

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

CLAUDIA MARIA BARBOSA

NATALIA MARIA VENTURA DA SILVA ALFAYA

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa; Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya; Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-720-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

Os trabalhos publicados nessa obra têm como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II, durante o VI Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 20 e 24 de junho de 2023, de forma remota, sobre o tema “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”.

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos relatados pelos pesquisadores, realizou-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidas que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também têm a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos discutidos foram apresentados na ordem a seguir:

1 – “Constitucionalismo Crítico na América Latina: decoloniedade, repolitização do conflito e pluralismo jurídico”, de autoria de Wagner Eduardo Vasconcellos e Nelson Camatta Moreira. O estudo analisou o constitucionalismo de matriz decolonial, sob o prisma da Enrique Dussel, onde a matriz liberal-individualista, assentado nas premissas de organização formal-estrutural do poder político, no monismo jurídico e na abstração das normas jurídicas, revelou-se insuficiente para enfrentar e superar as assimetrias suportadas pelas populações subalternizados, notadamente na América Latina.

2 – “Democracia e Risco: a desdiferenciação funcional do sistema do direito pela comunicação neoconstitucionalista no Brasil”, das autoras Renata Almeida da Costa e Karen Lucia Bressane Rubim. A pesquisa investigou o fenômeno da desdiferenciação funcional do sistema do direito brasileiro em razão da comunicação neoconstitucional, o qual carrega a moral como unidade de sentido, utilizando-se como marco teórico a “Teoria dos Sistemas”,

proposta por Niklas Luhmann, com o objetivo de demonstrar o risco à democracia pela colonização sistêmica.

3 – “A Polarização do Discurso Político: as bolhas informacionais como mecanismos de amplificação dos discursos extremistas”, de autoria de Ana Carolina Marques Tavares Costa e Marcel Chaves Ferreira. O trabalho investigou o modo como a igualdade democrática, nos termos propostos por Jacques Rancière, estaria afetada nesse novo contexto de fragmentação e extremismos cultivados pelos recursos tecnológicos, que promovem o enclausuramento social por meio da formação de bolhas informacionais, um dos fenômenos de amplificação da polarização política e, por consequência, da disseminação dos discursos de ódio, fato que coloca em risco a democracia moderna.

4 – “As Estruturas de Suporte e a Construção de Legitimidade pelos Meios de Comunicação Institucionais do Supremo Tribunal Federal”, da lavra de Leonardo Paschoalini e João Pedro Felipe Godoi. Os autores visaram entender e desenvolver observações das estruturas que dão suporte ao Supremo Tribunal Federal, em especial aquelas relacionadas aos meios de comunicação, tanto ao longo do período da redemocratização (1987-1988), bem como após a implementação da Constituição Federal de 1988, alertando para a existência de potencialidades danosas quando tais instrumentos são utilizados para além das funções institucionais de publicidade e transparência dos atos judiciais.

5 – “Ameaças à Democracia Brasileira: politização das forças armadas e os riscos para o estado democrático”, de Alexander Fabiano Ribeiro Santos. A pesquisa percorreu o histórico de politização das Forças Armadas, associado a atos que prejudicaram a manutenção e consolidação da democracia, bem como o ressurgimento da ideia de intervenção militar no processo eleitoral, fato que chama a atenção para os riscos que representa para o estado democrático.

6 – “A Democracia como Princípio na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira: reflexões sobre suas origens e mutações numa perspectiva histórica”, de autoria de Ciro Rosa de Oliveira. O autor buscou analisar o princípio da democracia no âmbito da Constituição Federal de 1988 e o percurso histórico que tem possibilitado a sua densificação, de forma a compreendê-lo como um valor que orienta toda a ordem jurídico-constitucional brasileira.

7 – “A Crise Institucional e Política Brasileira: por que a reforma do poder legislativo é necessária para superá-la?”, da lavra de Pedro Henrique Fidelis Costa. O estudo investigou o protagonismo do judiciário correlacionado à necessidade de reforma do Poder Legislativo para contrabalancear os Poderes e restaurar a legitimidade do Parlamento perante a sociedade

civil, por meio de candidaturas independentes, do voto distrital puro e de modificações nos regimentos internos da Câmara dos Deputados e Senado Federal.

8 – “A Gravidade e as Consequências do Fenômeno das Fake News para a Democracia Brasileira”, dos autores Aline Hoffmann, Marcos Leite Garcia e Morgan Stefan Grando. O trabalho analisou o fenômeno da desinformação operado no âmbito das redes virtuais, fato que causa retrocesso na democracia e tornou-se terreno fértil para discursos de ódio, de modo que os usuários saíram das redes e partiram para atos criminosos fora do ambiente virtual, gerando danos a democracia e ao patrimônio público.

9 – “Interpretação Constitucional, Supremacia Judicial e Controle das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal”, de Samille Lima Alves, Olivia Brandão Melo Campelo e Deborah Dettmam Matos. As autoras buscaram esclarecer se a atuação do STF no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade ADIs 829-3/1993, 939-7/1993, 2.797-2/2005 e 5.105/2015 consistiu ou não em manifestação de sua supremacia judicial, à luz dos ensinamentos de Jeremy Waldron e Rodrigo Brandão.

10 – “Práticas Constitucionais: o costume constitucional nas constituições rígidas e flexíveis”, dos autores Nelson Juliano Cardoso Matos, Sebastião Patrício Mendes da Costa e Elayne Kallyne Braga da Silva Sobral. A pesquisa examinou a vinculação entre constituições flexíveis ou rígidas e normas não escritas, posteriormente abordou o costume constitucional, especialmente quanto à eficácia perante as demais normas e sua aplicação, e, por fim, percorreu as convenções e as práticas constitucionais no caso brasileiro.

11 – “Modelos Contemporâneos de Câmaras Altas na tradição Ocidental: análise dos casos norte-americano, britânico, alemão, francês e espanhol”, de autoria de Ana Luísa Melo Nogueira e Nelson Juliano Cardoso Matos. O estudo investigou os modelos de câmaras altas em parlamentos bicamerais contemporâneos, com o objetivo de apresentar uma síntese sobre as ideias em torno desse instituto, explicando as dimensões e perfis que as câmaras altas podem assumir, a depender das escolhas dos poderes constituintes, com o fito de contribuir para o campo de estudo da teoria constitucional e da democracia.

12 – “Controle de Constitucionalidade no Sistema Jurídico Brasileiro”, de Marcelo Bezerra Ribeiro e Jussi Anne Gonçalves de Lima Campos. O trabalho analisou os modelos de controle de constitucionalidade brasileiro, dissertando sobre a técnica, os modelos e as ações para manuseio da temática.

13 – “A Justiça Social e a Busca pelo Pleno Emprego como Garantias Constitucionais: é possível pensar em efetividade no contexto econômico vigente?”, das autoras Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, Elisangela Volpe dos Santos e Ana Clara da Silva Ortega. A pesquisa examinou a desigualdade social no Brasil no atual modelo econômico, buscando compreender a concentração de renda como empecilho para o alcance da justiça social, em especial, a busca pelo pleno emprego e redução das desigualdades sociais e regionais.

14 – “Crise Democrática: os evangélicos e o seu real projeto de poder”, da lavra de Amanda Costa Centeno. A autora tratou o fenômeno do crescimento evangélico brasileiro com relação ao panorama democrático e sua influência no Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro.

15 – “Constitucionalismo Negro: por uma teoria constitucional emancipatória e antirracista”, de autoria de Benjamin Xavier de Paula. O estudo analisou as condições dos negros nas cartas constitucionais brasileiras de 1824a1988, com o objetivo de examinar os silenciamentos e formas de opressão que ratificaram a condição do negro em uma condição de subalternidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as possibilidades de um projeto de emancipação política e social amparado em um constitucionalismo negro.

16 – “As Conferências Nacionais de Políticas Públicas como Inspiração para um Desenho Institucional Permeável ao Constitucionalismo Popular”, da autora Mariana Tavares Pedi. A pesquisa explorou o constitucionalismo popular como corrente de pensamento crítico à Supremacia Judicial, com o objetivo de aproximar o povo da tarefa de atribuição de sentido à Constituição, por meio da deliberação cidadã e participação popular, apresentando as Conferências Nacionais de Políticas Públicas como forma de implementação do constitucionalismo popular.

17 – “A Solução Heterárquica como Proposta para os Conflitos entre Constituições Transnacionais”, de José Laurindo De Souza Netto, Higor Oliveira Fagundes e Amanda Antonelo. Os autores, com base na proposta de Teubner sob a perspectiva sistêmica de Luhmann, discutiram os conceitos de colisão inter-regimes e colisão intercultural, a transnacionalidade das constituições, os fragmentos constitucionais na sociedade atual e, por fim, a solução heterárquica como proposta para os conflitos entre constituições transnacionais.

18 – “A Evolução do Poder Judiciário: de poder nulo a legislador positivo supremo”, das autoras Maria Claudia Almendra Freitas Veloso e Olivia Brandão Melo Campelo. O trabalho analisou a evolução do Poder Judiciário desde as ideias de Montesquieu até a Constituição

brasileira de 1988, ressaltando a possibilidade de o judiciário anular os atos de outros poderes e criar normas com efeito erga omnes, fato que traz o desequilíbrio entre os poderes.

19 – “Processo Constitucional: os writs e as ações constitucionais vigentes na constituição federal de 1988 para eficácia dos direitos individuais e coletivos”, de autoria de Marcelo Bezerra Ribeiro e Jussi Anne Gonçalves de Lima Campos. O estudo percorreu os instrumentos constitucionais asseguradores dos direitos e interesses, individuais ou coletivos, quais sejam: habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública.

20 – “A Crise de Representatividade e Ideológica dos Partidos Políticos Brasileiros e os Reflexos no Processo Democrático”, das autoras Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, Ana Clara da Silva Ortega e Elisangela Volpe dos Santos. A pesquisa analisou o contexto atual da representação social dos partidos políticos no Brasil, buscando verificar se há uma efetividade dessa conjuntura no processo democrático.

Como se vê, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade de temáticas decorrentes das questões que envolvem o constitucionalismo, a teoria constitucional e a democracia, assuntos que atualmente têm grande repercussão em razão de um processo de erosão democrática experimentado não só no Brasil, como também ao redor do mundo.

Estamos certas de que a presente obra constitui-se em fonte de inspiração, consulta e análise para o desenvolvimento de novos estudos com foco na teoria constitucional, em defesa da democracia e do direito constitucional humanizado.

Profa. Dra. Cláudia Maria Barbosa

PUCPR

Profa. Dra. Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya

Escola de Direito das Faculdades Londrina - EDFL

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres

UFMS

PRÁTICAS CONSTITUCIONAIS: O COSTUME CONSTITUCIONAL NAS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS E FLEXÍVEIS

CONSTITUTIONAL PRACTICES: THE CONSTITUTIONAL CUSTOM IN THE RIGID AND FLEXIBLE CONSTITUTIONS

Nelson Juliano Cardoso Matos ¹
Sebastião Patrício Mendes da Costa ²
Elayne Kallyne Braga da Silva Sobral ³

Resumo

O objetivo do artigo é analisar a pertinência e a incorporação de práticas constitucionais, sobretudo os costumes, em constituições rígidas e flexíveis. Para, assim, entender a aplicabilidade das normas não escritas e sua eficácia diante das demais normas. Para isso, o primeiro tópico examina a vinculação entre constituições flexíveis ou rígidas e normas não escritas. Nesse tópico, nota-se a principal diferença estabelecida entre essas constituições, que se refere ao procedimento de alteração, por conseguinte, a existência ou não de superioridade entre a norma constitucional e a norma infralegal. Ademais, ainda no primeiro tópico, analisa-se a correlação entre as normas escritas e não escritas e as adaptações desencadeadas pelas transformações que ocorrem ao longo dos anos. O segundo aborda, de modo mais específico, o costume constitucional, especialmente quanto à eficácia perante as demais normas e sua aplicação. Por fim, o último examina as convenções e as práticas constitucionais no caso brasileiro. As convenções, como demonstrado neste artigo, são um dos exemplos de norma não escrita, por meio delas, os poderes políticos realizam acordos. Já as práticas constitucionais, surgem a partir de reiteração de condutas por parte das autoridades políticas, consoante os casos apresentados no texto.

Palavras-chave: Práticas constitucionais, Costume constitucional, Constituições, Constituição viva, Convenções

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of the article is to analyze the pertinence and incorporation of constitutional practices, especially customs, in rigid and flexible constitutions. In order to understand the applicability of unwritten norms and their effectiveness in relation to other norms. For this, the first topic examines the link between flexible or rigid constitutions and unwritten norms.

¹ Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife-UFPE. Professor Associado do Departamento de Ciências Jurídicas e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí-UFPI.

² Pós-doutor em Direito Civil e Filosofia do Direito pela Universität Augsburg (Alemanha). Doutor em Direito pela PUCRS. Professor do curso de graduação e mestrado em Direito da UFPI.

³ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Piauí - UFPI.

In this topic, the main difference established between these constitutions is noted, which refers to the amendment procedure, therefore, the existence or not of superiority between the constitutional norm and the infralegal norm. Furthermore, still in the first topic, the correlation between written and unwritten norms and the adaptations triggered by the transformations that occur over the years are analyzed. The second addresses, more specifically, the constitutional custom, especially regarding its effectiveness in relation to other norms and their application. Finally, the last one examines constitutional conventions and practices in the Brazilian case. Conventions, as demonstrated in this article, are an example of an unwritten norm, through which political powers make agreements. Constitutional practices, on the other hand, arise from the reiteration of conduct by political authorities, depending on the cases presented in the text.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional practices, Constitutional custom, Constitutions, Living constitution, Conventions

INTRODUÇÃO

Geralmente, o estudo do direito constitucional se atenta para as fontes escritas, negligenciando, ou às vezes, recusando, fontes costumeiras. Este artigo pretende analisar a pertinência dessas normas constitucionais não escritas, as eventuais peculiaridades nos sistemas constitucionais rígidos ou flexíveis e o modo como, se for o caso, essas normas não escritas se integram ao sistema normativo.

Ainda que a catalogação de conceitos sobre o tema não seja de todo consensual, parece ser quase trivial reconhecer a presença desse fenômeno. Marcelo Caetano (2006), por exemplo, destaca que a Constituição dos Estados Unidos não se limita a seu texto e a seus aditamentos; devendo ser consideradas também as práticas oficiais e extraoficiais. Para Caetano, essas práticas possibilitam uma maior continuidade da constituição, pois, viabiliza a adaptação do texto com “às circunstâncias dos tempos segundo as oportunidades vão exigindo, como um ‘veículo de vida’, já que a latitude dos termos do seu breve e conciso texto não espantilha incomodamente a realidade e se limita a fornecer regras gerais de ação” (CAETANO, 2006, p. 67).

Em sentido próximo, Konrad Hesse considera que a práxis política e as questões fundamentais do Estado, isto é, a força das relações fáticas se sobrepõe à força das normas jurídicas, ou seja, estas estão sujeitas às circunstâncias fáticas. Desse modo, para Hesse, a força normativa da constituição não se sujeitaria apenas ao seu conteúdo, visto que seria necessário considerar as práticas constitucionais. Ademais, a vontade da constituição é tida como fundamental, ainda que considerada em seu aspecto plural ou singular, por isso, os poderes constituídos deveriam agir a fim de assegurá-la (HESSE, 1991). Sobre a força das relações, Hesse (1991, p. 10) destaca que “entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar”.

Essa ideia geral de normas não escritas merece melhor especificação. Favoreu (2000) distingue as normas não escritas em dois grupos, o primeiro surge das práticas constitucionais, as quais se incluem os costumes e as convenções, por outro lado, o segundo grupo emerge a partir das decisões judiciais. Nesse contexto, é importante ressaltar a definição de constituição consuetudinária trazida por Cadoux (1995), a qual consiste em uma constituição predominantemente oral, sem ocorrer uma limitação de sua interpretação por nenhuma norma escrita. Assim, um costume constitucional é uma forma de uso que possui força de lei, ainda que tenha surgido diante de uma constituição escrita. Com efeito, este artigo aborda mais

especificamente as normas não escritas relacionadas as práticas constitucionais. Ademais, o principal objetivo é compreender a relação entre as práticas constitucionais e as constituições rígidas e flexíveis.

Este artigo está organizado em três partes. A primeira examina a vinculação entre constituições flexíveis ou rígidas e normas não escritas. A segunda trata do costume constitucional e da sua eficácia perante as demais normas. A terceira parte examina as convenções e as práticas constitucionais no caso brasileiro.

1 NORMAS NÃO ESCRITAS: CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS E FLEXÍVEIS

Bryce (1988) diferencia as constituições flexíveis das rígidas e destaca que, nestas, as normas constitucionais possuem uma superioridade em relação às demais leis, uma vez que estão inseridas em um instrumento que possui maior força normativa. Além disso, as normas constitucionais seriam promulgadas por um procedimento diferente daquele aplicado às demais leis. Assim, por haver uma superioridade entre a constituição e a legislação ordinária, em caso de antinomia, a primeira deve prevalecer. Por outro lado, as constituições flexíveis possuem um único centro decisório, que é responsável tanto pelas normas constitucionais quanto pelas leis, não existindo assim hierarquia entre elas. Ademais, as constituições flexíveis teriam surgido a partir dos costumes utilizados pelas sociedades primitivas. Nesse sentido, elas seriam mais elásticas, se amoldando mais facilmente às situações diversas (BRYCE, 1988).

No mesmo sentido, dissertando sobre a tensão entre a pretensão de imutabilidade da constituição perfeita e a necessidade de adaptações constantes, Loewenstein (1970) considera a constituição ideal aquela que pudesse prever todos os acontecimentos futuros (sociais, econômicos e culturais), sem haver necessidade de alterações para adequar a constituição com a realidade. Entretanto, reconhece que essa constituição não existe, diante da impossibilidade de se prever o futuro. Embora possa haver uma constituição elaborada de modo inteligente, com o acréscimo de parágrafos e alíneas que permita maior previsibilidade quanto ao futuro. Ainda assim, é necessário um certo cuidado com relação à elasticidade da constituição, de modo a evitar prejuízos à segurança jurídica. Loewenstein salienta que “cada Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está sujeito à dinâmica da realidade que nunca pode ser capturada por fórmulas fixas” (LOEWENSTEIN, 1970, p. 164, tradução nossa).

Nesse contexto, os Estados que possuem constituição escrita não excluem a existência de direitos constitucionais dispostos em leis, nos usos constitucionais e nas regras convencionais não escritas. Diante disso, a teoria do Estado da Europa continental distingue o direito formal do direito material, visto que, este seria formado por normas consuetudinárias e por leis individuais. Loewenstein (1970) acredita que a classificação entre constituições rígidas e flexíveis se relaciona diretamente às constituições escritas e não escritas, na medida em que estas possam ser alteradas por leis ordinárias. Desse modo, “a constituição contida em um documento se adapta às transformações não apenas por meio de uma emenda constitucional formal, mas também pelo uso constitucional, regras convencionais e interpretação de órgãos governamentais, parlamento e tribunais” (LOEWENSTEIN, 1970, p. 208, tradução nossa).

A criação de uma constituição retrata circunstâncias específicas, por vezes ligadas aos usos e costumes que são construídos ao longo dos anos e por isso não se pode definir o início de sua origem (GARCIA-PELAYO, 1993). Para Bonavides (2011), é incabível a correlação das constituições costumeiras como flexíveis, visto que, uma constituição pode ser flexível sendo escrita ou não, por isso, não se pode afirmar taxativamente que uma constituição escrita será rígida e que uma constituição não escrita será flexível. Bonavides observa que essa falsa constatação advém da constituição inglesa, na qual, tanto as normas escritas como as não escritas são alteradas pelo Parlamento pelo mesmo procedimento aplicado para criar e revogar as normas infraconstitucionais.

A flexibilidade constitucional se faz possível tanto nas Constituições costumeiras como nas Constituições escritas. Erro, portanto, é cuidar que toda Constituição costumeira é flexível e toda Constituição escrita é rígida. A velha Constituição francesa anterior a 1789, assentada basicamente em normas consuetudinárias, continha costumes rígidos, como assinalam vários constitucionalistas (Burdeau, Vedel etc.). Citam especialmente o caso da anulação do testamento de Luís XIV, que alterava a lei de sucessão do trono e, fora feito pelo rei, sem audiência dos Estados Gerais, no exercício de uma função legislativa ordinária. Veio depois o testamento a ser cassado pelo Parlamento de Paris. Com esse ato comprovou ele a rigidez e superioridade do costume constitucional (BONAVIDES, 2011, p. 83).

Com posição mais extremada, Burdeau (1950) acredita que, na maior parte dos Estados, o regime político vigente não possui correlação com o apresentado no texto constitucional. Apesar disso, não se pode entender a constituição como algo sem utilidade, visto que ela é a base das instituições. Para Burdeau, algumas regras aparentam estar em desuso, outras estão se tornando mais flexíveis de modo a propiciar o surgimento de práticas que, por certo, não poderiam ser reconhecidas por tais regras. Outra forma de aparecimento das práticas constitucionais é por meio das lacunas no texto. A partir disso, há uma progressiva desvinculação entre a constituição e os aspectos de governo (BURDEAU, 1950). Com efeito,

os juristas conceberam a teoria do costume constitucional visando preservar a influência que as normas constitucionais têm na política, uma vez que são incapazes de promover a aproximação da prática com a constituição, por isso, aproximam a constituição da prática. Desse modo, estabeleceram a ideia de costume constitucional a fim de preservar na atividade política um fundamento normativo que não existia no texto constitucional (BURDEAU, 1950).

As normas constitucionais não escritas também não consistem em uma categoria genérica amorfa. Ruffia e Rozmaryn (1966) apresentam três categorias distintas de fatos normativos não positivados na constituição: os costumes, as convenções e as práticas. A eficácia e os aspectos dos costumes se alteram conforme o ordenamento em que estão inseridos. Embora algumas constituições detalhem a atuação do parlamento, ainda assim, não conseguem disciplinar por completo, por isso, serão complementadas pelas normas não positivadas. Além disso, a existência de constituições omissas quanto ao parlamento e quanto a outros aspectos relevantes do governo (RUFFIA; ROZMARYN, 1966).

Ademais, os entes políticos devem agir a fim de assegurar a efetiva aplicação das normas constitucionais diante de obscuridades ou ausência de norma regulamentadora que materialize os preceitos constitucionais. Nesse sentido, os costumes se apresentam como uma consequência disso, ou seja, são uma imposição da constituição. Os costumes e as práticas constitucionais são utilizados no preenchimento de lacunas e para a interpretação do texto constitucional. Com efeito, o costume permite aos poderes constituídos a efetivação da constituição, seja por meio de interpretação de dispositivos obscuros, ou ainda diante de lacunas. Em outras palavras, embora não se encontre expresso na constituição, o costume e as demais práticas constitucionais são admitidas pelo povo e pelos poderes constituídos (FERRAZ, 1986).

De acordo com Ferraz (1986), as normas constitucionais escritas possuem uma eficácia superior às normas não escritas, como o costume constitucional, por exemplo, uma vez que estas não gozam de supremacia constitucional, atributo que permite a preponderância das normas constitucionais perante as leis. Assim, as normas não escritas não podem ser consideradas do mesmo modo que as escritas, embora, sejam tidas como normas materialmente constitucionais. O controle de constitucionalidade exercido sobre os costumes constitucionais é em grau maior do que o que recai sobre as reformas. Portanto, o costume não revoga e não altera o texto constitucional.

Em sentido próximo, Garcia-Pelayo (1993) considera que apenas as constituições escritas asseguram a racionalidade, em contraposição a irracionalidade dos costumes. O texto objetivo possibilita maior segurança diante da transitoriedade dos aspectos subjetivos,

inviabilizando comportamentos arbitrários do governo. Para Garcia-Pelayo, é indispensável a existência de um documento escrito que possa ser confrontado com os atos do governo. Apesar disso, ressalta que os países que se organizaram por meio de uma constituição escrita “não puderam evitar (especialmente se seu código constitucional teve vida longa) o desenvolvimento de um direito constitucional consuetudinário ou de criação judicial juntamente com lei escrita; mas é claro que isso não contradiz a estrutura ideal do tipo” (GARCIA-PELAYO, 1993, p. 40, tradução nossa).

1.2 A DOUTRINA DO *LIVING CONSTITUTION*

Segundo David Strauss (2010) “*living constitution*” ou constituição viva, “é aquela que evolui, muda ao longo do tempo, e se adapta a novas circunstâncias, sem ser formalmente alterada” (STRAUSS, 2010, p. 01, tradução nossa). O autor questiona se temos ou se queremos uma constituição viva, e imediatamente conclui que não se trata de uma opção e sim de uma realidade incontestável, pois, os Estados crescem, a população aumenta, a tecnologia muda, a situação internacional e os costumes sociais se alteram. Assim, não seria possível que uma constituição escrita previsse todas essas mudanças que ocorrem durante os anos. Ele utiliza como exemplo a constituição dos Estados Unidos, que foi escrita a mais de 200 anos, e que embora tenha algumas emendas, estas ocorreram a mais de um século. Strauss ressalta:

[...]tudo de maneiras que ninguém poderia ter previsto quando a Constituição foi redigida. E simplesmente não é realista esperar que o complicado processo de alteração para acompanhar essas mudanças. Portanto, parece inevitável que a Constituição também mude. Isso é bom, porque uma constituição imutável caberia nossa sociedade muito mal. Ou seria ignorado ou, pior, seria um obstáculo, uma relíquia que nos impediria de progredir e impedir que nossa sociedade funcione da maneira que deveria. Por outro lado, parece haver muitas razões para insistir que a resposta a essa pergunta - temos uma constituição viva que muda com o tempo? - Não pode ser sim. Na verdade, os críticos da ideia de uma constituição viva pressionaram seus argumentos com tanta força que, entre as pessoas que escrevem sobre o direito constitucional, o termo ‘constituição viva’ quase nunca é usado, exceto de forma irônica (STRAUSS, 2010, p. 01-02, tradução nossa).

Nesse sentido, para o referido autor, a Constituição dos Estados Unidos necessita ser uma fundação sólida, se apresentando, como uma consolidação dos princípios fundamentais. Ademais, é imprescindível entender que a opinião pública pode ser contrária aos princípios básicos, mas isso não pode interferir na permanência desses princípios. Ele ressalta que um dos problemas da constituição viva é a possibilidade de manipulação, se uma constituição muda, alguém foi o responsável por essa mudança. Outrossim, esse “alguém” que muda a constituição, faz isso com base em suas ideias, ou seja, consoante o seu ponto de vista. Outro fator preponderante nesse problema é o fato de pensar-se que esse “alguém” é um grupo de juízes.

Desse modo, perde-se a confiança nessa constituição, tratando-a como um compilado de ideias que favorecem um determinado grupo. O autor indaga como se pode ter uma constituição viva que se adapte as mudanças e que, ao mesmo tempo, seja estável e livre da manipulação de determinados grupos de pessoas (STRAUSS, 2010).

Para mitigar esse problema, o sistema americano se utilizou de uma antiga fonte do direito — a *commom law*, que “é um sistema construído não sobre um texto autoritário, fundamental, quase sagrado como a Constituição. Em vez disso, a *common law* é construída a partir de precedentes e tradições que se acumulam com o tempo” (STRAUSS, 2010, p. 03, tradução nossa). O sistema americano possui a constituição escrita, os precedentes e as práticas. Com efeito, na *commom law* a constituição possui a mesma relevância que o direito não escrito. Ademais, a partir de determinados limites é possível que ocorra adaptações nesses precedentes. Strauss (2010) acredita que a constituição formada por direito consuetudinário é um exemplo de constituição viva. Nesse sentido, a constituição consuetudinária seria uma possível solução a indagação formulada pelo autor, uma vez que, permitiria assegurar os princípios fundamentais tanto da opinião pública, quanto da manipulação de um determinado grupo. Apesar dos benefícios advindos da constituição viva, a partir dela surge outro problema, qual seja, o surgimento de teorias equivocadas a respeito dela. Dentre elas uma se sobressai — o originalismo, o qual:

[...] é a antítese da ideia de que temos uma constituição viva. Isso é, a visão de que as disposições constitucionais significam o que as pessoas que os adotou - nas décadas de 1790 ou 1860 ou quando quer – entendido eles querem dizer. (Existem diferentes formas de originalismo, mas esta caracterização captura aproximadamente todos eles.) Nas mãos de seus proponentes mais agressivos, o originalismo simplesmente nega que haja qualquer dilema sobre a Constituição viva. A Constituição requer hoje o que exigia quando foi adotado, e não há necessidade de a Constituição se adaptar ou mudar, exceto por meio de emendas formais. Há algo inegavelmente natural no originalismo. Se estamos tentando descobrir o que significa um documento, qual o melhor lugar começar do que com o que os autores entenderam? Também como questão de retórica, todo mundo às vezes é originalista: quando achar que algo é inconstitucional — digamos, uma ampla divulgação eletrônica vigilância dos cidadãos americanos – é quase um reflexo dizer algo no sentido de que os ‘pais fundadores’ não teriam tolerado isso. E há, sem dúvida, momentos em que o originalismo é a maneira correta de abordar uma questão constitucional (STRAUSS, 2010, p. 03-04, tradução nossa).

Nesse diapasão, para os originalistas, ao buscar entender a constituição é necessário que se entenda a intenção daqueles que a elaboraram, ou seja, deve-se entender o significado adotado pelas pessoas que criaram as leis, por isso, os originalistas acreditam ser indevido atribuir a constituição um significado diferente daquele entendimento inicialmente trazido. Não obstante, entenda que o originalismo possa ser utilizado em algum momento, o autor salienta que não possui aplicabilidade diante de situações difíceis e controversas, como exemplo cita o

questionamento sobre a constituição proibir discriminações contra minorias, pois, para ele, o originalismo não seria adequado diante desses contextos (STRAUSS, 2010).

Para Strauss (2010) a perspectiva trazida pelo originalismo de que a constituição é um documento imutável não deve ser aceita, pois, somente com o texto não se poderia atender as mais variadas demandas que se apresentam durante a história. Em outras palavras, o texto precisa se adequar a realidade, e não apenas se limitar ao significado inicialmente desejado. Nesse sentido, existem inúmeros fatores que rejeitam a utilização do originalismo. Inicialmente, para que se admita o originalismo é necessário entender o impacto de tal teoria em relação aos princípios fundamentais, visto que ao se considerar as ideias trazidas por tal teoria deve-se renunciar fundamentos essenciais, como a ausência segregação racial nas escolas públicas. Se for considerada as ideias originalistas, essa segregação seria constitucional, dado que, a proibição de segregação surgiu por meio de uma decisão judicial. Outro exemplo seria a discriminação contra as mulheres, uma vez que surgiu também com base em decisão da Suprema Corte americana que entendeu que a cláusula de proteção da décima quarta emenda proíbe os Estados de discriminar as mulheres. Ademais, quando a referida cláusula surgiu, ninguém imaginava que ela tornava ilegal a discriminação contra as mulheres (STRAUSS, 2010).

Além disso, com base na teoria originalista, a declaração de direitos não seria aplicada aos estados, pois, quando adotada, se relacionava apenas ao governo federal, sendo assim, não havia nada na Constituição Americana que proibisse o cerceamento da liberdade religiosa, restrições à liberdade de expressão, sujeições a dupla incriminação, dentre inúmeras outras formas de desrespeito aos direitos humanos. Destarte, a ampliação da declaração de direitos aos estados resultou de uma série de decisões judiciais. Outro direito que adveio das decisões judiciais foi a concepção de equivalência entre o número de representantes e a quantidade de votos, visto que, antes das decisões, havia uma desproporcionalidade entre o número de votos e o de representante. Outrossim, se as ideias originalistas prevalecessem, muitas leis de proteção ao consumidor, ambientais e trabalhistas seriam entendidas como inconstitucionais. A partir disso, é possível perceber que o principal problema da teoria originalista é a sua inflexibilidade (STRAUSS, 2010).

Strauss (2010) elenca três graves problemas do originalismo, o primeiro se relaciona ao fato de ser muitas vezes impossível saber quais eram os entendimentos originais, ou seja, qual era o significado pretendido no momento da elaboração. Caso fossem conhecidas as intenções inicialmente pretendidas, surgiria o segundo problema que seria adequar o contexto no qual surgiu, com a nova realidade, ressalta-se que no caso americano a constituição possui

mais de duzentos anos, demonstrando uma enorme discrepância entre as vivências atuais e as do período de sua criação. A terceira situação é a clássica colocação de Thomas Jefferson, ora se o mundo é dos vivos, logo não se deve ficar preso a decisões tomadas a centenas de anos atrás por pessoas que nem ao menos estão vivas.

Strauss (2010) critica a exigência dos originalistas de que se deve retomar ao passado, uma vez que isso seria papel do historiador. Diferentemente do historiador que pode optar por qual período ou assunto escolher, os juízes originalistas não têm essa oportunidade, por exemplo, e se o determinado tempo histórico que se busca compreender tiver sido uma situação incompreensível, ainda assim os juízes precisarão julgar. Strauss menciona Antonin Scalia, como um dos originalistas. Nesse sentido, importante observar o trecho abaixo transcrito, que foi retirado de um artigo de Scalia.

De todas as críticas feitas ao textualismo, a mais irracional é que é ‘formalista’. A resposta para isso é, claro é formalista! O estado de direito é sobre a forma. Se, por exemplo, um cidadão realiza um ato - digamos a venda de certa tecnologia para um país estrangeiro - o que é proibido por um projeto de lei amplamente divulgado proposto pela administração e aprovado por ambas casas do Congresso, mas ainda não assinado pelo presidente, que a venda é legal. Não tem importância que todos conheçam ambas as casas do Congresso e o presidente desejam impedir essa venda. Antes o desejo se torna uma lei obrigatória, deve ser incorporado em um projeto de lei que passa pelas duas casas e é assinado pelo presidente. É aquele não é formalismo? Um assassino foi pego com sangue em suas mãos, curvadas sobre o corpo de sua vítima; um vizinho com uma câmera de vídeo filmou o crime; e o assassino confessou por escrito e em vídeo. Mesmo assim, insistimos que antes que o estado possa punir esse malfeitor, ele deve conduzir um julgamento criminal completo que resulte em um veredicto de culpado. Não é isso formalismo? Viva o formalismo. É o que faz um governo de leis e não de homens (SCALIA, 1997, p. 25, tradução nossa).

Scalia (1997) afirma haver muita divergência entre os originalistas, especialmente sobre qual seria o significado original, ou ainda, como aplicar a situação perante o tribunal. Apesar disso, ele afirma que os originalistas ao menos sabem o que procuram — o significado original do texto. Para ele, em regra esse significado é fácil de ser descoberto. Ademais, assevera serem insignificantes as dificuldades ou ainda as incertezas encontradas para determinar o significado original ou ainda a fim de aplicá-la tendo como base as circunstâncias atuais ao serem comparadas com tais perspectivas adotadas para compreender a constituição mutável. O autor critica a constituição viva por entender “que todo ato que antes era proibido, agora é permitido e que antes permitido agora é proibido; e que a chave para essa mudança é desconhecida e incognoscível. O originalista, se não tiver todas as respostas, tem muitas delas” (SCALIA, 1997, p. 46, tradução nossa).

De modo diverso, Bruce Ackerman (2007) estabelece uma visão mais analítica sobre a constituição viva e os originalistas, percebe-se que ele objetiva estabelecer uma posição central diante de tais teorias. Para ele, deve-se considerar toda a história americana. Em outras

palavras, não entende que deva haver uma primazia pela intenção original, mas também, não acredita haver uma preferência dos novos entendimentos sobre os antigos. Assim, a interpretação precisa se basear em toda a história, a fim de compreender os compromissos assumidos. Ackermann (2007) ressalta que quase todos cometem erros ao interpretar a norma, para justificar sua posição ele utiliza como exemplo a definição do cânone e a interpretação do cânone, “a primeira busca identificar os textos-chave de nossa tradição; o segundo, para descobrir o que eles significam” (ACKERMAN, 2007, p. 1755, tradução nossa).

O maior foco de debate é a interpretação, por um lado alguns acreditam que o entendimento deve se limitar ao significado pretendido por quem os criou, por outro, há quem entenda que cabe as atuais gerações definirem o entendimento. Conquanto existam divergências, o cânon central de toda a interpretação são os artigos da constituição americana e suas emendas. Outrossim, para Ackermann (2007) por estabelecerem um significado moderno dos textos antigos, os teóricos da constituição viva realizam uma melhor compreensão acerca das transformações. Apesar disso, ele apresenta a seguinte crítica a respeito dos defensores da constituição viva: “[...], mas eles o fazem de maneiras que às vezes distorcem essas conquistas mais recentes e às vezes usam os textos mais abstratos do cânone oficial como trampolim para esforços elitistas de revolucionar os valores americanos” (ACKERMAN, 2007, p. 1755, tradução nossa).

2 O COSTUME CONSTITUCIONAL

O costume é entendido como uma fonte do direito que tem efetividade por meio da uniformidade de um certo modo de agir seguida da convicção de sua obrigatoriedade jurídica (RUFFIA, 1984). Assim, para caracterizar a existência do costume é necessário atentar-se a dois elementos: o *usus* e a *opinio iuris et necessitatis*, o primeiro é o elemento material que se caracteriza por meio da repetição de um certo comportamento no tempo, por outro lado, o segundo é sobretudo psicológico (RUFFIA, 1984).

Os costumes são divididos em três categorias: a primeira é o costume *secundum legem*, o qual é utilizado para auxiliar na interpretação do direito positivo; a segunda é o *prater legem*, que “preenche as lacunas das normas positivas, substitui a disciplinação legal quando a lei silencia a respeito e serve, também, como elemento de interpretação” (FERRAZ, 1986, p. 179); e, por fim, o costume *contra legem*, o qual demonstra um sentido contrário ao disposto na lei. No que tange à última categoria, existe uma divergência quanto a sua aceitação, especialmente

em relação ao desuso, visto que existem estudiosos que entendem que a não utilização de um texto por um longo tempo não importaria em sua revogação, contrariamente, há doutrinadores que compreendem que o desuso implica em revogação (FERRAZ, 1986). Nesse contexto, Ferraz Júnior (2003) afirma que

O controle da integração por meios institucionais é mais difuso. Proíbe-se, em tese, o costume *contra legem*. Exclui-se a possibilidade de admitir-se uma lacuna que apareça por um juízo de valor segundo o qual o ordenamento não regule o caso como seria desejável. A difusividade é óbvia. Depende de valoração e de um intrincado processo de ideologização dos princípios fundantes do *telos* dos sistemas. Ideologizá-los significa enrijecê-los, submetê-los a um código forte de difícil consecução. Por isso, nem sempre a jurisprudência é infensa à aplicação do costume *contra legem* e ao preenchimento, dessa forma, de lacunas axiológicas. Como também é possível o uso de princípios gerais de direito e da equidade nesses casos. A recomendação que resta, então, como forma de controle, é a de que sejam usados estes meios com extrema cautela (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 306).

Segundo Canotilho (2003), o costume *contra constitutionem* não pode ser considerado um costume constitucional, pois se refere a uma política governamental em desarmonia com a constituição. Desse modo, apenas o costume *secundum constitutionem* deve ser considerado costume. Outrossim, Canotilho discute o valor deste costume, sobretudo, se possui valor supralegal e, por conseguinte, se pode servir como parâmetro para controle de constitucionalidade. Para ele, o costume deve ser utilizado objetivando integrar a constituição para que se possa desenvolvê-la por meio da associação do texto constitucional com as normas consuetudinárias.

Jellinek (1991), ao estudar as revoluções que aconteceram na França, buscou compreender o que ocorre com os preceitos que pertenciam a uma constituição após ela ser eliminada e substituída completamente por outra. Do que concluiu que os preceitos possuem um caráter de direito escrito e costumeiro, por isso, ainda que a constituição seja totalmente abolida, os preceitos poderão se manter no direito consuetudinário.

Segundo Ferraz (1986), os costumes constitucionais são uma das formas de mutação constitucional, sendo então compatíveis com as constituições rígidas. Os costumes constitucionais possibilitam o preenchimento de lacunas ou a interpretação das normas constitucionais. Apesar disso, não são capazes de substituir o texto constitucional, uma vez que se firmam através do poder difuso, desse modo, não possuem a mesma eficácia atribuída pelo poder constituinte às normas escritas e, por isso, não conseguem reformar a constituição. Por não possuir a mesma eficácia das normas escritas, o costume constitucional não é dotado de superioridade frente às normas infraconstitucionais.

Ferraz (1986) analisa a possibilidade de uma lei em sentido estrito revogar um costume constitucional. A partir desse questionamento, apresenta algumas considerações. Por exemplo, se uma matéria que somente poderia ser regulada por norma constitucional for disciplinada por lei, esta será considerada inconstitucional. Por outro lado, se um costume dispuser acerca da referida matéria terá prevalência em uma análise constitucional. Não obstante, se a constituição reservar a matéria à legislação infraconstitucional, esta poderá prevalecer ao ser confrontada com um costume constitucional. Outro exemplo apresentado é o costume utilizado para preencher uma lacuna constitucional, nesse caso, se surgir uma lei que regule a matéria e não lhe for vedada, poderá se sobrepor ao costume.

Além disso, menciona a possibilidade de o costume constitucional utilizado para interpretar uma norma imprecisa ser afastado pela interpretação judicial de um caso concreto que entendê-lo como inconstitucional ou se o poder legislativo integrar a matéria por lei. Para Ferraz (1986), os órgãos constituídos são os responsáveis pelo caráter espontâneo e voluntário dos costumes constitucionais, pois participam de maneira direta ou indireta de sua construção. Na Suíça a delegação legislativa é realizada com base nos costumes, não há norma escrita que discipline. Desse modo, os julgadores poderiam tanto entender pela constitucionalidade quanto inconstitucionalidade. Ademais, o legislativo pode revogar a delegação.

De modo díspar, Carbone (1948) afirma que embora os órgãos constituídos possibilitem o surgimento dos costumes, isso não demonstra uma pretensão de formar uma norma, uma vez que atuam consoante as necessidades do direito. Além disso, ainda que os órgãos constitucionais sejam os responsáveis pela inserção do costume constitucional, não se pode afirmar necessariamente que é a representação da vontade do Estado. Conclui: “esta doutrina está errada quando equipara o costume com um ato da vontade. O costume não é um derivado da vontade, mas da convicção legal, que é algo que domina e vincula a vontade” (CARBONE, 1948, p. 66, tradução nossa).

Chevallier (1970), apesar de entender ser uma questão bastante subjetiva e delicada, analisa as formas aptas a identificar se os órgãos constitucionais se sujeitam as práticas por motivações legais ou por mera conveniência política. A fim de ilustrar o impasse envolto nessa indagação, apresenta algumas situações observadas na França.

3 CONVENÇÕES E PRÁTICAS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

Convenções constitucionais “consistem em acordos, implícitos ou explícitos entre as várias forças políticas, sobre o comportamento a adoptar para se dar execução ou actuação a determinadas normas constitucionais, legislativas ou regimentais”. (CANOTILHO, 2003, p.

863). Dicey (1897) entende as convenções como sendo o modo pelo qual as autoridades executivas exercem as suas prerrogativas, ou seja, é por meio das convenções que as autoridades estabelecem o modo pelo qual exercerão suas competências discricionárias, como, por exemplo, a realização da guerra ou mesmo a declaração da paz. Ademais, questiona a força que obriga obediência às convenções, uma vez que, não são abarcadas pelo poder coercitivo dos tribunais. Algumas das conclusões as quais chegou o autor é que a obediência pode ser imposta pelo medo do impeachment ou mesmo pela força da opinião pública.

Canotilho (2003) explica que “as praxes constitucionais são meros usos constitucionais, meras normas práticas ou de correção constitucional, observadas geralmente nas relações entre os órgãos políticos ou entre os elementos que compõem esses órgãos” (CANOTILHO, 2003, p. 864). No Brasil, é possível se observar diversas práticas constitucionais, o primeiro caso a ser analisado é o modo de eleger o presidente do Supremo Tribunal Federal, essa eleição ocorre a cada dois anos, e não há um procedimento expresso que disponha como devem proceder, ou seja, como deveria funcionar a alternância da presidência. Diante disso, ao longo dos anos, os ministros do STF adotam uma regra que não está escrita, a qual se observa a ordem decrescente de antiguidade entre os ministros. A reiteração dessa prática permite uma maior estabilidade e uma certa previsibilidade em sua organização (VALE, 2020).

As medidas provisórias foram objeto de diversas práticas. Primeiramente, é importante mencionar que até a Emenda Constitucional nº 32/2001, a medida provisória devia ser analisada no prazo de trinta dias, caso não fosse apreciada nesse prazo, e também não fosse expressamente rejeitada, ela poderia ser infinitamente reeditada. Desse modo, para que a medida não perpetuasse, era necessário que fosse rejeitada (FERREIRA FILHO, 2012b). A prática tornou algo que era provisório em algo definitivo. Importante destacar que o texto primitivo não trazia a possibilidade de reedição, ao invés disso, entende-se o sentido contrário, ou seja, compreende-se que a medida não deveria ser renovada após o decurso do prazo. Além disso, deveria haver uma retroatividade do desfazimento dos seus efeitos, ressalvada a possibilidade de o Congresso Nacional dispor de modo diverso (FERREIRA FILHO, 2012b).

A Emenda Constitucional nº 32 alterou o instituto das medidas provisórias, como a dilação do prazo para apreciação que passou a ser de sessenta dias, podendo ser prorrogado uma única vez por igual período. Outrossim, proíbe a reedição na mesma sessão legislativa caso a medida provisória seja rejeitada pelo Congresso Nacional, ou tenha decorrido o prazo sem que ocorra a conversão em lei. Com efeito, percebe-se uma tentativa de obstar a prática reiterada de reedição contínua de medidas provisórias. Destaca-se que embora o texto constitucional não

apresentasse uma vedação expressa a reedição, essa foi objeto de uma prática política reiterada, a qual perdurou até a sua proibição (FERREIRA FILHO, 2012b).

Além de todas essas alterações expostas acima, o novo texto inserto pela emenda estabeleceu o dever de cada uma das casas do Congresso Nacional apreciar as medidas provisórias em até quarenta e cinco dias após a sua publicação, sob pena de sobrestar as demais deliberações. Diante disso, as medidas provisórias passaram a trancar a pauta por não serem apreciadas no prazo mencionado. Surgiu assim outro problema, diversas deliberações relevantes ficaram sobrestadas em resultado da não observância do prazo de apreciação das medidas provisórias. A fim de apresentar uma possível solução para o entrave, estabeleceu-se, especialmente pela maioria da Câmara dos Deputados, que a expressão “todas as demais deliberações legislativas” presente no texto constitucional, não se referia aos projetos de lei complementar, as resoluções, as propostas de emendas e aos decretos legislativos (LISBOA, 2012).

Assim, surgiu uma prática contrária ao texto expresso da constituição. À vista disso, os líderes dos partidos de oposição impetraram um mandado de segurança preventivo perante o STF para obstar a utilização de sessões extraordinárias para deliberação das proposições entendidas como não abarcadas pelo sobrestamento (LISBOA, 2012). Ao julgar a liminar requerida no bojo do MS, o relator Celso de Mello indeferiu-a, sobretudo, por entender que a prática estabelecida se mostra como uma resposta a superioridade do poder executivo diante do legislativo, consoante se observa no trecho abaixo transcrito retirado do voto do ministro Celso de Mello

As razões expostas pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados **põem em evidência** um fato que **não** podemos ignorar: **o de que a crescente apropriação institucional** do poder de legislar, **por parte** dos sucessivos Presidentes da República, **tem causado profundas distorções** que se projetam **no plano** das relações políticas **entre** os Poderes Executivo e Legislativo. **Os dados** pertinentes **ao número** de medidas provisórias **editadas e reeditadas** pelos vários Presidentes da República, **desde** 05 de outubro de 1988 **até** a presente data, **evidenciam que o exercício compulsivo** da competência extraordinária de editar medida provisória **culminou por introduzir**, no processo institucional brasileiro, **verdadeiro cesarismo governamental** em matéria legislativa, **provocando graves distorções** no modelo político **e gerando sérias disfunções** comprometedoras **da integridade** do princípio constitucional da separação de poderes. *4. A fórmula interpretativa adotada pelo Presidente da Câmara dos Deputados: constituiria ela uma reação legítima ao controle hegemônico, pelo Presidente da República, do poder de agenda do Congresso Nacional?* **Todas** essas circunstâncias e fatores – **que tão perigosamente minimizam** a importância político-institucional do Poder Legislativo – **justificam, segundo entendo, a reação** do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados **consubstanciada** na decisão em causa (STF, 2009, p. 28, grifos originais).

Ademais, após o indeferimento da liminar ocorrido em 27 de março de 2009, a ministra Cármen Lúcia pediu vista dos autos e com isso suspendeu o processo. Em momento posterior,

em 18 de março de 2015, a ministra Cármen Lúcia votou acompanhando integralmente o voto do relator, todavia, o ministro Roberto Barroso pediu vista dos autos e com isso suspendeu novamente o julgamento. Por fim, em 29 de junho de 2017, o julgamento foi retomado e por maioria de votos o STF indeferiu o mandado de segurança n.º 27.931, por entender ser necessário estabelecer o entendimento de que o regime de urgência que permite o sobrestamento das deliberações legislativas, apenas se relaciona as matérias que possam ser disciplinadas por medidas provisórias, ou seja, não pode haver sobrestamento das leis complementares, das propostas de emenda à constituição, das resoluções, dos decretos legislativos, e ainda dos projetos de lei ordinária que tratem sobre matéria a qual seja vedada a edição de medida provisória (STF, 2017).

Outra prática observada é a que se volta a expressão “notável saber jurídico”. Ainda que não esteja expressamente no texto constitucional a exigência de que o ministro do STF tenha necessariamente diploma de bacharel em direito, vem sendo adotada na prática essa imposição, constata-se que desde 1934, todos os ministros nomeados pelo Presidente da República possuíam bacharelado em direito. Esse entendimento se consolidou a partir das indicações rejeitadas pelo Senado em 1894, quando o Presidente Floriano Peixoto nomeou para o cargo de ministro do STF dois generais e um médico. Ressalta-se que embora as deliberações fossem secretas, o Senado emitiu uma resolução a fim de que fosse dada publicidade ao parecer da Comissão de Constituição e Legislação, no qual se apresentava a ausência de formação jurídica como motivação das rejeições (LISBOA, 2012).

CONCLUSÃO

A princípio, constata-se que embora a constituição seja escrita, isso não obsta a existência de direitos constitucionais presentes em normas não escritas, como os costumes e as convenções. Assim, o texto é adaptado às transformações por meio dos usos constitucionais, das regras convencionais, bem como pela interpretação realizada pelos órgãos governamentais, pelo parlamento e pelos tribunais. Outrossim, há divergência entre os estudiosos quanto à relação das constituições rígidas com as constituições escritas e das flexíveis com as não escritas. Loewenstein, por exemplo, entende que existe uma correlação direta. De modo diverso, Bonavides acredita ser totalmente inviável essa vinculação, pois, é possível que exista uma constituição rígida baseada em costumes, bem como uma constituição flexível formada por normas escritas.

Depreende-se que as práticas constitucionais permitem uma maior proximidade da constituição com a realidade política, uma vez que, conservam na atividade política um fundamento normativo que não estava presente no texto, possibilitando a longevidade da constituição. Nas constituições escritas, os costumes atuam diante de omissões ou ainda de modo a complementá-las. Além disso, pode ser usado como instrumento de interpretação. Quanto à eficácia, as normas constitucionais escritas são superiores às normas não escritas, devido à supremacia constitucional, por isso, embora os costumes constitucionais sejam considerados materialmente constitucionais, ao serem confrontados com o texto, este prevalece. Diante disso, o costume não consegue revogar ou alterar a norma constitucional escrita.

Percebe-se o costume através da repetição de um determinado comportamento ao longo do tempo, com a convicção de sua obrigatoriedade. A partir disso, surge três espécies de costumes, quais sejam: o *secundum legem* entendido como um meio de interpretação; o *praeter legem* utilizado para preencher lacunas e o *contra legem* que contraria o texto. À vista disso, Canotilho entende que o costume *contra constitutionem* não deve ser compreendido como um costume constitucional, na medida em que, se refere a uma política governamental em desconformidade com a constituição.

Quanto à relação existente entre normas constitucionais, costumes constitucionais e legislação infraconstitucional, observa-se que diante de uma matéria que deva ser disciplinada somente por norma constitucional, não cabe atuação da lei. De modo diverso, diante dessa matéria o costume constitucional pode atuar. Nada obstante, se o objeto da omissão não for vedado a atuação legislativa, nesse caso, a lei poderá preponderar diante do costume. Além disso, se a matéria for destinada a ser disciplinada por lei, em um confronto com um costume,

aquela poderá prevalecer. Ademais, tanto a interpretação judicial diante de um caso concreto, quanto a integração legislativa são formas aptas a afastar um costume utilizado para interpretar uma norma tida como imprecisa.

O caráter espontâneo e voluntário dos costumes constitucionais, é resultado da atuação direta ou indireta dos poderes constituídos. Conquanto, isso não demonstra uma intencionalidade em formular normas, visto que, atuam de acordo com a pretensão exigida pelo direito. Outrossim, ainda que os órgãos constituídos sejam os responsáveis pelo surgimento dos costumes, não se pode assegurar que estariam agindo conforme a vontade do Estado, dado que, o costume deve estar baseado em uma convicção legal, pois, essa convicção é que domina à vontade. Além disso, é imprescindível entender se as práticas estabelecidas por esses órgãos surgiram por motivações legais ou por mera conveniência.

As convenções, como já exposto, são um dos exemplos de norma não escrita, por meio delas, é realizado acordos entre os poderes políticos. Através das convenções os órgãos estabelecem o modo pelo qual exercerão suas atribuições. É bem verdade que em regra as convenções não possuem uma força coercitiva que possa exercer influência diante de uma situação de desobediência. Nesse contexto, se observa o respeito por tais práticas como uma forma de manter uma maior segurança entre as relações políticas, de modo a assegurar a estabilidade diante de uma previsibilidade de comportamentos. Ao analisar diversas práticas que ocorreram no Brasil, percebe-se a manutenção de uma determinada prática até o momento em que se estipula outra prática, como foi o caso das medidas provisórias.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The living constitution. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26a. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRYCE, J. **Constituciones flexibles y Constituciones rígidas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**, tome III, Paris: LGDJ, 1950.
- CADOUX, Charles. **Droit constitutionnel et institutions politiques – Théorie générale des institutions politiques**. Quatrième édition. Paris: Cujas, 1995.
- CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I, 6ª edição. 1ª reimpressão. Revisão de Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONE, Carmelo. **La consuetudine nel diritto costituzionale**. Padova: CEDAM, 1948.
- CHEVALLIER, Jacques. **La coutume et le droit constitutionnel français**, Revue du droit public, 1970.
- DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Fifth edition. London: The Macmillan Company, 1897. Part I, Part III e Appendix.
- FAVOREU, Louis. “Rapport Introductif”. In AVRIL, Pierre et VERPEAUX, Michel(dir.). **Le règles et principes non écrits en droit public**. Paris: Editions Panthéon Assas, 2000.
- FERRAZ, A. C. C. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012a.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012b.
- GARCIA-PELAYO, M. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza, 1993.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JELLINEK, G. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **Normas constitucionais não escritas: costumes e convenções da constituição**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-082952/publico/TESE_Normas_constitucionais_ao_escritas_Carolina_C_G_Lisboa.pdf. Acesso em 17 nov. 2022.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1970.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di; ROZMARYN, Stefan. **La constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe occidentale et dans les états socialistes**. G. Giappichelli; Libr. de droit et de jurisprudence, 1966.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional: instituições de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of united states federal courts in interpreting the constitution and laws. **Tanner Lectures on Human Values**, v. 18, p. 77-122, 1997.

STRAUSS, David A. **The living constitution**. Oxford University Press, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Segurança 27.931 Distrito Federal**. Relator: Min. Celso de Mello, 16 dez. 2009; 29 jun. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753202986>

VALE, André Rufino do. Não precisamos de uma nova Constituição, mas de melhores práticas constitucionais. **Revista Consultor Jurídico**, 15 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-15/observatorio-constitucional-nao-precisamos-constituicao-melhores-praticas>. Acesso em: 17 nov. 2022.