celso Fernandes – **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. XV-XXI.
- GODOY, Miguel Gualano – **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de – **Marbury versus Madison: uma leitura crítica**. Curitiba: Juruá, 2017.
- GOHN, Maria da Glória Marcondes – **Novas teorias dos movimentos sociais**. São Paulo: Loyola, 2019.
- GONZÁLEZ, José Luis – Los órganos constitucionales del Estado. In CATOIRA, Ana María [et al.] – **Valores cívicos y cultura constitucional**. Madrid: Dilex, 2022. p. 217-259.
- GOUVEIA, Kristal Moreira – **A teoria dos partidos políticos de Costantino Mortati**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- GRAMSCI, Antonio – **Odio a los indiferentes**. Barcelona: Ariel, 2017.
- GRAU, Eros Roberto – **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do Direito e dos princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini – **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GROSSI, Paolo – **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- GUASTINI, Riccardo – **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUASTINI, Riccardo – **Interpretar e argumentar**. 3.^a reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.
- GUERRA, Luis López; ESPÍN, Eduardo – **Manual de Derecho Constitucional: La Constitución y las fuentes de Derecho, Derechos fundamentales y garantías**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022. Vol. I.
- HÄBERLE, Peter – **El estado constitucional**. 2.^a ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

- HÄBERLE, Peter – **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- HÄBERLE, Peter – **Tiempo y Constitución. Ámbito público y jurisdicción constitucional**. Lima: Palestra Editores, 2017.
- HÄBERLE, Peter – **Tiempo y Constitución**. Lima: Palestra Editores, 2017.
- HABERMAS, Jürgen – **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAMMERSCHMIDT, Denise – **Tratado dos Direitos das mulheres**. 3.^a ed. Curitiba: Juruá, 2023.
- HART, Herbert Lionel Adolphus – **O conceito de Direito**. 3.^a tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.
- HAURIOU, André – **Derecho constitucional e instituciones políticas**. 2.^a ed. Barcelona: Ariel, 1971.
- HERKENHOFF, João Baptista – **Movimentos sociais e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- HESPANHA, António Manuel – **A história do Direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.
- HESPANHA, António Manuel – **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2019.
- HESPANHA, António Manuel – **O caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- HESPANHA, António Manuel – **Pluralismo jurídico e Direito democrático: perspectivas do Direito no século XXI**. Coimbra: Almedina, 2019.
- HESSE, Konrad – **Temas fundamentais do Direito constitucional. Limites da mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HUMBERT, George Louis Hage – **Conceitos de Direito, de norma jurídica e de princípios jurídicos**. Salvador: Dois de Julho, 2015.
- INNERARITY, Daniel – **A política em tempos de indignação: A frustração popular e os riscos para a democracia**. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.
- JELLINEK, Georg – **Reforma y mutación de la Constitución. Estudio preliminar: Pablo Lucas Verdú**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

- JUDT, Tony – **Pós-Guerra: uma história da Europa desde 1945**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.
- KELSEN, Hans – **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- KOSTA, Emilio Kafft – **Estado de Direito – O Paradigma Zero: Entre Lipoaspiração e Dispensabilidade**. Coimbra: Almedina, 2007.
- KOSTA, Emilio Kafft – **Sistemas de governo na lusofonia: zonas e relações de Poder**. Reimp. Lisboa: AAFDL, 2019.
- KRONKA, Bruno Ávila Fontoura – **O efeito *backlash* como estímulo a *accountability* do sistema de justiça brasileiro**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.
- KUBLISCKAS, Wellington Márcio – **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009.
- LARENZ, Karl – **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand – **O que é uma Constituição**. Lisboa: Escolar, 2013.
- LASSALLE, José María – **Ciberleviatán: el colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital**. Barcelona: Arpa, 2019.
- LEAL, Fernando – **Constitucionalismo de realidade: democracia, Direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- LEONELLI, Domingos; OLIVEIRA, Dante de – **Diretas já: 15 meses que abalaram a ditadura**. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães – **Normas constitucionais não escritas**. São Paulo: Almedina, 2014.
- LOCKE, John – **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LUHMANN, Niklas – **O Direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LYRA FILHO, Roberto – **O que é Direito**. Brasília: Brasiliense, 1982.
- MACHADO, João Baptista – **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1993.
- MACRAE, Edward – Identidades homossexuais e movimentos sociais urbanos no Brasil da “Abertura”. In GREEN, James N.; QUINALHA, Renan; CAETANO, Marcio;

- FERNANDES, M. (org.) – **História do Movimento LGBT no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2018. p. 39-62.
- MARKOFF, John – **Olas de Democracia. Movimientos Sociales Y Cambio Político**. Granada: Comares, 2018.
- MARKUN, Paulo – **Farol Alto Sobre as Diretas 1969-1984**. São Paulo: Benvirá, 2014.
- MARTÍ, José Luis – **La república deliberativa: una teoría de la democracia**. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- MAURICIO, Maria José – **Os Sonhos da Revolução dos Cravos**. Lisboa: Edições Colibri, 2020.
- MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- MENDES, Conrado Hübner – **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco – **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez – **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.
- MIRANDA, Jorge – **Aperfeiçoar a Constituição**. Reimp. Coimbra: Almedina, 2021.
- MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional: Estado e Constitucionalismo, Constituição e Direitos Fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica, 2016. Vol. 1.
- MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Constitucional: Estrutura do Estado. Sistemas Políticos. Atividade Constitucional do Estado. Fiscalização de Constitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 2016. Vol. 2.
- MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito constitucional**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1988. Tomo II.
- MIRANDA, Jorge – **Teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2020.
- MIYAMOTO, Yumi Maria Helena; KROHLING, Aloísio – Dos Direitos das mulheres na perspectiva de Jean-Jacques Rousseau. Mary Wollstonecraft e Olympe De Gougès. In CONPEDI/ UNICURITIBA (org.) – **História do Direito**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 452-467.

- MONTEIRO, Maurício Gentil – **O Direito de resistência na ordem jurídica constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2018. Tomo II.
- MORAIS, Carlos Blanco de – As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. **Jurismat**, n.º 3, p. 55-90, 2013.
- MOUFFE, Chantal – **Pensar el mundo políticamente**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- MOUNK, Yascha – **El Pueblo contra la democracia: Por qué nuestra libertad está en peligro y como salvarla**. Barcelona: Paidós, 2018.
- NADER, Paulo – **Filosofia do Direito**. 25.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do – **Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália**. Petrópolis: Lumen Juris, 2004.
- NAVARRO, Fernando; SICHAR, Gonzalo; CUERDA, Esther – **El delirio nihilista: un ensayo sobre los totalitarismos, nacionalismos y populismos**. Málaga: Última Línea, 2018.
- NEVES, António Castanheira – **O Direito hoje e com que sentido?** Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- NEVES, Marcelo – **A Constitucionalização Simbólica**. 3.ª ed., 4.ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio – **As ruas e a democracia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2013.
- NOVAIS, Jorge Reis – **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Lisboa: AAFLD, 2021.
- NOVELINO, Marcelo – **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008.
- OFFE, Klaus – New Social Movements: Challenging the Boundaries of Institutional Politics. **Social Research**. Vol. 52, n.º 4 (Winter 985), p. 817-868.
- PASUKANIS, Evgeni Bronislávovich – **A teoria geral do Direito e o marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- PATEMAN, Carole – **O contrato sexual**. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

- PAUPÉRIO, Arthur Machado – **O Direito político de resistência**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- PEDRA, Adriano Sant’Ana – **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- PEDRA, Adriano Sant’Ana – **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PEREIRA, Marcus Abilio – Movimentos sociais e democracia: a tensão necessária. **Opinião Pública** [Em linha]. Vol. 18, n.º 1 (jun. 2012), p. 68-87. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-62762012000100004>. [Consult. em 10-01-2023].
- PIRES, Alex Sander Xavier – Ativismo judicial e judicialização da política: contributo no âmbito dos trinta anos da Constituição Federal do Brasil. In ROSÁRIO, Pedro Trovão do; DAL RI, Luciene; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na contemporaneidade**. Porto: Juruá, 2018. p. 61-80.
- PLEYERS, Geoffrey – **Movimientos Sociales en el Siglo XXI. Perspectivas y Herramientas Analíticas**. Icaria: Barcelona, 2019.
- PRESOT, Aline – Celebrando a ‘Revolução’: as marchas da família com Deus pela liberdade e o Golpe de 1964. In ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha Viz. (org.) – **A construção social dos regimes autoritários: legitimidade, consenso e consentimento no Século XX – Brasil e América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 71-96.
- QUEIROZ, Cristina – **Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2009.
- QUEIROZ, Cristina – **Justiça constitucional**. Lisboa: Petrony, 2017.
- QUEIROZ, Cristina – **Poder constituinte, democracia e Direitos fundamentais: uma via constitucional para a Europa?** Coimbra: Almedina, 2013.
- QUINALHA, Renan – Uma ditadura hetero-militar: notas sobre a política sexual do regime autoritário brasileiro. In GREEN, James N.; QUINALHA, Renan; CAETANO, Marcio; FERNANDES, Marisa. **História do Movimento LGBT no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2018. p. 15-38.
- RAIMUNDO, Filipa – **Ditadura e democracia: legados da memória**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2018.

- RÁO, Vicente – **O Direito e a vida dos Direito**. 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RÁO, Vicente – **O Direito e a vida dos Direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- REALE, Miguel – **Lições preliminares de Direito**. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REES, Laurence – **O Holocausto: uma nova história**. São Paulo: Vestígio, 2018.
- ROCHA, Ronald Fontenele – **Direito democrático de resistência**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- RODRIGUES, Alberto Tosi – **Diretas já: o grito preso na garganta**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.
- RODRIGUES, Luis Barbosa – **Lições de Direito Constitucional Pátrio**. Lisboa: Quid Juris, 2022.
- RODRIGUES, Luís Barbosa – **Manual de Direitos fundamentais e de Direitos humanos**. Lisboa: Quid Juris, 2021.
- RODRIGUES, Luiz Barbosa – **Introdução ao Direito: interno e internacional**. 3.^a ed. Lisboa: Quid Juris, 2018.
- ROMANO, Santi – **Ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- ROMANO, Santi – **Princípios de Direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- RONCHI, Renzzo Giacomo – **O desencantamento das audiências públicas no STF: porque os ministros permanecem convocando esses atos e por que a sociedade civil ainda se interessa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- ROOS, Alf – **Direito e Justiça**. Bauro: Edipro, 2000.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **A democracia semidirecta em Portugal**. Madrid: Editorial Universitas, 2013.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão do [et al.] – **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 2017.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão do; RI, Luciene Dal; HAMMERSCHMIDT, Denise – **Direito constitucional luso e brasileiro na contemporaneidade**. Porto: Juruá Editorial, 2018.
- ROSSI, Cláudia – Mídias sociais: rumo à democracia participativa? **Revista Sociologia**, v. 4, n. 37, p. 12-19, out./nov. 2011.
- RÜTHERS, Bernard – **Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

- RÜTHERS, Bernard – **La revolución secreta: Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método.** Madrid: Marcial Pons, 2020.
- SAGER, Lawrence – **Juez y democracia: una teoría de la práctica constitucional norteamericana.** Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- SALES, Tainah Simões – **Audiências públicas e democracia deliberativa no STF.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- SANTAELLA, Lucia – Política nas redes e nas ruas. In FELICE, Massimo Di; PEREIRA, Eliete; ROZA, Erick. **Net-ativismo: Redes digitais e novas práticas de participação.** Campinas: Papirus, 2017. p. 89-101.
- SCHWARTZ, Germano – **As Constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.
- SECCO, Lincoln – **A Revolução dos Cravos.** São Paulo: Alameda, 2004.
- SILVA, Berky Pimentel da – **Amicus Curiae: é fonte de legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal?** Curitiba: CRV, 2014.
- SILVA, José Afonso da – **Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional.** São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA, José Afonso da – **Teoria do conhecimento constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2014.
- SIMÕES, Júlio Assis – **Do movimento homossexual ao LGBT.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.
- SIMÕES, Solange de Deus – **Deus, pátria e família: as mulheres no golpe de 1964.** Petrópolis: Vozes, 1985.
- SMEND, Rudolf – **Constitución y Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SOUSA, Inês Alves de; MARÓN, Manuel Fondevila – Divergências e convergências entre as teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse na interpretação dos Direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Vol. 9, n.º 1 (2017), p. 11-21.

- SOUSA, Luis de; COROADO, Susana – Corrupção política em Portugal. In FERNANDES, Jorge M.; MAGALHÃES, Pedro C.; PINTO, António Costa – **O essencial da política portuguesa**. Lisboa: Tinta-da-China, 2023. p. 712-730.
- TARELLO, Giovanni – **El realismo jurídico americano**. Lima: Palestra, 2017.
- TAVARES, André Ramos – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.
- TAVARES, Geovani de Oliveira – **Desobediência civil e Direito político de resistência: os novos Direitos**. Campinas: Edicamp, 2003.
- TEDESCO, Flavia Maria Machado Alves – **O backlash e a legitimação democrática do judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância**. São Paulo: Dialética, 2022.
- TEIXEIRA, José Horário Meirelles – **Curso de Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- TEMER, Michel – **Elementos de Direito constitucional**. 15.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- THOREAU, Henry David – **A desobediência civil**. São Paulo: Penguin Classic Companhia das Letras, 2012.
- TODOROV, Tzvetan – **Os inimigos íntimos da democracia**. Lisboa: Edições70, 2017.
- TORRE, Carlos de la – **Populismo: una inmersión rápida**. Barcelona: Tibidabo, 2017.
- TOURAINÉ, Alain – **Igualdade e Diversidade: o sujeito democrático**. São Paulo: EDUSC, 1998.
- TOURAINÉ, Alain – La voz y la mirada. **Revista Mexicana de Sociología**. Vol. 41, n.º 4 (1979), p. 1299-1315.
- TREVIJANO, Pedro Jose Gonzales – **La costumbre en derecho constitucional**. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1989.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do [et al.] – **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- VAZ, Manuel Afonso – **O que é a Constituição hoje**. 2.^a ed. Porto: Universidade Católica, 2015.
- VAZ, Sergio – **Flores da batalha**. São Paulo: Global, 2023.
- VERDÚ, Pablo Lucas – **Curso de Derecho Político: Constitución de 1978 y transformación político-social española**. Madrid: Tecnos, 1984. Vol. IV.



VILANOVA, Lourival – **As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010.

VILLALÓN, Pedro Cruz – **La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución**. 2.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo – **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 11.^a ed. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

ZANON JUNIOR, Orlando – **Teoria Complexa do Direito**. 3.^a ed. São Paulo: Tirant lo Blacnh, 2019.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

- ALEXANDER, Michelle – **The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness** [Em linha]. Nova York: The New Press. 2010. Disponível em: <https://newjimcrow.com/>. [Consult. em 24-09-2023].
- ANDRADE, Carlos Drummond de – **O avesso das coisas: aforismos** [Em linha]. São Paulo: Record, 1990. Disponível em: <https://livrogratuitosja.com/wp-content/uploads/2021/02/Carlos-Drummond-de-Andrade-O-Avesso-das-Coisas-1.pdf>. [Consult. em 02-10-2022].
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti – ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV** [Em linha]. Vol. 9, n.º 1 (06-2013), p. 65-92. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004>. [Consult. em 18-10-2013].
- BARTKOWIAK, Jaqueline Zandona; FONSECA, Thatiane de Almeida; MATTOS, Gabriel Motta; SOUZA, Vitor Henrique do Carmo. A primavera árabe e as redes sociais: O uso das redes sociais nas manifestações da Primavera Árabe nos países da Tunísia, Egito e Líbia. **Cadernos de Relações Internacionais** [Em linha]. Vol. 10, n.º 1 (2017), p. 66-94. Disponível em <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/30432/30432.PDF>. [Consult. em 05-10-2023].
- BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Ministério Público do Estado do Ceará – **O Ministério Público e os Direitos de LGBT: conceitos e legislação** [Em linha]. Brasília: MPF, 2017, p. 20. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/08/Cartilha-MP-e-os-Direitos-LGBT-2017_web.pdf. [Consult. em 24-10-2023].
- CAMPOS, Ricardo; PEREIRA, Inês; SIMÕES, José Alberto – Ativismo digital em Portugal: um estudo exploratório. **Sociologia, Problemas e Práticas** [Em linha]. Vol. 82 (2016), p. 27-47. Disponível em: <https://journals.openedition.org/spp/2460>. [Consult. em 05-10-2023].
- COATES, Ta-Nehisi – The Case for Reparations. **The Atlantic** [Em linha]. Washington-DC, June 2014. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2014/06/the-case-for-reparations/361631/>. [Consult. em 24-09-2023].

- COSTA, Cláudio da – **A integração europeia e a modernização económica e social** [Em linha]. Lisboa, 2022. Trabalho Pós-Laboral, apresentado à disciplina Economia Portuguesa e Mundial, da Graduação em Economia, da Universidade Autónoma de Lisboa (Polic.^a). Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/5375>. [Consult. em 20-09-2023].
- CRENSHAW, Kimberlé – Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. **Stanford Law Review** [Em linha]. Vol. 43, n.º 6 (07-1991), p. 1241-1299. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3813&context=californialawreview>. [Consult. em 24-09-2023].
- DAL RI, Luciene – A Tradição Romanística em Período Medieval: entre práxis e esquecimento. **Sequência** [Em linha]. Vol. 74 (Sept. 2016), p. 269–294. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p269>. [Consult. em 12-02-2024].
- DARWIN, Charles – **A origem das espécies** [Em linha]. [Trad. João de Mesquita Paul]. Porto: Lello & Irmãos, 2003. Disponível em: <http://ecologia.ib.usp.br/ffa/arquivos/abril/darwin1.pdf>. [Consult. em 10-02-2023].
- DESMOND, Matthew – The 1619 Project. **The New York Times Magazine** [Em linha]. New York, 2024. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2019/08/14/magazine/1619-america-slavery.html>. [Consult. em 24-09-2023].
- GASPAR, Carlos – O Processo Constitucional e a Estabilidade do Regime. **Análise Social** [Em linha]. Vol. 25, n.º 105/106 (1990), p. 9-29. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41010789>. [Consult. em 20-03-2023].
- JOFFÉ, George – A Primavera Árabe no Norte de África: origens e perspectivas de futuro. **Relações Internacionais** [Em linha]. N.º 30 (2011), p. 85-116. Disponível em: https://ipri.unl.pt/images/publicacoes/revista_ri/pdf/ri30/n30a06.pdf. [Consult. em 20-03-2023].
- KENDI, Ibram X. – **How to Be an Antiracist** [Em linha]. London: One World, 2019. Disponível em: <https://www.ibramxkendi.com/how-to-be-an-antiracist>. [Consult. em 24-09-2023].
- MARSHALL, Yannick Giovanni – Black Lives Matter: A Global Reckoning. **Al Jazeera** [Em linha]. Doha, 07-06-2020. Disponível em:



<https://www.aljazeera.com/opinions/2020/6/7/the-racists-peace>. [Consult. em 17-09-2023].

OLIVEIRA, Guilherme – Cinquenta medidas provisórias de 2001 ainda estão válidas. **Senado Notícias** [Em linha]. Brasília-DF, 20-10-2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/10/20/cinquenta-medidas-provisorias-de-2001-ainda-estao-validas>. [Consult. em 07-11-2023].

PLENARINHO – Você sabe quem foi Ulysses Guimarães? **EBC** [Em linha]. Brasília-DF, 27-10-2016. Disponível em: <https://memoria.ebc.com.br/infantil/voce-sabia/2016/10/voce-sabe-quem-foi-ulysses-guimaraes>. [Consult. em 05-01-2023].

SÍTIOS ELETRÔNICOS

ACIJS. Associação Empresarial de Jaraguá do Sul – Movimento defende Brasil com mais liberdade econômica e conservador nos costumes. **ACIJS em Rede** [Em linha]. Jaraguá do Sul, 07-03-2018. Disponível em: <https://acijs.com.br/movimento-defende-brasil-com-mais-liberdade-economica-e-conservador-nos-costumes/>. [Consult. em 08-11-2023].

ALBUQUERQUE, Flávia – Flávio Rocha explica movimento “Brasil 200” e pede presidente liberal na economia e conservador nos costumes. **Agência Brasil** [Em linha]. Brasília-DF, 17-10-2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-10/pesquisa-mostra-que-84-da-populacao-considera-o-brasil-um-pais-burocratico>. [Consult. em 08-11-2023].

ALVES, José Carlos Moreira – Assembleia Nacional Constituinte: instalação. **Revista de Informação Legislativa** [Em linha]. Vol. 24, n.º 93 (jan./mar. 1987), p. 5-14. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224180>. [Consult. em 16-01-2024].

BLACK LIVES MATTER – [Em linha]. United States, United Kingdom and Canada, 2024. Disponível em: <https://blacklivesmatter.com>. [Consult. em 24-09-2023].

BPI RESEARCH – Polarização política: o fenómeno que deveria estar na boca de todos. **Dossier: as causas da polarização política** [Em linha]. (Maio 2019), p. 29-36. Disponível em: https://www.bancobpi.pt/nocachecontent/conn/UCM/uuid/dDocName:PR_WCS01_UCM01098091. [Consult. em 27-10-2023].

BRASIL. Portal da Legislação – **Medidas Provisórias Posteriores à Emenda Constitucional nº 32** [Em linha]. Brasília-DF, 2024. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/2023-a-2026>. [Consult. em 07-11-2023].

BRASIL. Presidência da República – Medida Provisória nº 881, de 2019 (Liberdade Econômica). **Congresso Nacional** [Em linha]. Brasília-DF, 2019. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/136531>. [Consult. em 08-11-2023].

- BRASIL. Presidência da República – Medida Provisória nº 885, de 2019 (Venda de bens apreendidos de traficantes) [Em linha]. Brasília-DF, 2019. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/137323>. [Consult. em 08-11-2023].
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54/DF** [Em linha]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 12-04-2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 23-04-2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. [Consult. em 08-01-2024].
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Decisões definitivas sobre questões tributárias perdem eficácia com decisão contrária do STF** [Em linha]. Brasília-DF, 08-02-2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=501996&ori=1>. [Consult. em 07-01-2024].
- BRITANNICA – **Obergefell v. Hodges**. Chicago, IL, 19-06-2024. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Obergefell-v-Hodges>. [Consult. em 08-01-2024].
- BYJU’S – **MC Mehta vs Union of India** [Em linha]. Bangalore, India, 03-12-2022. Disponível em: <https://byjus.com/current-affairs/mc-mehta-vs-union-of-india/>. [Consult. em 08-01-2024].
- CÂMARA DOS DEPUTADOS – Plenário da Câmara aprovou 271 propostas em 2022; confira os principais temas votados. **Agência Câmara de Notícias** [Em linha]. Brasília-DF, 26-12-2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/931562-plenario-da-camara-aprovou-271-propostas-em-2022-confira-os-principais-temas-votados/>. [Consult. em 07-11-2023].
- COLOMBIA. Corte Constitucional – **Sentencia C-355/06** [Em linha]. Bogotá-DC, 10-05-2006. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>. [Consult. em 08-01-2024].
- DIAS, Elder – São Paulo parou ontem para defender o regime. **Folha de S.Paulo** [Em linha]. São Paulo, 20-03-1964. Disponível em: http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_20mar1964.htm. [Consult. em 17-04-2023].

- FPV. Federação Portuguesa pela Vida – **Comunicados** [Em linha]. Lisboa, 2024. Disponível em: <https://www.federacaopelavida.pt/c%C3%B3pia-comunicados-2>. [Consult. em 14-01-2024].
- FRANÇA, Neifer – A corrupção e a liberdade econômica. **Antissuborno** [Em linha]. São Paulo, 14-07-2021. Disponível em: <https://antissuborno.com.br/liberdade-economica/>. [Consult. em 08-11-2023].
- FREIRE, Isabel – 1º manifesto homossexual português publicado logo após a Revolução dos Cravos. **Sociedade Portuguesa de Sexologia Clínica** [Em linha]. Lisboa, 02-08-2016. Disponível em: <https://spsc.pt/index.php/2016/08/02/1o-manifesto-homossexual-portugues-publicado-logo-apos-a-revolucao-dos-cravos/>. [Consult. em 27-02-2023].
- G1 – Protestos contra a morte de George Floyd pelo mundo nesta sexta-feira [Em linha]. **G1** [Em linha]. São Paulo, 05-06-2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/06/05/protestos-contr-a-morte-de-george-floyd-pelo-mundo-nesta-sexta-feira-5-fotos.ghtml>. [Consult. em 17-09-2023].
- GOMES, Francisca; BRANDÃO, João Filipe – Há 10 anos eles encheram as ruas. O que é feito da “Geração à Rasca”? **JPN** [Em linha]. Porto, 12-03-2021. Disponível em: <https://www.jpn.up.pt/2021/03/12/ha-10-anos-eles-encheram-as-ruas-o-que-e-feito-da-geracao-a-rasca/>. [Consult. em 05-10-2023].
- HAAG, Carlos – A justiça da impunidade. **Pesquisa Fapesp** [Em linha]. Ed. 209 (07-2013). Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/a-justica-da-impunidade/>. [Consult. em 08-11-2023].
- MIDAS. Movimento Internacional para a Defesa dos Animais – [Em linha]. Matosinhos, 2024. Disponível em: <https://www.associacaomidas.org/>. [Consult. em 24-09-2024].
- MORTARI, Marcos – Flávio Rocha explica movimento “Brasil 200” e pede presidente liberal na economia e conservador nos costumes. **InfoMoney** [Em linha]. São Paulo, 18-01-2018. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/politica/flavio-rocha-explica-movimento-brasil-200-e-pede-presidente-liberal-na-economia-e-conservador-nos-costumes/>. [Consult. em 08-11-2023].
- MPF. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – **10 medidas contra a corrupção** [Em linha]. Brasília-DF, 2024. Disponível em: <https://dezmedidas.mpf.mp.br/>. [Consult. em 08-11-2023].

O COSMOPOLÍTICO – **Dossiê: 100 anos do Movimento Sufragista** [Em linha]. Vol. 5, n.º 2 (2018). Disponível em: https://periodicos.uff.br/ocosmopolitico/issue/view/volume_5_edicao_2. [Consult. em 16-09-2023].

PINTO, Domingos – Portugal: “Obsessão ideológica” impede referendo à eutanásia. **Vatican News** [Em linha]. Lisboa, 7-10-2020. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/igreja/news/2020-10/portugal-obsessao-ideologica-impede-referendo-eutanasia.html>. [Consult. em 16-01-2024].

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão n.º 5, de 09 de junho de 2023. Processo n.º 5/2023. Relator: Conselheira Maria Benedita Urbano (Conselheiro José António Teles Pereira). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. **Diário da República** [Em linha]. Série I, n.º 111 (09-06-2023), p. 11-27. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230005.html>. [Consult. em 16-01-2024].

PORTUGAL. Tribunal Constitucional – Acórdão n.º 123, de 12 de abril de 2021. Processo n.º 173/2021. Órgão Relator: Conselheiro Pedro Machete. Julgador: Tribunal Pleno. **Diário da República** [Em linha]. 1.ª série, n.º 70 (12-04-2021), p. 5-93. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210123.html>. [Consult. em 16-01-2024].

PORTUGAL. Tribunal Constitucional – Lei n.º 28, de 15 de novembro de 1982. “Lei Orgânica do Tribunal Constitucional”. Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. **Diário da República** [Em linha]. Série I, N.º 264, 1º Suplemento (15-11-1982). Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao01.html#art64A>. [Consult. em 11-01-2024].

SECCO, Lincoln – O maio de 1968 – a luta dos direitos civis nos Estados Unidos. **Jornal da USP** [Em linha]. São Paulo, 22-10-2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/o-maio-de-1968-a-luta-dos-Direitos-civis-nos-estados-unidos/>. [Consult. em 16-09-2023].

SENADO FEDERAL – Movimento negro pede rejeição do pacote anticrime do governo. **Agência Senado** [Em linha]. Brasília-DF, 12-06-2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/12/movimento-negro-pede-rejeicao-do-pacote-anticrime-do-governo>. [Consult. em 08-11-2023].

SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE JOINVILLE – **Pressão popular faz Senado recuar e tirar o trabalho aos domingos da MP 881** [Em linha]. Joinville, 22-08-2019.

Disponível em: <https://www.metalurgicosjoinville.com.br/pressao-faz-senado-recuar-e-tirar-o-trabalho-aos-domingos-da-mp-881/>. [Consult. em 08-11-2023].

SOUSA, Marcelo Rebelo – Presidente da República já usou o veto político 27 vezes. **Público** [Em linha]. Maia, 26-07-2023. Disponível em:

<https://www.publico.pt/2023/07/26/politica/noticia/presidente-republica-ja-usou-veto-politico-27-vezes-2058287>. [Consult. em 24-10-2023].

SOUTH AFRICA. Constitutional Court – Case CCT 60/04. Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC). **South African Legal Information Institute (SAFLII)** [Em linha]. Cape Town, 01-12-2005. Disponível em:

<https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html>. [Consult. em 08-01-2024].

TORTELLA, Tiago – Pesquisa mostra que 24% das pessoas confiam no Congresso Nacional.

CNN Brasil [Em linha]. São Paulo, 01-02-2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/pesquisa-mostra-que-24-das-pessoas-confiam-no-congresso-nacional/>. [Consult. em 27-10-2023].

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – **Índice de percepção da corrupção 2022** [Em linha]. São Paulo, 2022. Disponível em:

<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2022>. [Consult. em 27-10-2023].

UNITED STATES. Supreme Court – Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

Arguição: 09-12-1952; 08-12-1953. Decisão: 17-05-1954. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/brown-v-board-of-education>. [Consult. em 08-01-2024].

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA, LIDA E NÃO CITADA

- ACKERMAN, Bruce – **La constitución viviente**. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- ACKERMAN, Bruce – **Transformação do Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ACKERMAN, Bruce – **We the people II: transformaciones**. Quito: IAEN, 2017.
- ADNANE, Abdelhamid – **Reforma constitucional y constitución social**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- ALAMILLO, Javier Ruiperez – **En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- ALBERT, Richard – **Formas y función de la enmienda constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- ALBERT, Richard; PULIDO, Carlos Bernal – **Cambio constitucional informal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- ALBUQUEQUE, Paulo Pinto de – **Convenção europeia dos Direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – **Em defesa dos Direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica, 2019.
- ALEXANDRINO, José Melo – **Estudos sobre o constitucionalismo no mundo de língua portuguesa**. Lisboa: AAFDL, 2018. Vol. 2.
- ALEXANDRINO, José Melo – **Lições de Direito constitucional**. 3.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2018. Vol. 2.
- AMARAL, Maria Lúcia – **A forma da república: uma introdução ao estudo do Direito constitucional**. 1.^a reimp. Coimbra: Coimbra, 2012.
- ASCENSÃO, José de Oliveira – **O Direito: Introdução e Teoria Geral**. 13.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- AUSINA, Rosario Tur [et al.] – **Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática**. Madrid: Dykinson, 2016.
- AUSINA, Rosario Tur et al. – **Problemas actuales de derecho constitucional en un contexto de crisis**. Granada: Editorial Comares, 2015.
- AVILA, Humberto – **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

- AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho – **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de Direitos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.
- AYUSO, José Alejandro – **La soberanía de la Constitución**. Santo Domingo: IUDEX, 2019.
- BACHOF, Otto – **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.
- BAGNI, Silvia; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa; PAVANI, Giorgia – **La ciencia del derecho constitucional comparado: estudios en homenaje a Lucio Pegoraro**. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2017. Tomo II e III.
- BARCELLOS, Ana Paula – **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto – **Constitucionalismo para além da constituição: permeabilidade, diálogo e convergência**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- BEATY, David M. – **A essência do Estado do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- BELAUNDE, Domingo García – **Soberanía y derecho convencional, entre poder de reforma y jueces: estudios de derecho constitucional**. Santiago: Olejnik, 2017.
- BENEDETI, Miguel Ángel – **Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Participación ciudadana en la justicia**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016.
- BOBBIO, Norberto – **A era dos Direitos**. 7.^a reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto – **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 2004. Vol. 1 e 2.
- BOBBIO, Norberto – **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Edipro, 2017.
- BOBBIO, Norberto – **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 14.^a ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2017.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Antônio Paes de – **História constitucional do Brasil**. 5.^a ed. Brasília: OAB, 2004.
- BONILLA MALDONADO, Daniel – **El constitucionalismo en el continente americano**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2016.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. – **El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la destrucción del Estado democrático por el juez constitucional: el caso de Venezuela**. Santiago: Olejnik, 2018.

- BRYCE, James – **Constituciones flexibles y constituciones rígidas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- BUENO, Roberto – **Uma interpretação conservadora-revolucionária de Carl Schmitt**. Madrid: Dykinson, 2017.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa – **Teoria do Direito e decisão racional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CABO, Oscar Mateos Y de – **Presente y futuro de los sistemas políticos y de los modelos constitucionales: un estudio comparado**. Madrid: Dyrison, 2015.
- CAETANO, Marcello – **Manual de ciência política e Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. Tomo I.
- CAMPILONGO, Celso – **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2019.
- CAMPOS, Paloma Biblino – **Retos a la libertad y estado constitucional**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- CAMPOS, Paloma Biblino; FREIJEDO, Francisco J. – Bastida. **Reflexiones sobre la forma del poder**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2018.
- CAMPS, Victoria – **Democracia sin ciudadanos**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- CAMPUZANO, Alfonso de Julios – **Constitucionalismo: un modelo jurídico para la sociedad global**. Pamplona: Aranzadi, 2019.
- CAPELLA, Juan-Ramón – **Un fin del mundo: Constitución y democracia en el cambio de época**. Madrid: Editorial Trotta, 2019.
- CÁRCOVA, Carlos María – **Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad: escritos selectos**. Santiago: Olejnik, 2019.
- CARMONA, Álvaro Soto [et al.] – **La democracia herida**. Madrid, 2019.
- CARNEIRO, Claudio – **Neoconstitucionalismo e austeridade fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- CASQUETE, Jesús; TAJADURA, Javier – **La constitución de Weimar: historia, política y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.
- CAVALCANTI FILHO, Theóphilo – **O problema da segurança no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

- CHOMSKY, Noam – **Mídia propaganda política e manipulação**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.
- CHOMSKY, Noam – **Uma nova geração define o limite**. Rio de Janeiro: Record, 2013.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre – **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- COLEMAN, Paul – **La censura maquilada: cómo las leyes contra el “discurso del odio” amenazan la libertad de expresión**. Madrid: Dykinson, 2018.
- COOLEY, Thomas M. – **Princípios gerais de Direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas: Russel, 2002.
- CORREIA, Sérvulo – **O Direito de manifestação: âmbito de protecção e restrições**. Coimbra: Almedina, 2006.
- COUTINHO, Luís P. Pereira – **O Estado como representação: do momento Hobbesiano aos problemas contemporâneos**. Lisboa: AAFDL, 2019.
- CUNHA, Paulo Ferreira da – **Constituição & política: poder constituinte, Constituição material e cultura constitucional**. Lisboa: QuidJuris, 2012.
- DAHL, Robert A. – **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- DAHL, Robert A. – **La igualdad política**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- DAHL, Robert A. – **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2016.
- DAHRENDORF, Ralf – **O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1992.
- DAL RI, Luciene; DAL RI, Arno – **Latinidade da américa latina enfoques histórico-jurídicos**. São Paulo: Hucitec, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu – **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. Saraiva, 2013.
- DINALI, Danielle de Jesus; QUADROS, Manuela Corradi C. D.; FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima – **O Direito na sociedade da pós-verdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- DULCE, Maria José Fariñas – **Democracia e pluralismo: um olhar em busca da emancipação**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James – **The endurance of national constitutions**. New York: Cambridge, 2010.
- ESTER, Jon; SLAGSTAD, Rune – **Constitucionalismo y democracia**. 3.^a reimp. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2017.

- FABRIZ, Daury Cesar – **A estética do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson – **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FEBBRAJO, Alberto – **Sociologia do constitucionalismo: Constituição e teoria dos sistemas**. Curitiba: Juruá, 2016.
- FEIJO, Carlos Maria – **Constituição da Republica de Angola: enquadramento dogmático – a nossa visão**. Coimbra: Almedina, 2015.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano – **Vox populi: consultas populares y procesos participativos**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2019.
- FERNÁNDEZ, Ricardo Cueva – **Democracia: perspectivas políticas e institucionales**. Montevideo: Editorial B de F, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi – **Democracia y garantismo**. 2.^a ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Lições de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FERREIRA NETO, Arthur Maria – **Metaética e a fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- FIORAVANTI, Maurizio; MARTÍNEZ NEIRA, Manuel – **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- FISS, Owen – **Hacer del derecho una verdad viviente**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- FISS, Owen – **Libertad de expresión y estructura social**. México: Fontamara, 2004.
- FISS, Owen M. – **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes – **Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- FRANCISCO, José Carlos – **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GARAVITO, César Rodriguez – **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo – **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3.^a ed. – Madrid: Civitas: 1985.
- GARCÍA, Ramón Ortega – **Problemas constitucionales contemporáneos**. Ciudad de México: Fontamara, 2017.

- GARGARELLA, Roberto – **Carta abierta sobre la intolerancia: derecho y protesta.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2006.
- GARGARELLA, Roberto – **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina.** 2.^a reimp. Madrid: Katz Editores, 2016.
- GONÇALVES, Maria Eduarda; GUIBENTIF, Pierre; REBELO, Glória – **Constituição e mudança socioeconómica: quatro décadas da constituição portuguesa.** Parede: Príncípa, 2018.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar – **As constituições dos estados de língua portuguesa.** Coimbra: Almedina, 2014.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Estado de exceção no Direito constitucional: uma perspectiva do constitucionalismo democrático – teoria geral e Direito português.** Coimbra: Almedina, 2020.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno – **A Crise e o Direito.** Coimbra: Almedina, 2013.
- GRAU, Eros Roberto – **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica).** 16.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GRAU, Eros Roberto – **O Direito posto e o Direito pressuposto.** 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GRIMM, Dieter – **Constituição e política.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GUASTINI, Riccardo – **Estúdios de teoria constitucional.** México: UNAM.
- HÄBERLE, Peter – **Direitos fundamentais no estado prestacional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- HAREL, Alon – **Por qué el derecho importa.** Madrid: Marcial Pons, 2018.
- HERRERA, Carlos Miguel – **Confines del constitucionalismo.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- HESSE, Konrad – **Força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.
- JALPA, Juan Esteban Corro – **Sociedad civil: ¿complemento de una democracia constitucional?** Ciudad de México: México, 2018.
- JONAS, Hans – **O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para civilização tecnológica.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

- LACHAPELLE, Guy; OÑATE, Pablo – **Federalismo, devolución y gobernanza multinivel**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- LAW, David S.; VERSTEEG, Mila – **Constituciones aparentes**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- LEVITSKY, Steven – **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LIMA, Danilo Pereira – **Legalidade e autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964**. Salvador: JusPodivm, 2018.
- LIMA, Jairo – **Emendas constitucionais inconstitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.
- LOEWENSTEIN, Karl – **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 2018.
- LOIS, Cecilia Caballero [*et al.*] – **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça**. São Paulo: Landy, 2005.
- MACHADO, Jónatas – **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da; HILÁRIO, Esteves Carlos – **Direito constitucional angolano**. 4.^a ed. Forte da Casa: Petrony, 2017.
- MALBERG, R. Carré – **Teoría general del Estado**. México: Fondo Cultura, 2013.
- MALDONADO, Manuel Arias – **La democracia sentimental: política y emociones em el siglo XXI**. Barcelona: Página Indómita, 2018.
- MARTÍN, Carlos de Cabo – **La reforma constitucional: en la perspectiva de las fuentes del derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- MARTINEZ, Rosario de Vicente – **El discurso del odio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- MARTINS, Ana Maria Guerra – **Estudos de Direito constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2019.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati – **Constituição de 1988 e seus valores no sistema: conceito, característica, metanormatividade, funções, estrutura positiva, limites e possibilidades dos valores no sistema constitucional**. Curitiba: Juruá, 2017.
- MARTINS, Rui Cunha – **O método da fronteira: radiografia histórica de um dispositivo contemporâneo (matrizes ibéricas e americanas)**. Coimbra: Almedina, 2008.
- MEDEIROS, Rui – **A Constituição portuguesa num contexto global: num contexto global**. Reimp. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019.

- MELLO, Marcio Gladio Gomes Cavalcanti de – **Declínio da democracia representativa**. Beau Bassin: Novas Edições Acadêmicas, 2018.
- MENDES, Conrado Hübner – **Cortes constitucionales y democracia deliberativa**. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt – **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MIRANDA, Jorge – **A constituição no limiar do século XXI**. Lisboa: AAFDL, 2016.
- MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- MIRANDA, Jorge – **Forma e sistemas de governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição portuguesa anotada**. 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017. Vol. I.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição portuguesa anotada**. 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica, 2018. Vol. II.
- MONCADA, Luiz S. Cabral de – **O estado pós-moderno: para um novo paradigma de compreensão das actuais relações entre o Estado, o Direito e a sociedade civil**. Lisboa: Quid Juris, 2018.
- MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito constitucional: funções do estado e o poder legislativo no ordenamento português**. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2015. Tomo I.
- MORAIS, Carlos Blanco – **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Coimbra: Almedina, 2018.
- MORAIS, Jucemar da Silva – **O Processo de justiça transicional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MORTATI, Costantino – **La constitución en sentido material**. Estudio preliminar y traducción de Almudena Bergareche Gros; epílogo de Gustavo Zagrebelsky. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- MST. Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – Movimentos sociais enviam carta ao Senado sobre “Pacote Anti-crime”. **MST** [Em linha]. [s.l.], 11-12-2019. Disponível em: <https://mst.org.br/2019/12/11/movimentos-sociais-enviam-carta-ao-senado-sobre-pacote-anti-crime/>. [Consult. em 24-09-2023].
- MÜLLER, Friedrich – **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- MUÑOZ, Diego Pomareda – **El ciudadano frente a la ley: la legitimación popular en el proceso de inconstitucionalidad**. Lima: Palestra, 2019.
- NEVES, Marcelo – **Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.
- NEVES, Marcelo – **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEVES, Marcelo; PALMA, Maurício – **Sociologia constitucional e governança global: novas perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2017.
- NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do estado de Direito**. Coimbra: 2019.
- NOVAIS, Jorge Reis – **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica**. 2.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2019.
- OLIVEIRA, Jadson Correia de – **Controle de constitucionalidade pelo STF - participação e democratização por meio de audiências públicas e do Amicus Curiae**. Curitiba: Juruá, 2015.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús – **El derecho constitucional consuetudinario** [Em linha]. 1.^a reimp. – México: UNAM, 1993. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/862-el-derecho-constitucional-consuetudinario-1a-reimp>. [Consult. em 24-09-2023].
- PANSIERI, Flávio – **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de – **O Costume no Direito**. Campinas: Bookseller, 1997.
- PELUZIO, Anna Mucci – **Organização social e política do Brasil**. Viçosa: Imprensa Universitária da UFV, 1984.
- PÉREZ TREMPES, Pablo – **Las reformas de la Constitución hechas y no hechas**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- PFERSMANN, Otto – **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2014.

- PINTO, Fernando – **A presença do costume e sua força normativa**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral – **Os Limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994.
- PINTO, Marcos Barbosa – **Constituição e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PINZÓN, José Gerardo Candamil – **De la gudnorm a la metanorma constitucional**. Santiago: Olejnik, 2019.
- PORTA, Donatella della – **Democracias: participación, deliberación y movimientos sociales**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2017.
- POST, Robert – **Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- PRATA, Ana – **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2017.
- PRIETO, Luis – **Constitucionalismo y positivismo**. México: FontaMara, 1999.
- PULIDO, Carlos Bernal – **Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica: escritos de derecho constitucional y teoría del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- PULIDO, Carlos Bernal – **El neoconstitucionalismo a debate**. Bogotá: Universidad Externado, 2010.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues – **Estudo de Direito público: obra dispersa**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012. Tomo II, Vol. II.
- RAWLS, John – **O Direito dos Povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- RAWLS, John – **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- REALE, Miguel – Como deverá ser a nova Constituição. **Revista Brasileira Estudos Políticos**. N.º 60/61 (jan./jul. 1985), p. 9-24.
- REGLA, Josep Aguiló – **Teoría general de las fuentes del derecho y el orden jurídico**. Barcelona: Ariel Derecho, 2011.
- RENARD, Georges – **El derecho, el orden y la razón**. Buenos Aires: Desclée, 1947.
- RENARD, Georges – **El derecho, la justicia y la voluntad**. Buenos Aires: Desclée, 1947.
- REZENDE, Maurício Corrêa de Moura – **Democratização do poder judiciário no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2018.
- RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira – **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. Coimbra: Almedina, 2014.

- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz – **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e Direito fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo – **Fuga do Direito: um estudo sobre o Direito contemporâneo a partir de Franz Neumann**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROSSI, Cláudia – Mídias sociais: rumo à democracia participativa? *Política 2.0 X Democracia 2.0. Sociologia*. ed. 4, ano IV, São Paulo: Escala, p. 32, abr./maio 2011.
- ROYO, Javier Pérez; DURÁN, Manuel Carrasco – **Curso de derecho constitucional**. 16.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- RUBIO, Daniel López – **Justicia constitucional y referendum: el control judicial de las normas aprobadas por los ciudadanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di – **Derecho constitucional**. Madrid: Tecnos, 1973.
- RUIZ, Gerardo Ruiz-Rico; NADALES, Antonio Porras; SÁNCHEZ, Miguel Revenga – **Regeneración democrática y reforma constitucional**. Valencia: Tirante lo Blanch, 2017.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro; PALOMINO MANCHEGO, José F. – **Imprevisión y reforma: dos problemas contemporáneos del derecho constitucional**. Lima: Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2005. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1953-imprevision-y-reforma-dos-problemas-contemporaneos-del-derecho-constitucional>. [Consult. em 24-09-2023].
- SAHUÍ, Alejandro – **Igualdad y calidad de la democracia**. Ciudad de México: Fontamara, 2018.
- SÁNCHEZ, Isidoro Casanueva – **El concepto del derecho**. Madrid: Dykison, 2019.
- SÁNCHEZ, Pedro Fernández – **Os poderes presidenciais sobre a formação e a subsistência do governo**. Lisboa: Petrony, 2015.
- SANCHÍS, Luis Prieto – **Constitucionalismo y positivismo**. Lima: Palestra, 2018.
- SANTOS, Eduardo Rodrigues dos – **Direitos fundamentais atípicos**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang – **Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado**. 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARMENTO, Daniel – **Direitos, democracia e república**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

- SAUQUILLO, Julián – **La reforma constitucional: sujetos y límites del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 2018.
- SAVATER, Fernando [et al.] – **Homenaje a la Constitución: 1978 – 2018**. Madrid: Confluencias, 2018.
- SILVA, Cecília de Almeida [et al.] – **Diálogos institucionais e ativismo**. 2.^a reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha – **Consenso e democracia constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. – **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- TELLES JUNIOR, Goffredo – **A Constituição, a assembleia constituinte e o congresso nacional**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TORRE, Mariano C. Melero de la – **Legalidad como razón pública: una teoría del constitucionalismo desde el modelo commonwealth**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.
- TOURAINÉ, Alain – **Após a crise: a decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais**. Petrópolis: Vozes, 2011.
- TOURAINÉ, Alain – **O que é a democracia?** Petrópolis: Vozes, 1996.
- UGARTE, Pedro Salazar – **La democracia constitucional: una radiografía teórica**. México: FCE, IIJ-UNAM, 2006.
- VALADÉS, Diego – **Constitución y democracia**. 1.^a reimp. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- VERDÚ, Pablo Lucas – **O sentimento constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VIEIRA, Oscar Vilhena et al. – **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV Direito SP, 2017.
- VIGO, Rodolfo L. – **Las causas del derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.
- VILLALÓN, Pedro Cruz – **La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- VILLALÓN, Pedro Cruz – **La reforma de la justicia constitucional**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2006.
- VILLALÓN, Pedro Cruz; HOHMANN-DENNHARDT, Christine; SCHOLZ, Rupert – **Las Constituciones Alemana y Española en su Aniversario**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.



VIOLA, Francesco – **Rule of law: el gobierno de la ley ayer y hoy**. Lima: Palestra, 2017.

WALDRON, Jeremy – **Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el congreso y en los tribunales**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo – **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo – **Historia y constitución**. 2.^a ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.