

ano 20 - n. 80 | abril/junho – 2020

Belo Horizonte | p. 1-306 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i80

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Normas constitucionais não escritas

Unwritten constitutional norms

Lucas Fonseca e Melo*

Escola do Tribunal de Contas de Minas Gerais (Brasil)

E-mail: lucas7melo@yahoo.com.br

Recebido/Received: 09.12.2019 / December 9th, 2019

Aprovado/Approved: 12.09.2020 / September 12th, 2020

Resumo: O artigo analisa a força normativa das normas constitucionais não escritas. Ele visa verificar se o costume e as convenções, em regime de *civil law*, são normas jurídicas. A metodologia utilizada no presente trabalho é a qualitativa, na modalidade de estudo bibliográfico. O objetivo específico é analisar o fundamento jurídico pelo qual o ser se transforma em dever-ser. Ao final conclui-se que apenas os costumes possuem força normativa. Porém, as convenções ganham importância na sua reiteração e, se acompanhadas da convicção de sua obrigatoriedade, podem desencadear novos costumes constitucionais.

Palavras-chave: Costumes. Convenções. Constituição. Normas não escritas.

Abstract: The article analyzes the normative force of the unwritten constitutional rules. It aims to verify if custom and conventions, under civil law, are legal rules. The specific objective is to analyze the legal basis by which a fact is turned into law. The methodology used in this work is the qualitative, in the bibliographic study modality. In the end it is concluded that only customs have normative force. However, conventions gain importance in their reiteration and, if accompanied by the conviction that they are binding, may trigger new constitutional customs.

Keywords: Custom. Convention. Constitution. Unwritten rules.

Sumário: **1** Introdução – **2** Regra consuetudinária e processo consuetudinário – **3** Costume constitucional – **4** Convenção constitucional – **5** Conclusão – Referências

Como citar este artigo/*How to cite this article:* MELO, Lucas Fonseca e. Normas constitucionais não escritas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 211-239, abr./jun. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i80.1263.

- * Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP) e em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Tributário da Escola do Tribunal de Contas de Minas Gerais (Belo Horizonte, Brasil). Procurador da Fazenda Nacional de Categoria Especial. *E-mail:* lucas7melo@yahoo.com.br.

1 Introdução

O fato jurídico, em sentido estrito, é todo acontecimento natural ou humano apto a produzir efeito jurídico. O fato pode ser tanto lícito como ilícito. A ilicitude não o retira do conjunto dos fatos jurídicos.¹

De toda forma, competem as mudanças sociais a dinâmica de juridicização ou desjuridicização dos fatos, que nada mais é do que o processo de adjetivação do fato para que se torne um fato jurídico ou deixe de sê-lo, sendo que o fato só passa a existir para o mundo jurídico no momento em que se juridiciza.

Os atos jurídicos, por sua vez, diferenciam-se dos fatos jurídicos em face da exteriorização da vontade. Não há, neste momento, preocupação com a classificação dos atos jurídicos; pelo contrário, o termo é aqui utilizado de forma *lato sensu*, com intuito de englobar todos os atos jurídicos, inclusive os de sentido estrito, os negócios jurídicos e, para aqueles que adotam a teoria do ato-fato, os atos-fato.²

Um ato ou fato jurídico pode ensejar alterações informais nas normas vigentes na sociedade. É claro que a normatização não ocorre pelo ato ou fato jurídico em si, mas pela solução ou pela forma como determinado ato ou fato será trabalhada pelos órgãos do poder político.

O fato é que uma Constituição se modifica também por meios informais,³ ou seja, por procedimentos não escritos nos textos das constituições. Esses procedimentos de alteração também podem ter a sua origem em fatos. Nesses casos, essas fontes fáticas podem ser concretizadas por meio de costumes, convenções, práticas políticas, correção constitucional e precedentes.⁴ O presente artigo focará apenas nos costumes e nas convenções.

Muito já se debateu sobre a hierarquia das normas não escritas em face das escritas. É importante mencionar que os costumes já desempenharam papel extremamente relevante em alguns ordenamentos jurídicos, como foi o caso, na

¹ MIRANDA, F. C. P. de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. II. p. 222.

² Pontes de Miranda desenvolveu a categoria do ato-fato jurídico, sendo uma categoria intermediária entre o ato jurídico e o fato jurídico. Trata-se de uma espécie de *fato jurídico em sentido amplo*. É, na verdade um comportamento humano que determina a produção de efeitos jurídicos, todavia o ato é desprovido de consciência ou intenção na sua realização. É o que ocorre, por exemplo, na aquisição de picolé por uma criança. *Ibidem*. p. 52.

³ Nesse sentido, Biscaretti di Rufia afirma: “resultaria gravemente errôneo considerar que as únicas modificações dos ordenamentos constitucionais são as determinadas pelas reformas formais propriamente ditas dos textos de suas constituições. Com efeito, se se quer realmente conhecer o desenvolvimento da vida constitucional de um Estado, é necessário também ter presentes as múltiplas modificações não formais das normas constitucionais, que sempre ocorrem de modo mais acentuado, segundo os diversos ordenamentos”. RUFFIA, P. B. di. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 561.

⁴ Sobre o tema, cf. LISBOA, C. C. G. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa, Almedina, 2012. p. 53 *et seq.* e VERGOTTINI, G. de. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 2007. p. 243.

Antiguidade, das Unidades Políticas da Grécia Antiga, da Monarquia e da República Romana, uma vez que a maioria das normas era de origem consuetudinária.⁵

Todavia, com o surgimento das normas escritas, o costume foi cada vez mais relegado a um papel secundário. Esse fenômeno é, inclusive, justificado pela dificuldade de legitimar esses atos em face da legislação escrita que não os prevê.

Inicialmente, o fundamento jurídico adotado para legitimar o princípio era o espírito do povo. Porém, a doutrina abandonou esse entendimento e utilizou como condição e fundamento do direito consuetudinário apenas dois requisitos: a repetição do fato e *a opinio iuris et necessitatis*,⁶ ou seja, o consenso do grupo.

A doutrina se divide em duas vertentes: uma que tem por base a força normativa dos fatos, e outra que afasta qualquer normatividade oriunda dos fatos, essa última corrente é defendida por Dau-Lin, que sustenta que o elemento do dever (*sollen*) de uma norma jurídica nunca é resultado do elemento do ser (*sein*).⁷ No mesmo sentido, Pierandrei defende que as mutações tácitas da Constituição não podem derivar de regras convencionais, uma vez que estas não são regras jurídicas. Embora esse autor não aceite que as regras convencionais alterem a Constituição, ele admite que elas possam produzir efeitos e gerar consequências de grande vulto no âmbito de funcionamento dos Estados, uma vez que tais regras interferem no funcionamento das instituições políticas de um determinado Estado.⁸

Assim, mesmo os autores que negam a força normativa dos costumes admitem que as normas constitucionais não escritas, de alguma forma, compõem todos os ordenamentos jurídicos, mesmo aqueles que não as prevejam expressamente como fonte de direito. Isso, muitas vezes, é visto como um problema, principalmente em face das normas não escritas que contrariam o direito posto.

Alguns autores tentam restringir a possibilidade de os costumes e das convenções constitucionais serem ou não fontes do direito apenas para os ordenamentos constitucionais que adotam constituições rígidas, pois, segundo eles, os costumes podem alterar a Constituição dos ordenamentos que adotam constituições flexíveis e aqueles que não possuem uma Constituição formal, como o Reino Unido.⁹ Todavia, mesmo no cenário de uma constituição rígida, o problema é o mesmo das constituições ditas flexíveis. Isso porque, tanto em uma quanto em outra, o costume terá revogado uma lei formalmente aprovada, não interessam o

⁵ LISBOA. Op. cit. p. 53.

⁶ SEGADO, F. F. In: MENDES, G. F.; MORAIS, C. B. de (coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 124.

⁷ DAU-LIN, H. *Mutación de la constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998. p. 125.

⁸ PIERANDREI, F. *La Corte Costituzionale e le "modificazioni tacite" della costituzione*. Roma: Nicola Zanichelli Editore, 1953. p. 119-120.

⁹ PEGORARO, L. Revisões informais da Constituição. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, G. F.; MORAIS, C. B. de (coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 299.

quórum e o rito de aprovação. No final das contas, a Constituição está sendo alterada sem observar a forma prevista nela própria. Esse problema de compatibilidade só deixa de existir nos ordenamentos jurídicos que expressamente preveem o costume como fonte primária do direito ou que não possuem uma Constituição escrita.

Por essa razão, a omissão dos costumes como fonte do direito pode ser interpretada como uma opção do órgão constituinte a favor da chamada *perspectiva político-constitucional*. Nesse sentido, a escolha de não incluir o costume como fonte do direito é, de fato, optar pelo primado do direito escrito e pelos postulados políticos do Estado Democrático de Direito: o princípio da soberania representativa e o da separação dos poderes. O primeiro princípio garante exclusividade ao Poder Legislativo, cujos membros são representantes diretos do povo para elaborar as leis, logo apenas eles detêm o poder de formular regras ou normas jurídicas e não quaisquer outros poderes do Estado, por exemplo, o Poder Judiciário. A exclusividade alcança também outras vontades, mesmo que essa vontade seja do povo, no contexto da escola histórica. Nessa vertente, o costume deixa de ser fonte de criação do direito, mas pode subsistir como meio de prova da existência dessa regra.¹⁰ Ocorre que há um problema na perspectiva *político-constitucional*: o único meio de prova da existência de uma regra ou norma, nessa perspectiva, é o direito escrito, logo o costume não poderia ser objeto de prova, pois a única fonte de direito é o direito escrito pelo Poder Legislativo.

Ante o exposto, torna-se necessário analisar as fontes-fatos, especificamente: o costume e a convenção, a fim de verificar se elas realmente são fontes do direito.

2 Regra consuetudinária e processo consuetudinário

A natureza jurídica do costume parece ocupar uma posição ambígua, pois ora está em situação na qual é tratada quase como um sobrevivente de um direito há muito não existente, um fato histórico, algo à beira de extinção, outras vezes, pelo contrário, é visto como se fosse responsável pela origem de todas as outras normas. Esse antagonismo ocorre em face da natureza e do papel desempenhado pelo costume na teoria do direito.¹¹

Essa atitude de redução do papel dos costumes não é algo recente. Muito antes do positivismo, já no século XV, iniciou-se o procedimento de incluí-los, por escrito, na legislação. Logo o costume deixou de ser visto como fonte do direito,

¹⁰ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 861.

¹¹ “É que o reconhecimento da natureza e o papel do costume representa uma questão essencial que opõe às principais orientações da teoria do direito: positivismo ou realismo, modernismo ou pluralismo, instantaneísmo ou continuísmo”. OST, F. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 107.

para alçar um *status* menor, de fonte subalterna do direito. A Escola da Exegese, no século XIX, acreditava que as codificações acarretariam a extinção do instituto.¹²

Não foi o que ocorreu, embora o costume realmente não mais ocupe um papel de extremo destaque nos ordenamentos jurídicos de países de *civil law*. O fato é que ele ainda persiste. Embora não ocupe mais a posição de principal fonte do direito, há dúvida se o costume ainda se configura como fonte do direito ou apenas possui uma função de complementação, como se fosse uma fonte secundária. Ocorre que a questão não se esgota apenas no fato de se enquadrar ou não o costume como fonte do direito, resta ainda explicar como o fato torna-se direito.

O positivismo não consegue fundamentar, juridicamente, a partir de quando um fato se transmuda em direito e como um costume pode ter uma relação de antinomia diante de uma regra expressa. O costume *contra legem* ataca, ou pelo menos relativiza, a força das normas. Em face dessas questões ditas insolúveis, é mais fácil e lógico afastar o problema, a ponto de enquadrá-lo como algo complementar. Admite-se o costume *secundum e praeter*, por ser acessório e, claro, de menor importância, mas não se admite que a exceção se transforme em regra, ao ponto de subverter a lógica jurídica dominante.

Era exatamente isso que a Escola Histórica defendia, pois permitia que os fatos sociais, a tradição e os costumes fossem considerados como fonte do direito. Essa corrente foi defendida por nomes como Eugen Ehrlich, com o seu direito vivo, e François Gény, com a livre investigação. A partir desse ponto de vista, a norma editada pelo Estado só tem fundamento de validade jurídica se estiver de acordo com os fatos consuetudinários; ou, então, a própria norma deveria sempre ser complementada toda vez que comportasse mais de uma interpretação. Essa complementação deveria ocorrer pela via do direito consuetudinário, seja pela tradição, pelo costume, pela realidade ou por outros fatores sociais. Em resumo, na corrente histórica, o costume assume um papel de destaque na seara da teoria do direito.¹³

Ost questiona se a solução para o caso do costume é apenas adotar uma ou outra corrente. Ele qualifica essa forma de pensar de reducionista, pois, de um lado, não haveria direito se não fosse o oficial, aquele emanado de um órgão do Estado e desde que tenha sido observado o processo legislativo descrito na Constituição e, de outro, o direito vivo, que só encontra existência nas opiniões difusas e nas práticas coletivas dos sujeitos de direito.¹⁴

¹² OST, F. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 107.

¹³ *Ibidem*. p. 109.

¹⁴ OST, F. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 108.

Serge Sur tenta demonstrar que, conforme Shakespeare, “existem mais coisas entre o céu e a terra do que admite a nossa vã filosofia”.¹⁵ Ele tenta conciliar as duas medidas, de tal modo que uma não seja excludente da outra, mas que convivam, até certo ponto, harmonicamente. Até certo ponto porque uma, em algum momento, interfere, significativamente, na outra, rompendo a harmonia até então existente.¹⁶

Porém o fato interessante defendido por Serge Sur, e adotado por Ost, é que as normas consuetudinárias apenas ganham força normativa a partir do momento em que elas são assimiladas, da forma que a legislação assim o preveja, por um determinado ordenamento jurídico.

Dessa forma, as normas primárias e secundárias de um determinado ordenamento jurídico podem assimilar, na maioria das vezes, os costumes dentro do direito oficial, o que fatalmente fará com que o costume seja consagrado naquele ordenamento. Todavia os mencionados autores ainda defendem que, mesmo após a incorporação do costume pelo direito oficial, ainda assim se estará diante de um caso de regra consuetudinária. Isso porque os processos consuetudinários não são absorvidos pelo ordenamento jurídico por meio de uma norma positiva, pois, diferentemente das normas positivas em que é possível identificar a sua origem – o tempo e o lugar do seu surgimento – esses processos atuam como um “fluxo” imanente.¹⁷ É interessante notar como essa corrente se aproxima da teoria do poder constituinte difuso.

Essa visão de Ost é interessante, pois, a partir do momento em que os costumes são vistos como um fluxo, não há espaço para se discutir quantos precedentes são necessários para concretizar um costume. Da mesma forma, questões como se o costume tira a sua força obrigatória de uma norma formal ou de si mesmo, perdem, em princípio, o interesse prático. Pois, como o costume é um fluxo permanente de transformação do direito, ele surge toda vez que esse fluxo aparecer na vida jurídica, sendo que, provavelmente, toda vez em que ele aparece, será incorporado em uma determinada norma, mas isso não esgota o fluxo do processo que poderá, no futuro, acarretar novo influxo transformador.¹⁸ Todavia a questão relativa ao momento a partir de qual um costume passa a vigor continua sem resposta, pois em que momento efetivamente o costume surge na vida jurídica não é algo respondido pelos defensores dessa tese.

A temporalidade que caracteriza esse fluxo é simultaneamente muito antiga (sempre mais antiga do que a fonte “positiva” que o

¹⁵ “*There are more things in heaven and earth, Horatio. Than are dreamt of in your philosophy*” (SHAKESPEARE, W. *The tragedy of Hamlet*. Cambridge: University Press, 1904. Act 1, scene 5).

¹⁶ SUR, S. La coutume internationale. Sa vie, son œuvre. *Droits*, n. 3, 1986. p. 114.

¹⁷ *Ibidem*. p. 114 e OST. Op. cit. p. 108.

¹⁸ OST, F. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 108.

consagra e o sanciona) e sempre nova, já que nada detém a sua capacidade permanente de autotransformação (nesse sentido o processo consuetudinário é sempre mais jovem do que as fontes jurídicas oficiais).¹⁹

Dessa forma, ou o costume só tem interesse a partir do momento em que ele é incorporado ao ordenamento jurídico, ou seja, só nesse momento o fato se torna direito, logo, o fato de ele ser ou não um fluxo é irrelevante; ou, ao contrário, o fato de ele ser um fluxo é extremamente relevante a tal ponto que a sua incorporação pelas fontes oficiais é irrelevante, pois o costume produziria regulares efeitos, sendo, na verdade, uma fonte extraoficial. Nesse último caso, o problema que persiste é a partir de quando o fato se transforma em direito.

3 Costume constitucional

Primeiramente, cumpre esclarecer que o costume, em regimes de Constituição formal, não cria originalmente normas constitucionais, uma vez que a Constituição nasce de um ato jurídico denominado ato constituinte. Logo o problema do costume em sistemas de Constituição formal não tem relação com a criação ou a formulação de normas originárias via costume, mas sim com a criação superveniente de normas constitucionais, uma vez que o costume se projeta sobre normas constitucionais formalmente produzidas por meio de atos oriundos do poder constituinte originário ou derivado.²⁰

O grande problema que emerge do costume é: como compatibilizar normas constitucionais consuetudinárias com a Constituição formal? A dificuldade inicia-se com a possibilidade jurídica de existirem normas costumeiras num regime de Constituição formal, pois, nessa última, o poder político é exercido segundo as formas e nos termos da Constituição. Além disso, o fato é que, normalmente, as Constituições formais são silentes quanto à possibilidade jurídica de uma norma costumeira alterar a própria Constituição. As Constituições ditas rígidas, ao contrário, apenas permitem que o seu texto seja alterado por um processo legislativo diferente e mais dificultoso do rito previsto para as leis ordinárias.

Todavia, no direito constitucional, não se pode olvidar uma importante ferramenta de construção do direito, que é a política. É fato que existe uma série de normas não formais, logo, não escritas e não contidas em nenhum texto, seja constitucional ou infraconstitucional, mas que são observadas pela comunidade

¹⁹ *Ibidem.* p. 108.

²⁰ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. t. IV. p. 117.

política com caráter de obrigatoriedade, efetivamente servindo como parâmetro para o exercício do poder.

Neste momento é importante conceituar costume. Os costumes são regras oriundas da consciência do povo, porém só ganham força quando aplicados, de forma reiterada, por órgãos que exercem o poder político. Limongi França descreve cinco requisitos para a sua configuração: continuidade, uniformidade, diuturnidade, moralidade e obrigatoriedade.²¹

Carlos Maximiliano defende que o costume exerce a função de auxiliar a exegese e de servir como direito subsidiário, pois pode ser usado para complementar o direito escrito e preencher as lacunas existentes no ordenamento jurídico.²²

A omissão do legislador em discriminar o costume como fonte do direito faz com que parte da doutrina considere que esse silêncio eloquente é uma opção política do órgão constituinte a favor da chamada perspectiva político-constitucional.²³ Isso significa defender que, entre os poderes do Estado, o único que tem o poder de criar o direito é o Legislativo. Essa perspectiva amolda-se, perfeitamente, ao sentido do fenômeno do constitucionalismo: primazia da Constituição e do direito escrito, do princípio da soberania representativa e do princípio da separação dos poderes. A questão é que a perspectiva político-jurídica não resolve o problema das fontes do direito, especificamente, em face do direito consuetudinário, razão pela qual Canotilho defende que o costume não deve ser visto como instituto criador do direito, mas como um meio de prova da existência dessa regra.²⁴

O problema é que essas normas, como visto, originam-se das práticas dos poderes do Estado, independentemente da função estatal (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) e podem alcançar o mesmo patamar de normas constitucionais solenemente contidas no texto constitucional. Essas normas podem complementar as normas constitucionais, mas, não raro, elas contrariam o que expressamente está contido na Constituição.²⁵

Essa realidade é, segundo Georges Burdeau, parcialmente explicada pelo fato de toda Constituição ser originada de modo costumeiro, pois se forma lentamente, a partir de fatores morais e históricos. Assim, um determinado instituto, quando descrito de forma estatutária, já estava fixado por um conjunto complexo de tradições,

²¹ FRANÇA, R. L. *Manual de direito civil*. Revista dos Tribunais, 1973. v. 2. p. 22.

²² MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Forense: São Paulo, 2011. p. 189.

²³ Sobre o tema, cf. NEVES, A. C. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1968. p. 419.

²⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 862.

²⁵ LISBOA, C. C. G. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa, Almedina, 2012. p. 17.

de uso, de precedentes, de princípios, que forma o direito costumeiro e que depois assume uma dimensão formal.²⁶

Essa assertiva de Burdeau é confirmada historicamente, uma vez que, geralmente, primeiro se formam os costumes e a tradição de um determinado povo para depois aparecer o direito escrito. Diz-se geralmente porque há exceções, como os casos em que um povo dominante impõe o seu direito aos subjugados.

Todavia, no momento da codificação, algumas dessas normas podem não ser contempladas no texto constitucional. Esse fato implica a manutenção de práticas que se caracterizam como normas não escritas, pois orientam da mesma forma que as escritas o exercício do poder.

Assim, algumas dessas normas podem preencher determinado vácuo legislativo. Percebe-se que o problema ora analisado refere-se ao preenchimento dessas lacunas legislativas. Dau-Lin critica as observações de Jellinek sobre o tema, por entender que a visão deste é extremamente ampla, pois, para Jellinek, a lacuna constitucional é um fato não contemplado pela Constituição. Se constatada tal omissão, para Dau-Lin, deve o legislador constitucional reformar a Constituição. Porém, caso o legislador permaneça inerte e uma relação jurídica constitucional consuetudinária passe a preencher a lacuna, configurar-se-á uma mutação constitucional.²⁷

Quando se depara com uma situação que não está prevista na Constituição, essa, de alguma forma, será regulada pela sociedade, seja por meio das regras gerais de direito, dos princípios constitucionais, ou mesmo do direito costumeiro.

Assim, são os costumes em geral que preenchem essas lacunas; e a esses costumes a doutrina nomeou de integrativos ou introdutivos. Anna Cândida da Cunha Ferraz elucida que “o costume integrativo ou introdutivo intervém para preencher lacunas no texto constitucional, complementar disposições, corrigir omissões ou substituir o silêncio do legislador constituinte, mediante usos e práticas consentidas ou não infirmadas pelas disposições constitucionais”.²⁸

É fato que existem costumes *contra constitutionem*, a exemplo do *bill* de indemnidade,²⁹ citado por Canotilho, utilizado durante o período de ditadura portuguesa. Todavia o costume *contra constitutionem*, na visão desse autor, não

²⁶ BURDEAU, G. *Traité de science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989. t. III. p. 15.

²⁷ DAU-LIN, H. *Mutación de la constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998. p. 63.

²⁸ FERRAZ, A. C. da C. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 191 *et seq.*

²⁹ O mencionado instituto “serve para apagar a responsabilidade penal ou civil dos membros do Executivo e seus subordinados quando, em caso de emergência, violem a Constituição ou as leis”. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 862.

deixa de ser um costume inconstitucional. A constitucionalização desse costume só será possível a partir do momento em que a Constituição for formalmente alterada.³⁰

Jacques Chevalier, em 1970, ao analisar o tema da vertente do direito francês, defende que a importância dada aos costumes é meramente artificial, pois ele objetiva apenas fundamentar as práticas políticas contrárias ao direito escrito.³¹

No mesmo sentido, Carré de Malberg também considera que todos os defensores do costume como fonte do direito o fazem para justificar um estado de coisas estabelecido de fato, o que equivale a dizer que essas situações carecem de fundamento jurídico.³² Essas práticas, na verdade, seriam “falseamentos da Constituição”.³³

Os que defendem a não admissibilidade dos costumes como fonte do ordenamento jurídico o fazem com fulcro na superioridade e rigidez constitucional, bem como na volubilidade da regra costumeira, pois bastaria uma única atitude em contrário para que o uso, um dos seus requisitos, desaparecesse.

Todavia há na doutrina aqueles que defendem a situação dos costumes como fonte do direito. Leon Duguit, por exemplo, entende que o direito não é uma criação do Estado. A força jurídica da norma repousa na consciência social, e a lei é apenas um dos modelos que expressam essa consciência. O direito pode ser constatado pelo legislador, por meio da lei, mas também pelo costume, que resulta das práticas reiteradas pelos governantes.³⁴

A possibilidade de a lei ser complementada por normas costumeiras é assunto relativamente pacífico, pois os costumes *praeter* e *secundum legem* acabam por preencher um espaço normativo não atingido pelas normas formais. Isso pode ser explicado pelo fato de que a existência de uma Constituição formal não exclui a proibição de outras fontes do direito, ou seja, não determina a sua exclusividade, mas sim a sua primazia. Em resumo, onde a Constituição não chega, o costume pode atuar.³⁵ Esse ponto de vista é interessante, mas não é uma solução jurídica ao instituto, e sim apenas uma visão pragmática. Como ele não contradiz nenhuma norma e apenas preenche uma lacuna, a aplicação do costume resolve um problema, o vácuo legislativo, e soluciona o caso concreto, porém não se enfrenta o problema de o ser transformar-se em dever-ser.

³⁰ *Ibidem*. p. 1094.

³¹ CHEVALLIER, J. *La coutume et le droit constitutionnel français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970. p. 1.379-1.380.

³² CARRÉ DE MALBERG, R. *et al. Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 621.

³³ “*On appelle faussement de la constitution les déformations que la pratique apporte au fonctionnement des institutions gouvernementales et aux rapports des pouvoirs publics. La pratique établit souvent des usages qui sont contraires au texte même de la constitution et qui posent la question de l’abolition de ces textes par le non-usage*” (HAURIU, M. *Précis de droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1929. p. 260).

³⁴ DUGUIT, L. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. E. de Boccard, 1930. p. 159.

³⁵ MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. t. II. p. 119.

O grande problema dos costumes é justificá-los e harmonizá-los dentro do ordenamento jurídico, principalmente, quando se fala em costume *contra legem*, pois como explicar que uma norma de validade extraída e justificada de outra norma superior perca a sua validade em face de uma norma costumeira que não detém, em princípio, validade jurídica em nenhuma norma superior?³⁶

Jorge Miranda afirma que o problema levantado é agravado quando a Constituição é rígida, uma vez que ela só pode ser revista por um critério mais dificultoso do que o necessário para a elaboração de uma lei ordinária.³⁷ Todavia, mesmo no cenário de Constituição rígida, o problema é o mesmo das Constituições ditas flexíveis. Isso porque, tanto em uma quanto em outra, o costume terá revogado uma lei formalmente aprovada, não interessando o quórum e o rito de aprovação. São indiferentes os critérios utilizados pela Constituição ao regular os mecanismos para que ela seja alterada, o problema que persiste é que a Constituição está sendo alterada sem observar a forma prevista na própria Constituição.

Fato é que existem inúmeros casos que demonstram que uma norma constitucional foi alterada por um costume.³⁸ Por essa razão, Jorge Miranda classifica o costume *contra legem* como um problema³⁹ que não pode ser harmonizado num sistema em que vigora uma Constituição formal.

Para fundamentar a existência dos costumes constitucionais, deve-se partir não da prática para a teoria; ao contrário, primeiramente devem-se fixar os parâmetros teóricos que permitam balizar a sua validade dentro de um determinado ordenamento jurídico. Caso isso não seja possível, realmente se estará diante de um problema jurídico insolúvel.

É fundamental demonstrar a juridicidade dos costumes; caso contrário, ter-se-á uma situação irregular com consequências deveras graves, pois, se o próprio poder de reformar sofre limitações, tanto expressas como implícitas, não seria possível que aquilo que é vedado de ser alterado formalmente pela principal fonte do direito seja autorizado pela via de um instituto não jurídico, mas fático, no caso, o costume.

³⁶ Em regra, as constituições modernas não preveem os costumes como fonte de direito, diferentemente do que ocorre no direito internacional, em que o costume é fonte de direito. Logo é possível, nesses casos, que ocorram antinomias entre duas normas internacionais distintas, uma de origem escrita e outra de origem costumeira. Todavia a mesma antinomia não seria possível caso uma determinada Constituição não dispusesse que o costume, da mesma forma que a lei, é fonte primária de direito. Porém é fato que essas antinomias ocorrem mesmo em face das Constituições que não preveem expressamente o costume como fonte do direito constitucional. MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. t. II. p. 118.

³⁷ *Ibidem*. p. 118.

³⁸ “Só em Portugal pode-se mencionar: 1) a desnecessidade de deliberação para que os projetos e as propostas de lei sejam votados na especialidade em comissão (contra o art. 168º, nº 3 da Constituição); o surgimento do Presidente da Câmara Municipal, como órgão do município autónomo e com proeminência sobre a Câmara (contra o art. 150º)”. *Ibidem*. p. 124-125.

³⁹ “O costume constitucional *contra legem* equivale à preterição da constitucionalidade. Contudo isso não permite fechar os olhos à vida a ponto de asseverar que tal costume não existe”. *Ibidem*. p. 46.

Os defensores da juridicidade dos costumes os enquadram como fonte-fato do direito constitucional.⁴⁰ O fundamento para a possibilidade de uma norma consuetudinária alterar um texto Constitucional estaria no fato de os costumes serem uma das formas pelas quais o poder constituinte difuso se manifesta;⁴¹ ele é um fato normativo.⁴² Logo, nesses casos, não haveria limitação constitucional formal nem mesmo cláusulas pétreas que não poderiam ser alteradas por meio do poder constituinte difuso pelo fato de nele não incidirem as mesmas limitações do poder constituinte derivado.

Porém, como é uma fonte-fato do direito, todas as suas manifestações e, como consequência, todos os exemplos fornecidos pela doutrina são retirados da prática, o que só fortalece as críticas de Carré de Malberg de que, em todas as vezes em que se recorre ao costume para explicar uma situação fática já estabelecida, é porque tais fatos carecem de fundamento jurídico.⁴³

Para averiguar se o costume é um instituto jurídico com força normativa, é preciso verificar como ele se forma. O costume constitucional só se forma por meio das relações ocorridas entre os órgãos constitucionais de determinado Estado; logo, embora o cidadão contribua para a formação de um determinado costume, ele só se forma no momento em que aquele comportamento é adotado por um dos órgãos políticos do Estado.⁴⁴ Esses órgãos são aqueles que exercem o poder político de determinada Constituição, pois não só concretizam os preceitos da vida política do Estado como criam precedentes sobre os preceitos constitucionais.⁴⁵

Um costume não se origina de um único ato decisório,⁴⁶ mas também não é possível mensurar o momento correto no qual um costume surge ou desponta no ordenamento jurídico. Todavia é necessário que haja repetição de atos decisórios durante um determinado transcurso de tempo, com clareza e constância, a fim de que aquela norma costumeira seja realmente assimilada pela comunidade jurídica.

⁴⁰ PALADIN, L. *Diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1991. p. 232.

⁴¹ FERRRAZ, A. C. da C. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 185.

⁴² BOBBIO, N. *La consuetudine come fatto normativo*. Torino: Giappichelli, 2000. p. 59.

⁴³ CARRÉ DE MALBERG, R. *et al. Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 621.

⁴⁴ Entre muitos, CARBONE, C. *La consuetudine nel diritto costituzionale*. Padova: Cedam, 1948. p. 33; GIROLA, C. *Le Consuetudini costituzionali*. Recueil d'étude en'honneur de François Gény. Paris: Sirey, 1934. t. I. p. 13 e FERRRAZ, A. C. da C. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 187.

⁴⁵ Sobre o tema, cf. DUGUIT, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1927. t. I. p. 159: "É a partir do hábito desenvolvido pelos detentores da força pública de agir desta ou daquela maneira que eles mesmos se consideram obrigados a continuar a proceder conforme suas ações anteriores".

⁴⁶ Em sentido contrário: LEVY, D. *Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel*. Mélanges offerts a Marcel Waline. Paris: LGDJ, 1974. t. I. p. 43.

Essa assimilação pela comunidade jurídica é, na verdade, um requisito psicológico ou interno para que se configure uma fonte consuetudinária denominada pela doutrina de *opinio iuris*.⁴⁷ Segundo Carolina Lisboa, são duas as funções da *opinio iuris* como elemento constitutivo do costume: ela serve para explicar a obrigatoriedade da norma costumeira, ou seja, a força vinculante da norma e diferenciar as normas jurídicas consuetudinárias das outras que não são jurídicas.⁴⁸

Todavia a doutrina da *opinio iuris* sofre fortes críticas quanto à necessidade de ela realmente ser um requisito para a formação do costume. Bobbio critica o instituto, pois, segundo ele, a *opinio iuris* sofre de coerência lógica, uma vez que o costume, por possuir a *opinio iuris*, dispensa a edição de uma norma jurídica para lhe dar validade. Todavia a *opinio iuris* pressupõe, para a formação do costume, a preexistência de uma norma jurídica na consciência de quem acata o costume de que aquele comportamento de acatar é obrigatório. Isso forma um círculo vicioso, pois há uma forte contradição em conceber o costume como fundador de um direito e, ao mesmo tempo, exigir que esse direito já deva existir para justificar o surgimento do costume.⁴⁹ Logo esse elemento subjetivo é posto em xeque pela doutrina, isso porque essas motivações subjetivas são praticamente indemonstráveis e indiferentes à verdadeira juridicidade das normas jurídicas.

O fundamento de validade para as normas costumeiras não estaria então na *opinio iuris*, uma vez que a subjetividade do instituto afasta qualquer possibilidade de se demonstrar que o costume está ou não vigente.

Além disso, da mesma forma, não restam dúvidas de que o costume poderia ser fonte de direito, desde que as constituições previamente o previssem, como ocorre, por exemplo, com o direito brasileiro.

Na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, consta expressamente no art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que o juiz, diante da omissão legislativa, decidirá o caso concreto à luz da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Dessa forma, o costume é elevado ao *status* de fonte do direito, ainda que subsidiária.

Ocorre que as constituições escritas são silentes em reconhecer o costume como fonte do direito; e, invariavelmente, os fatos não previstos como fontes continuam a produzir a norma no âmbito dos ordenamentos jurídicos. Como explicar, então, a validade dessas normas?

Kelsen enfrentou esse problema. Segundo esse autor, o costume pode ser admitido como fato produtor de normas jurídicas, ainda que não institucionalizado,

⁴⁷ Sobre o tema, cf. BOBBIO, N. *La consuetudine come fatto normativo*. Torino: Giappichelli, 2000. p. 52-57 e STOLF, N. *Diritto Civile*. Torino: UTEC, 1919. t. I. p. 125-126.

⁴⁸ LISBOA, C. C. G. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa: Almedina, 2014. p. 99.

⁴⁹ BOBBIO. Op. cit. p. 57-60.

ou seja, quando não expressamente previsto na Constituição ou em determinado ordenamento jurídico, uma vez que a respectiva autorização é pressuposta.⁵⁰ Logo, se não houver expressa autorização, “tem de se pressupor que a instituição do costume como fato produtor de direito já se operou na norma fundamental como Constituição em sentido lógico-jurídico”.⁵¹

O problema é que essa linha de raciocínio serve para os dois lados; pode-se interpretar que, se a assembleia constituinte não previu o costume como fonte, é porque efetivamente não quis esse instituto como fonte de direito, tanto assim que, quando o legislador quis que o costume fosse fonte de direito no ordenamento jurídico brasileiro, fê-lo expressamente, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Logo, se o costume fosse fonte produtora pressuposta, não precisaria estar consignado expressamente na Lei de Introdução. Novamente, o mesmo raciocínio ainda sofre brechas e poderia ser rebatido pelos defensores do pensamento kelseniano de que o costume é, sim, fonte pressuposta primária, tanto que, quando o legislador quis que ele fosse fonte secundária, fê-lo expressamente.

Santiago Nino é um dos críticos do raciocínio de Kelsen, pois, para ele, a pressuposição de normas conduz a um raciocínio que tende ao infinito, já que, para que o costume seja válido, não basta apenas supor uma norma fundamental. É necessário supor que ele deriva de outra norma válida, logo que ele deriva de uma norma de nível superior, ainda que essa seja pressuposta. Todavia para que essa norma fundamental seja válida e, como consequência, também seja válida a Constituição que dela deriva, deve-se recorrer a outra norma pressuposta, e assim até o infinito.⁵²

Em face desse problema, Nino propõe que o critério correto para se verificar se determinada norma pertence a um ordenamento seja o reconhecimento dessas normas pelos órgãos primários do sistema. Esses órgãos são “aqueles autorizados a declarar proibidos ou permitidos os atos de coação, ou seja, que estão efetivamente em condições de dispor o funcionamento do aparelho coativo do Estado”.⁵³

Na visão de Carolina Lisboa, há uma aproximação entre o fundamento de validade do direito e o princípio da efetividade, o qual é, ao seu turno, o fundamento das chamadas fontes *extra ordinem* ou fontes materiais.⁵⁴

As fontes formais se diferenciam das fontes materiais ou *extra ordinem*, uma vez que as primeiras são aquelas provenientes de mecanismos previamente

⁵⁰ “Tem de ser pressuposta, como tem de ser pressuposto que a Constituição escrita tem o caráter de norma objetivamente vinculante sempre que se consideram como normas jurídicas vinculativas as leis e os decretos de conformidade com ela editados”. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armêdio Amado, 1998. p. 251.

⁵¹ *Ibidem*. p. 252.

⁵² NINO, C. S. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 137.

⁵³ *Ibidem*. p. 149-150.

⁵⁴ LISBOA, C. C. G. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa: Almedina, 2014. p. 39.

previstos nos ordenamentos jurídicos, enquanto as segundas são normas que se originam por meio de fato, todavia dependem da aquiescência ou aceitação geral da comunidade.⁵⁵ Essa aceitação geral se dá por meio do reconhecimento pela comunidade em geral da aplicação de determinado costume pelos órgãos políticos.

Na linha de pensamento de Carolina Lisboa, o fundamento jurídico para o costume ser considerado fonte do direito é exatamente o fato de ele se enquadrar como fonte material ou *extra ordinem*. Assim, os costumes constitucionais teriam a mesma estatura das normas constitucionais formais, o que poderia acarretar antinomias. Nesses casos, prevalecendo o costume, ter-se-á um costume *contra legem* alterando a Constituição.

O raciocínio também não é livre de críticas, pois, ao fundamentar a força normativa dos costumes no princípio da efetividade e em razão da sua aplicação pelas instituições políticas a fim de justificar a sua validade jurídica, ainda se privilegia o fato consumado. Logo, as críticas de Carré de Malberg, já apresentadas, continuam atuais.

Além disso, em momento algum os autores que defendem o costume como fonte material ou *extra ordinem* abordaram como as instituições políticas, que foram criadas pelo poder constituinte, ou seja, possuem atribuições expressas e limitadas, podem criar normas, sem observar o rito pré-estabelecido, sendo que algumas dessas ainda são contrárias às criadas pelo próprio poder constituinte, seja originário ou derivado.

Em suma, como a criatura pode alterar a obra do criador, sem a autorização prévia deste? Torna-se difícil justificar que todo o poder emana do povo e que, apesar desse povo ter escolhido um processo formal de alteração das normas constitucionais, ainda assim os poderes responsáveis por aplicar e zelar por essa Constituição a alterem, sem a aquiescência prévia do povo e sem observar o rito estabelecido para tanto, sendo que, em nenhum lugar na norma constitucional se encontra essa previsão material para que esses órgãos políticos ajam dessa forma.

A principal função do direito constitucional é limitar o exercício do poder, logo as alterações perpetradas pelos entes políticos, sem o devido respaldo na norma constitucional, não indicariam, na prática, a preponderância dos fatores reais de poder, transformando a Constituição em mera folha de papel?

Todavia, apesar das dificuldades apontadas, prevalece na doutrina que os costumes *praeter e secundum legem* têm força normativa, sendo considerados como fonte fática do direito, cabendo aos juízes o papel de reconhecê-los, não de criá-los,

⁵⁵ ZAGREBELSKY, G. *Manuale di diritto costituzionale: il sistema delle fonti del Diritto*. Torino: UTET, 1987. v. 1. p. 269.

pois os costumes emanam do povo, mas são aplicados pelos poderes políticos do Estado. Todavia, remanesce o problema da validade da norma, pois, para Kelsen:

[...] uma norma é uma norma jurídica válida se (a) foi criada da maneira prevista pela ordem jurídica à qual pertence e (b) não foi anulada quer pela via estabelecida pela ordem jurídica, quer pela via do desuso ou pelo fato de que a ordem jurídica como um todo tenha perdido a sua eficácia.⁵⁶

Na visão kelseniana, uma norma derivada passa a existir a partir do momento em que o conjunto de requisitos para a sua criação, acima exposto, tenha sido satisfeito. Em suma, é necessário que exista uma norma que disponha como o sistema cria novas normas, uma norma criadora de normas, e a existência dos eventos criadores de normas. Dessa forma, a norma criadora de normas estipulará quais eventos devem ocorrer para que uma nova norma surja.

Porém, curiosamente, Kelsen não descreve os mesmos requisitos para uma norma derivada que extingue normas. Ele admite que, enquanto apenas é possível criar normas derivadas por meio de outra norma superior que lhes dê validade, o mesmo não ocorre com a extinção das normas derivadas. Assim, o costume *contra legem*, o costume negativo, também conhecido como desuso, é admitido. Nas suas palavras: “a desuetudo é como que um costume negativo cuja função consiste em anular a validade de uma norma existente”.⁵⁷ Enfim, enquanto a maioria da doutrina atual se posiciona pela possibilidade jurídica dos costumes *praeter* e *secundum legem* e refuta a existência de costumes *contra legem*, Kelsen refuta a existência dos costumes que não contrariam a norma e aceita apenas o costume negativo que retira a eficácia da norma existente, ou seja, o desuso.

Dessa forma, Kelsen vincula a validade da norma à existência de um mínimo grau de eficácia, pois, para ele, “se uma norma não é obedecida por ninguém, em lugar nenhum, em outras palavras, uma norma que não tem pelo menos certo grau de eficácia, não é considerada uma norma jurídica”.⁵⁸ O problema dessa visão é que ela possui uma contradição interna em seus argumentos, pois, nesse caso, a norma revogadora é criada por meio do costume negativo, mesmo que não haja nenhuma norma no sistema que autorize o costume negativo a funcionar como criador de normas; logo, a norma revogadora é criada sem que exista uma norma criadora superior. Nesse ponto, Kelsen difere o costume negativo do positivo,

⁵⁶ KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell, 1945/1961. p. 120.

⁵⁷ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 237.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 11.

pois, para ele, o positivo só cria normas se a norma fundamental ou outra norma o transformar em processo criador de normas.⁵⁹

Essa incongruência não passou despercebida por Joseph Raz, que assim sentenciou: “o costume negativo ou dá termino à existência das normas sem criar normas revogadoras ou cria estas últimas de uma forma que Kelsen não conseguiu explicar”.⁶⁰

A forma de compatibilizar a existência de fontes materiais ou *extra ordinem* no ordenamento jurídico, sem que uma norma superior formal seja sua fonte de validade e sem imputar toda a responsabilidade aos entes políticos, criados pela Constituição, dá-se por meio da teoria da autorreferência de Joseph Raz. Mas, para entendê-la, primeiro é preciso esclarecer que, para Kelsen, apenas a norma fundamental é original, pois ela não demanda a existência de normas criadoras superiores, logo a sua validade é pressuposta. Como explica Raz, todas as demais normas, para Kelsen, são criadas por atos legislativos, tanto que ele enquadra o costume como um processo de legislação. Por essa razão, “Kelsen não consegue explicar a criação do direito pelo costume e tampouco consegue explicar o direito criado pela via judicial”.⁶¹

Hart, por sua vez, entende que os costumes podem compor o estatuto jurídico, desde que os tribunais o apliquem. Nesse caso, a partir da primeira decisão do tribunal reconhecendo determinado costume como jurídico, ele efetivamente se torna direito, pois essas regras consuetudinárias são reconhecidas juridicamente. A força normativa estaria na aceitação do soberano – Poder Legislativo ou eleitorado – na aplicação dessas regras jurídicas pelos tribunais. Trata-se do uso da ideia de expressão tácita da vontade do soberano para explicar o estatuto jurídico do costume. O exemplo utilizado por Hart é o do sargento que manda os soldados fazerem uma faxina, sendo que, embora essa ordem nunca tenha sido dada pelo general, o fato de este tomar ciência dela e não se opor significa que ele concordou com a ordem proferida.⁶²

Raz utiliza as ideias de Hart para defender que, diferentemente do que Kelsen ensinava, existem outras normas que têm origem originária, além da norma fundamental. Ele não nega que a maioria das normas criadas é derivada, mas, segundo Raz, não é apenas a norma fundamental que é original. Outras normas também retiram de si mesmas a sua validade, da mesma forma que o faz a norma

⁵⁹ *Ibidem*. p. 225-226.

⁶⁰ RAZ, J. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 86.

⁶¹ RAZ, J. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 90-91.

⁶² HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 53-56.

fundamental. Essas normas não são incompatíveis com um determinado sistema jurídico.⁶³ Ao contrário, diferentemente das leis, essas normas isoladas “não são criadas em um momento definido e em consequência de um pequeno número de atos facilmente identificáveis”.⁶⁴

Como demonstra Hart, elas são padrões de condutas repetidos e aceitos na sociedade por um longo período de tempo e reconhecidos pelos tribunais como atos com força normativa. Logo, a sua normatividade se justifica no princípio da eficiência. Além disso, “a existência de normas isoladas não pressupõe a existência de nenhuma outra norma”⁶⁵ que autorize a sua criação, uma vez que elas não retiram a sua validade da norma superior, mas delas próprias – por isso são autorreferentes, sendo que a condição da sua existência é o fato de elas serem reconhecidas pelos tribunais, daí a sua natureza de fontes materiais ou *extra ordinem*. Nessa linha, os tribunais não as criam, mas as reconhecem.

4 Convenção constitucional

As convenções constitucionais são instrumentos de difícil visualização no ordenamento jurídico brasileiro, porque o instituto é mais comum no sistema de *commow law*, tanto assim que a maioria dos exemplos utilizados é oriunda do direito inglês ou de sistemas constitucionais de matriz britânica, como o canadense e o australiano. Todavia o tema, com assiduidade, foi objeto de acurado estudo por autores italianos. É importante salientar que nem sempre é possível visualizar com clareza a distinção entre as convenções e o costume.

Como toda norma constitucional não escrita, as convenções constitucionais se originam dos entes que participam do exercício do poder político; são soluções dadas a situações fáticas, de forma reiterada, com pressupostos idênticos ou de grandes similitudes. São, na verdade, regras de conduta criadas sem a respectiva previsão formal para a sua criação, logo são fontes-fatos do direito, da mesma forma que os costumes encontram respaldo no princípio da eficiência. Todavia “não podem ser sancionadas por parte dos juízes (mas podem ser reconhecidas por eles, como acontece na jurisprudência canadense e israelita)”.⁶⁶

⁶³ “Parece-me que o problema deve ser dividido em duas partes: uma que envolva as normas que não fazem parte de nenhum sistema normativo e outra que envolva aquelas pertencentes a sistemas normativos. O problema da criação de normas isoladas difere fundamentalmente do da criação de normas que pertencem a sistemas normativos existentes.” RAZ. Op. cit. p. 92.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 90-91.

⁶⁵ RAZ, J. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 90-91.

⁶⁶ PEGORARO, L. Revisões informais da Constituição. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, G. F.; MORAIS, C. B. de (coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 299.

O termo “convenção constitucional” foi consagrado por Albert Venn Dicey e Emlyn Wade, que diferenciavam as duas normas que compõem o direito constitucional. Segundo esses autores, o direito constitucional é composto de: 1) regras, aqui englobados todos os tipos de leis, princípios, costumes, tradição ou máximas judiciais, em suma, tudo aquilo que compõe o *common law* e que é, de alguma forma, aplicado pelos tribunais no julgamento dos casos concretos; e 2) por convenções constitucionais que seriam um conjunto de regras que consiste em entendimentos, hábitos, práticas e outros atos oriundos da repetição de uma mesma solução para um mesmo problema. Mesmo que as convenções regulem a conduta dos órgãos de poder, não são, na realidade, leis em sentido estrito, pois não são aplicadas pelos tribunais.⁶⁷ Dicey admitia que as convenções eram frequentemente descumpridas sem que isso acarretasse alguma sanção jurídica.⁶⁸ Exatamente por isso, Dau-Lin entende que as convenções constitucionais são muito particulares, uma vez que se modificam de forma flexível, e, ante a sua falta de impositividade, elas não devem ser consideradas normas jurídicas, pois as normas jurídicas devem ser constantes e não elásticas como as convenções.⁶⁹

A palavra “*convention*” foi consagrada no direito inglês. No direito norte-americano, o instituto é conhecido como *usages of the constitution*. Todavia há autores como Wheare que diferenciam os dois termos, sendo que *convention* seria uma “regra vinculante, uma regra de comportamento aceita como obrigatória pelos interessados no funcionamento da Constituição”,⁷⁰ enquanto *usage* “significa não mais do que a prática usual”.⁷¹ Logo o *usage*, para aqueles que o diferenciam de *convention*, assemelha-se a uma das figuras afins da convenção que serão analisadas no próximo tópico. Ocorre que, caso o uso seja realmente reiterado, nada impede que ele venha a ser tornar um costume.

Interessante notar que, muitas vezes, as convenções constitucionais são conceituadas pelo que elas não são, e não pelo que elas efetivamente são. Assim, elas não são regras jurídicas, não produzem atos jurídicos, logo elas não são o fundamento de nenhum ato jurídico. Todavia atuam dentro do sistema jurídico, num espaço intranormativo, uma vez que é a partir da aplicação de normas jurídicas, do afastamento de possíveis lacunas existentes e dentro da margem discricionária da

⁶⁷ DICEY, A. V; WADE, E. C. S. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan, 2005. p. 23-24.

⁶⁸ “*The especial articles of the conventions code are in fact often disobeyed.*” *Ibidem*. p. 24.

⁶⁹ DAU-LIN, H. *Mutación de la constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998. p. 135. No mesmo sentido: RESCIGNO, G. U. *Corso di diritto pubblico*. Bologna: Zanichelli, 2000. p. 446.

⁷⁰ WHEARE, K. C. *Modern constitutions*. London; New York: Oxford University Press, 1967. (Second edition in Oxford Paperbacks University Series, reprinted). p. 122.

⁷¹ *Ibidem*. p. 122.

via interpretativa que as regras convencionais ganham o seu espaço de atuação.⁷² É importante frisar que sem esse conjunto de precedentes, provavelmente, as leis escritas seriam aplicadas de forma muito diferente da forma que realmente o são ou, muitas vezes, seriam completamente inexequíveis.⁷³ Porém é fato que existem vozes dissidentes que defendem a natureza jurídica das convenções.⁷⁴ Ocorre que uma Constituição não funciona por si mesma, os homens devem fazê-la funcionar⁷⁵ e o fazem por meio de costumes e convenções, por isso as convenções pressupõem a lei, logo, enquanto uma lei é facilmente modificada por meio de uma alteração legislativa, uma convenção dificilmente é alterada abruptamente.⁷⁶

Canotilho também defende que as convenções constitucionais são acordos, sejam implícitos ou explícitos, entre as forças políticas de um determinado país, com intuito claro de dar execução a determinadas normas jurídicas. Esses acordos, quando possíveis de generalização, dariam suporte para futuros comportamentos vinculados aos adotados em momento anterior. Assim, as convenções constitucionais são regras não escritas que disciplinam a aplicação do texto constitucional, todavia isso não implica que essas normas sejam transformadas em normas constitucionais consuetudinárias, pelo contrário, essas normas apenas são observadas em face do dever de lealdade, em face das expectativas de que determinado órgão atue da mesma forma, em processos similares, pelas necessidades práticas ou mesmo por mera conveniência política.⁷⁷

Enfim, apesar de serem vistas como “normas” sem sanção, pelo menos sanção jurídica, nada impede que haja responsabilidade política pela não observância de uma convenção. Logo, é natural que a maioria da doutrina afaste das convenções a natureza de norma jurídica.

Interessante ainda é o posicionamento de Jorge Miranda, que, ao analisar o tema, percebeu que existem duas espécies de convenções constitucionais, uma desenvolvida em países com influência do *common law* e outra em países com matrizes francesas. Nos países em que predomina o direito escrito, as convenções se aproximam muito do uso, com características próprias de figuras como o acordo

⁷² RESCIGNO, G. U. *Le convenzioni costituzionali*. Padova: Cedam, 1972. p. 17-18.

⁷³ McBAIN, H. L. *The living constitution: a consideration of the realities and legends of our fundamental law*. New York: The Macmillan Company, 1934. p. 13.

⁷⁴ Esse é o entendimento de Armando Mannino, que defende que uma convenção constitucional, de alguma forma, impõe um determinado limite ao exercício do poder atribuído a um órgão constitucional, pois o poder desse órgão é limitado pelas suas finalidades institucionais. Esse fato faz com que o autor conclua “em favor da sua natureza jurídica enquanto regra objetivamente necessária para o complemento da ordem constitucional”. MANNINO, A. Prime considerazioni in tema di convenzioni costituzionali. *Rassegna Parlamentare*, v. 40, n. 4, p. 849-877, 1998.

⁷⁵ “It is an instrument of national co-operation, and the spirit of co-operation is a necessary as the instrument.” JENNINGS, I. *The law and the constitution*. London: University of London Press, 1963. p. 82.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 83.

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 863-864.

ou consensos entre os agentes políticos no exercício das suas competências constitucionais. Todavia, no sistema do *common law*, as convenções, por se aproximarem dos costumes, podem se enquadrar numa ordem normativa *sui generis*. Nesse caso, Jorge Miranda se aproxima do entendimento de Gustavo Zagrebelski de classificar esse instituto como fonte *extra ordinem*.⁷⁸

As convenções no direito inglês podem ser compreendidas como regras de comportamento dos órgãos do poder, sendo que, como ensina Carolina Lisboa, elas estão nos primórdios do regime parlamentar britânico, tendo esse instituto sido responsável pela transição pacífica e sem necessidade de maiores intervenções do poder legislativo da monarquia absolutista para o sistema atual, sem que o sistema vigente à época e até então, o *common law*, fosse de alguma forma colocado em causa, razão pela qual a convenção constitucional é considerada um fator de adaptação próprio do constitucionalismo inglês.⁷⁹

As convenções constitucionais, juntamente com os costumes, moldaram e moldam as características do sistema de governo atual do Reino Unido, tendo, inclusive, prosperado e alterado as normas Constitucionais que lhe eram contrárias. Essa assertiva pode ser confirmada em face das regras pelas quais o governo de gabinete na Inglaterra é constituído, pois, apesar de as leis constitucionais manterem a mesma forma jurídica das monarquias absolutas, é fato que o poder do monarca está há muito tempo limitado. Tanto é assim que os poderes da Rainha Elizabeth II são os mesmos, em tese, que os da sua antecessora, Elizabeth I, que governou no período do Renascimento, como destaca Giuseppe Rescigno. Se a Rainha atual quisesse exercer todos os seus poderes, ela agiria legalmente, mas não constitucionalmente.⁸⁰ Essas alterações ocorridas por força da tradição, dos costumes e das convenções ficam bem explicitadas no trecho da Carta do Primeiro Ministro Herbert Asquith enviada ao então Rei George V, em 1910, em face das tentativas deste de influenciar, diretamente, a negociação da política unionista com a oposição:⁸¹

O papel a ser desempenado pela Coroa em situações tais como a que atualmente se apresenta foi, felizmente, definido por tradições acumuladas e por práticas não contestadas há mais de 70 anos. Esse papel é de agir com base no conselho dos Ministros, que possuem a confiança da Câmara dos Comuns, independente de esse conselho se conformar, ou não com o julgamento privado e pessoal do Soberano. Os Ministros sempre prestarão a maior deferência e

⁷⁸ MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. t. II. p. 148.

⁷⁹ LISBOA, C. C. G. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa, Almedina, 2012. p. 132.

⁸⁰ RESCIGNO, G. U. Ripensando le convenzioni costituzionali. *Politica del diritto*, v. 28, n. 4, p. 499-526, 1997.

⁸¹ LISBOA. Op. cit. p. 133.

darão a mais séria consideração a qualquer crítica ou consideração que o Monarca possa oferecer a suas políticas, mas a decisão política definitiva sempre lhes pertence, por que eles, os Ministros, e não a Coroa, são responsáveis perante o Parlamento. É somente por uma escrupulosa adesão a essa bem estabelecida doutrina constitucional que a Coroa pode se manter fora da arena da política partidária.⁸²

O Rei George V recuou de sua posição inicial e, em posição de deferência às tradições e práticas constitucionais até então adotadas, manifestou-se no sentido de que apenas pretendia se inteirar da situação e não intervir ou mesmo se aconselhar com o líder da oposição.

Nem toda convenção modifica de forma contrária o texto da Constituição. Rescigno identifica quatro possíveis relações entre um determinado sistema jurídico e o convencional, em que as convenções vivem em harmonia com o direito escrito: 1) as que se sobrepõem às regras jurídicas sem as eliminar (a regra jurídica é formalmente aplicada; todavia, ela é esvaziada ou instrumentalizada por uma regra convencional). O exemplo dado por Jaime Valle⁸³ é o caso ocorrido no ordenamento italiano entre 1948 e 1992, a respeito da forma como a escolha dos ministros se efetivava, pois, embora a Constituição italiana determinasse que competia ao Presidente do Conselho encaminhar ao Presidente da República a proposta com os nomes dos ministros a serem nomeados, na prática, as escolhas eram feitas pelos diretórios dos partidos políticos que integravam a coligação do governo, sendo que o Presidente do Conselho apenas as transmitia ao Presidente da República; 2) as que restringem o leque de opções possíveis pela norma jurídica; 3) as que disciplinam os comportamentos materiais dos titulares de cargos públicos que não constituem o exercício do poder político; 4) as que se sobrepõem às regras jurídicas sem, todavia, afastar a sua aplicação, porém essa aplicação recebe um novo sentido político.^{84 85}

⁸² TURPIN, C; TOMKINS, A. *British Government and the Constitution*. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 279.

⁸³ VALLE, J. As convenções constitucionais no quadro das fontes do direito constitucional. Disponível em: <http://docplayer.com.br/18794624-As-convencoes-constitucionais-no-quadro-das-fontes-do-direito-constitucional-jaime-valle.html>. Acesso em: 23 nov. 2019.

⁸⁴ Jaime Valle afirma que essa situação ocorre corriqueiramente nos sistemas parlamentaristas ou semipresidencialistas, em face da “transformação da votação do Orçamento do Estado numa questão de confiança política: o orçamento mantém a sua configuração de instrumento financeiro, que lhe é dada pelo direito, mas torna-se simultaneamente, por força de uma convenção constitucional, um instrumento de controlo político parlamentar, cuja não aprovação põe em causa, politicamente, a subsistência do Executivo.” VALLE, J. As convenções constitucionais no quadro das fontes do direito constitucional. Disponível em: <http://docplayer.com.br/18794624-As-convencoes-constitucionais-no-quadro-das-fontes-do-direito-constitucional-jaime-valle.html>. Acesso em: 23 nov. 2019.

⁸⁵ RESCIGNO, G. U. *Corso di diritto pubblico*. Bologna: Zanichelli, 2000. p. 499-526.

Todavia resta a dúvida de como reconhecer uma convenção, pois, mesmo que as convenções sejam formalizadas em um documento escrito, ainda assim não há nenhuma garantia de que aquele documento será observado pelos membros dos órgãos de poder envolvidos, uma vez que uma das características da convenção é a ausência de sanção jurídica pela sua não observação. Com o fito de responder a essa questão, Ivor Jennings desenvolveu três critérios para o estabelecimento de convenções:

Devem ser colocadas três questões: primeiramente se existem precedentes; em segundo lugar, se os atores acreditavam estarem obrigados por uma regra; e, por último, se a regra em questão tem razão de ser. Um único precedente com uma boa explicação pode ser suficiente para estabelecer uma regra. Toda uma série de precedentes sem razão pode não servir de nada, a menos que esteja perfeitamente claro que as pessoas envolvidas se consideravam obrigadas por eles.⁸⁶

Ocorre que isso não quer dizer que as convenções constitucionais são meros acordos desprovidos de obrigatoriedade. De fato, as partes não podem se socorrer no Judiciário pelo descumprimento de uma convenção, mas isso não quer dizer que o ato não seja imperativo e que dele não decorrerão sanções políticas.

Waldron demonstra a obrigatoriedade das convenções por meio de dois exemplos, sendo que, numa primeira análise, parece que uma convenção anula a outra, todavia, ambas vigoram no direito inglês de forma duradoura. É sabido que todos os projetos de lei, para se tornarem leis, além de serem aprovados pelas duas casas do Parlamento britânico, devem receber a aprovação real. Não há nenhuma previsão de derrubada do veto pelo Parlamento. Além disso, existe outra convenção que determina que o monarca nunca deixará de dar o seu consentimento para os projetos de lei que tenham sido aprovados pelas duas Casas do Parlamento. Dessa forma, embora o consentimento real seja requisito para a criação de uma lei, o monarca não pode deixar de consentir, ou seja, ele é obrigado a sancionar o projeto de lei, não lhe sendo facultado vetá-lo.⁸⁷

Ambas as convenções mencionadas são rigorosamente observadas na Inglaterra, tanto assim que os atos legislativos, incluindo os *Parliament Acts*, observam-nas. Da mesma forma, o veto não é utilizado desde 1708.

De toda forma, não é pacífico que essas normas sejam desprovidas de força jurídica. Segundo Carolina Lisboa, “é possível concluir, na questão específica da

⁸⁶ JENNINGS, W. I. *The law and constitution*. 3. ed. London: University of London Press, 1943. p. 131.

⁸⁷ WALDRON, J. Are constitutional norms legal norms. *Fordham L. Rev.*, v. 75, 2006. p. 1.702.

juridicidade das convenções constitucionais, que os argumentos contrários ao reconhecimento do caráter jurídico a tais regras são altamente questionáveis e em todo refutáveis”.⁸⁸ Ela defende que a coercibilidade não deve ser analisada de forma individualizada, mas sim ser vista na integralidade de um determinado ordenamento jurídico.⁸⁹ Sobre esse ponto, incide a mesma lógica desenvolvida por Bobbio sobre as normas sem sanção.⁹⁰

A juridicidade estaria vinculada ao princípio da efetividade, que poderia ser invocado em face de fontes não expressamente previstas no ordenamento jurídico. A tese aparenta ter guarita nos ensinamentos de Guastini, que afirma que das convenções “resulta natural que operem como fontes *extra ordinem*, que se impõe só em virtude do princípio da efetividade”.⁹¹ Lisboa conclui que “as convenções constitucionais conferem efetividade às normas constitucionais escritas ao efetuar a sua ligação com a realidade política e social na qual vigoram”.⁹²

É importante esclarecer que, embora o terreno da Constituição não escrita seja mais propenso para aflorar o tema das convenções constitucionais, isso não quer dizer que o instituto não tenha espaço nos ordenamentos jurídicos de Constituição escrita sintética, pois, quanto mais sintética a Constituição, mais a necessidade de complementá-la com normas constitucionais não escritas. Elster cita várias normas e práticas oriundas das convenções constitucionais que moldaram e ainda moldam o direito constitucional americano:

- a) Até 1940 havia uma convenção constitucional segundo a qual o Presidente da República não podia ser reeleito para um terceiro mandato;
- b) O Congresso não deve, em aliança com o Presidente ou em oposição a ele, mudar o número de juízes da Suprema Corte com o objetivo de influenciar as suas decisões;

⁸⁸ LISBOA, C. C. G. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa, Almedina, 2012. p. 182.

⁸⁹ “O argumento mais comum e também mais fácil contra a teoria que vê na sanção um dos elementos constitutivos de um ordenamento jurídico é o que se funda na presença, em todo ordenamento jurídico, de normas não garantidas por sanção. Não há dúvida de que existem, em todo ordenamento jurídico, normas de que ninguém saberia indicar qual é a consequência desagradável imputada em caso de violação.” BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando P. Baptista e Ariani B. Sudatti. 3. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2005. p. 165.

⁹⁰ Bobbio defende que a solução do dilema está na análise do conjunto: “A presença de normas não sancionadas em um ordenamento jurídico é um fato incontestável. A solução para esta dificuldade, por parte de quem considera a sanção como elemento constitutivo do direito, não é certamente a de negar o fato. O fato é o que é. Trata-se, quando muito, de ver o direito como conjunto de regras com sanção organizada”. *Ibidem*. p. 165.

⁹¹ GUASTINI, R. *Estudios de teoría constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. p. 252.

⁹² LISBOA. Op. cit. p. 183.

- c) Todos os membros de uma delegação estadual no Colégio Eleitoral votam no candidato que recebeu o maior número de votos no respectivo estado;
- d) Apesar de a Constituição autorizar o Congresso a limitar a jurisdição da Suprema Corte, ele não usa esse poder;
- e) Os senadores de um determinado estado têm poder de fato de vetar indicados do Presidente para cargos nesse mesmo estado e que dependam de aprovação pelo Senado;
- f) O Senado com um todo mostra deferência às indicações presidenciais de membros do Congresso para cargos que dependam de sua aprovação;
- g) O Senado mostra um alto grau de deferência às indicações para o Gabinete;
- h) Depois da eleição presidencial, os advogados públicos devem colocar seus cargos à disposição para que o novo Presidente possa substituí-los se quiser.⁹³

É fato que muitos dos exemplos citados por Elster serviriam também para ilustrar a atuação dos costumes, do que se constata a enorme dificuldade e incerteza na qualificação e no conteúdo das convenções constitucionais, inclusive se esse instituto realmente existe como categoria autônoma. Por essa razão, doutrinadores italianos que defendem a não juridicidade de uma convenção e a sua não obrigatoriedade, uma vez que as partes acordantes podem, a qualquer momento, distratar o que fora inicialmente acordado, entendem que as convenções constitucionais nada mais são do que um simples passo para a formação de um costume, esse sim fonte de direito e detentor de força normativa.⁹⁴

Outro motivo de enorme crítica é o fato de não se ter certeza se as convenções constitucionais realmente teriam espaço em ambientes de Constituição rígida e analítica em que vigorasse um regime pluripartidarista, no qual não houvesse o culto aos precedentes. Tanto assim que a doutrina italiana defende que não há espaço para as convenções constitucionais no ordenamento jurídico italiano, pelo menos da forma como o instituto é desenhado na Inglaterra.⁹⁵

É fato que ordenamentos com Constituição analítica tendem a ter menos exemplos de convenções constitucionais, mas isso não quer dizer, por si só, que

⁹³ ELSTER, J. *Unwritten Constitutional Norms*. Unpublished manuscript, 2007. p. 15-16.

⁹⁴ "A verdade é que as normas convencionais gozam de autonomia conceitual e, portanto, seriam válidas somente como simples passo na formação de costumes constitucionais ou como meros critérios interpretativos do significado dos textos constitucionais." GONZALEZ-TREVIJANO, P. J. *La costumbre em derecho constitucional*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1989. p. 621.

⁹⁵ Nesse sentido, cf. ZAGREBELSKY, G. *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*. UTET, 1970. p. 199 e RESCIGNO, G. U. *Corso di diritto pubblico*. Bologna: Zanichelli, 2000. p. 527.

nesses ordenamentos, necessariamente, não haverá espaço para as convenções constitucionais, mas, com certeza, esse fenômeno será mais raro do que no sistema britânico.

Todavia mais escasso não quer dizer inexistente. É possível admitir a existência de convenções constitucionais em ordenamentos jurídicos compostos por constituições rígidas e analíticas, desde que não se parta da mesma perspectiva do direito inglês, uma vez que neste há uma convicção da obrigatoriedade da convenção constitucional, tanto que muitos doutrinadores defendem uma obrigatoriedade moral constitucional.⁹⁶ Assim, nos demais sistemas jurídicos, em que o elemento psicológico das convenções se traduz apenas numa expectativa de reciprocidade, ficam afastadas a obrigatoriedade e a imperatividade,⁹⁷ permanecendo, apenas, se muito, um dever moral de observá-las.

5 Conclusão

Os costumes são padrões de condutas repetidos e aceitos na sociedade por um longo período de tempo, e reconhecidos pelos tribunais como atos com força normativa; logo, a sua normatividade se justifica no princípio da eficiência. Além disso, eles não retiram a sua validade da norma superior, mas deles próprios, por isso são autorreferentes, sendo que a condição da sua existência é o fato de serem reconhecidos pelos tribunais, daí a sua natureza de fontes materiais ou *extra ordinem*. Nessa linha, os tribunais não os criam, mas os reconhecem.

Por sua vez, nos regimes com Constituição escrita, as convenções constitucionais, embora sejam institutos que contribuem para a complementação das normas jurídicas escritas, por meio da observância da tradição e da aplicação de determinados institutos constitucionais pelos órgãos do poder político, não têm força coercitiva e não são normas jurídicas. Ainda assim, remanesce o interesse nas convenções constitucionais em face da sua imbricação estreita com o direito e a política.

Porém, uma vez que não se configuram como fonte do direito, em face da sua não imperatividade, elas ganham importância na sua reiteração e, se acompanhadas da convicção de sua obrigatoriedade, podem desencadear novos costumes constitucionais.

Além dos costumes e das convenções constitucionais, a doutrina discute a existência de outras modalidades de normas constitucionais não escritas, que

⁹⁶ DICEY, A. V.; WADE, E. C. S. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan, 2005. p. 23.

⁹⁷ No mesmo sentido, cf. VALLE, J. As convenções constitucionais no quadro das fontes do direito constitucional. Disponível em: <http://docplayer.com.br/18794624-As-convencoes-constitucionais-no-quadro-das-fontes-do-direito-constitucional-jaime-valle.html>. Acesso em: 23 nov. 2019, e MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. t. II. p. 148.

consistiriam em máximas e práticas constitucionais que, de alguma forma, regulam a conduta ordinária das instâncias de poder ali existentes, sem, todavia, constituírem normas formalmente escritas de qualquer natureza.

Todavia, como demonstrado, apenas o costume, no *civil law*, tem o condão de complementar as disposições constitucionais; as demais espécies, inferiores inclusive as convenções, também são desprovidas de força normativa e apenas auxiliam a aplicação política da norma constitucional dentro do âmbito de competência dos órgãos de poder.

Referências

- BOBBIO, N. *La consuetudine come fatto normativo*. Torino: Giappichelli, 2000.
- BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando P. Baptista e Ariani B. Sudatti. 3. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2005.
- BURDEAU, G. *Traité de science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989. t. III.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONE, C. *La consuetudine nel diritto costituzionale*. Padova: Cedam, 1948.
- CARRÉ DE MALBERG, R. *et al. Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CHEVALLIER, J. *La coutume et le droit constitutionnel français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970.
- DAU-LIN, H. *Mutación de la constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1998.
- DICEY, A. V; WADE, E. C. S. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan, 2005.
- DUGUIT, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1927. t. I.
- ELSTER, J. *Unwritten Constitutional Norms*. Unpublished manuscript, 2007.
- FERRRAZ, A. C. da C. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FRANÇA, R. L. *Manual de direito civil*. Revista dos Tribunais, 1973. v. 2.
- GIROLA, C. *Le Consuetudini costituzionali*. Recueil d'étude en'honneur de François Géný. Paris: Sirey, 1934. t. I.
- GONZALEZ-TREVIJANO, P. J. *La costumbre em derecho constitucional*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1989.
- GUASTINI, R. *Estudios de teoría constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- HAURIOU, M. *Précis de droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1929.
- JENNINGS, W. I. *The law and constitution*. 3. ed. London: University of London Press, 1943.
- KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell, 1945/1961.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEVY, D. *Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel*. Mélanges offerts a Marcel Waline. Paris: LGDJ, 1974. t. I.
- LISBOA, C. C. G. *Normas constitucionais não escritas*. Lisboa, Almedina, 2012.
- MANNINO, A. Prime considerazioni in tema di convenzioni costituzionali. *Rassegna Parlamentare*, v. 40, n. 4, p. 849-877, 1998.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Forense: São Paulo, 2011.
- McBAIN, H. L. *The living constitution: a consideration of the realities and legends of our fundamental law*. New York: The Macmillan Company, 1934.
- MENDES, G. F.; MORAIS, C. B. de (coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MIRANDA, F. C. P. de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. II.
- MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. t. II.
- MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. t. IV.
- NEVES, A. C. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.
- NINO, C. S. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- OST, F. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.
- PALADIN, L. *Diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1991.
- PEGORARO, L. Revisões informais da Constituição. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, G. F.; MORAIS, C. B. de (coord.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PIERANDREI, F. *La Corte Costituzionale e le "modificazioni tacite" della costituzione*. Roma: Nicola Zanichelli Editore, 1953.
- RAZ, J. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- RESCIGNO, G. U. *Corso di diritto pubblico*. Bologna: Zanichelli, 2000.
- RUFFIA, P. B. di. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- SHAKESPEARE, W. *The tragedy of Hamlet*. Cambridge: University Press, 1904. Act 1, scene 5.
- STOLF, N. *Diritto Civile*. Torino: UTEC, 1919. t. I.

SUR, S. La coutume internationale. Sa vie, son œuvre. *Droits*, n. 3, 1986.

TURPIN, C; TOMKINS, A. *British Government and the Constitution*. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

VALLE, J. As convenções constitucionais no quadro das fontes do direito constitucional. Disponível em: <http://docplayer.com.br/18794624-As-convencoes-constitucionais-no-quadro-das-fontes-do-direito-constitucional-jaime-valle.html>. Acesso em: 23 nov. 2019.

VERGOTTINI, G. de. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 2007.

WALDRON, J. Are constitutional norms legal norms. *Fordham L. Rev.*, v. 75, 2006.

WHEARE, K. C. *Modern constitutions*. London; New York: Oxford University Press, 1967. (Second edition in Oxford Paperbacks University Series, reprinted).

ZAGREBELSKY, G. *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*. UTET, 1970.

ZAGREBELSKY, G. *Manuale di diritto costituzionale: il sistema delle fonti del Diritto*. Torino: UTET, 1987. v. 1.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MELO, Lucas Fonseca e. Normas constitucionais não escritas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 211-239, abr./jun. 2020.
