

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 131

julho/setembro – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

# Costume constitucional

UADI LAMÉGO BULOS

## SUMÁRIO

1. *O poder constituinte difuso e as práticas constitucionais.* 2. *Usos e costumes constitucionais.* 3. *Costume constitucional e mudança difusa da Constituição.*

### 1. O poder constituinte difuso e as práticas constitucionais

Há inegavelmente, na realidade constitucional dos Estados, um poder não menos real do que aquele que atua na etapa de criação e mudança formal da Constituição. A sua ação é permanente, e o seu procedimento não vem consagrado de modo expresso, embora atribua às constituições feições novas, outrora não-contempladas quando da feitura dos seus dispositivos.

Esse poder não possui as marcas da inicialidade, autonomia e incondicionalidade, nem tampouco os traços da secundariedade, limitabilidade e condicionalidade. Não está previsto pelos mecanismos instituídos na ordem jurídica e não advém da linguagem prescritiva do legislador constituinte.

Referimo-nos ao *poder constituinte difuso*, magistralmente estudado por Georges Burdeau<sup>1</sup>. É adjetivado de *difuso* porque não vem insculpido nos textos constitucionais, mas, mesmo assim, está presente na vida dos diversos ordenamentos jurídicos. Apresenta-se em estado de latência, daí ser um poder invisível, aparecendo apenas quando necessário, para ser exercido pelos órgãos constitucionais, aos quais

Uadi Lamêgo Bulos é Advogado e Consultor Jurídico. Mestre e Doutorando em Direito do Estado (fase final de elaboração da tese do Doutorado) na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Constitucional da Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Bahia. Ex-Professor concursado de Introdução ao Estudo do Direito da UFBA. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto dos Advogados da Bahia.

<sup>1</sup> BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. 2. ed. Paris : L.G.D.J., 1969. V. 4, p. 247, 290 e segs.

competete aplicar a Constituição, interpretando-a, escandindo-a se preciso for, a fim de dar-lhe efetividade.

O poder constituinte difuso é sobremaneira notado naqueles casos relativos à incompletude do subsistema constitucional, é dizer, nas hipóteses de lacunas, onde os poderes públicos – destinatários imediatos das normas supremas do Estado<sup>2</sup> – têm a missão, senão o dever, de atuar a Constituição, a fim de solucionar possíveis vazios normativos.

É precisamente no poder constituinte difuso que as práticas constitucionais encontram esteio. São, em essência, fruto dessa manifestação invisível, latente, por meio da qual os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) continuam a obra do legislador constituinte originário, interpretando disposições vagas, ambíguas ou obscuras, bem como colmatando lacunas, preenchendo, assim, os espaços em branco do produto constitucional legislado.

O termo *prática constitucional* é amplo, compreendendo os usos e costumes que se formam à luz da Constituição. Encontra, também, outras figuras que lhe são afins, tais como as praxes, os precedentes e as convenções constitucionais.

---

<sup>2</sup> Encontramos, com frequência, nos jornais, boletins, revistas, livros, informativos etc., a afirmação de que as normas constitucionais são voltadas para o cidadão. Uma análise detida desta idéia leva-nos a outro pensamento. É que as normas da Constituição são dirigidas, *imediatamente* ou *diretamente*, aos poderes públicos. São estes que, ao aplicarem os dispositivos supremos do Estado, desempenhando a missão de interpretar a mensagem forjada pela linguagem prescritiva do legislador constituinte, decidem a respeito dos mesmos. Dentro deste raciocínio, as normas constitucionais não seriam voltadas, de imediato, para os cidadãos, mas aos poderes públicos que, ao interpretarem-nas, conferindo-lhes aplicabilidade, tornam-se seus destinatários diretos. Assim, os cidadãos são os destinatários *mediatos* ou *indiretos* das normas constitucionais. Para exemplificar, veja-se o art. 5º, III, da Constituição brasileira de 1988, o qual assegura que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Ora, se este preceito constitucional não passar pelo crivo da autoridade competente, cuja tarefa é aplicá-lo assegurando-lhe a efetividade, de nada adianta a proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes. Importa lembrar, todavia, que a questão relativa aos destinatários das normas constitucionais é complexa, agregando multipli-

As praxes são usos a que falta a certeza da sua obrigatoriedade (não possuem o elemento objetivo ou psicológico do costume), *e.g.*, as praxes parlamentares.

Já os precedentes (não-judiciais) consistem em decisões de índole política, mediante as quais os órgãos do poder manifestam o modo como assumem as respectivas competências em face de outros órgãos ou de outras entidades.

As convenções constitucionais, por fim, são mais difíceis de serem apuradas. “Nos sistemas de matriz francesa, as convenções não parece que sejam mais do que usos, embora (como o nome indica) revestindo a feição mais complexa de acordos ou consensos, explícitos ou implícitos, entre os protagonistas da vida político-constitucional”.<sup>3</sup> Em Portugal, exemplificam-nas: a concessão anual de indultos pelo Presidente da República, a possibilidade do Governo, a solicitação ou não do Presidente da República, de retirar decretos submetidos à promulgação ou assinatura, a ratificação sempre pelo Presidente (sem recusa) de tratados internacionais devidamente aprovados, o papel determinante dos partidos no exercício do mandato parlamentar. Por outro lado, nos sistemas de matriz britânica e, porventura, no norte-americano, as convenções constitucionais situam-se em nível diferente: ou a meio caminho entre usos e costumes, ou como expressão de uma juridicidade não-formal e específica (sem justiciabilidade e sem outras sanções além das da responsabilidade política) ou como ordem normativa *sui generis*, irreduzível às categorias habitualmente estudadas.<sup>4</sup>

---

cidade de formulações a seu respeito. Basta compulsar Santi Romano para encontrarmos a advertência de que as normas jurídicas – dentre elas as constitucionais – não têm destinatário certo e único, porque o problema do destinatário das normas é um falso problema (cf. “Norme giuridiche destinati delle”), verbete em: Frammenti di un dizionario giuridico. Milano, 1983 (reimp.), p. 135 e segs.

<sup>3</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual Direito Constitucional*. T. 2, p.127.

<sup>4</sup> Jorge Miranda lembra que o “costume distingue-se, naturalmente, das normas de cortesia constitucional, visto que estas não são senão o reflexo, no domínio das relações político-constitucionais, de uma ordem normativa diversa da ordem jurídica, essa bem caracterizada há muito – a das normas do trato social, de civilidade, cortesia ou correção. Lugar tradicional ocupam aqui as regras de protocolo e de cerimonial do Estado (algumas vertidas em textos legais)”. (Manual..., op. cit. T. 2, p. 127-128.)

Sendo assim, a terminologia *prática constitucional* agrega várias noções, as quais se lhe encontram, estreitamente, correlacionadas. Interessa-nos analisar, sem a pretensão de exaurir a matéria, os usos e os costumes constitucionais, haja vista que estas espécies do gênero *prática constitucional* promovem, freqüentemente, mudanças difusas no sentido, significado e alcance das normas da Constituição, sem que haja qualquer interferência dos processos formais de alteração da Carta Maior.

## 2. Usos e costumes constitucionais

Lembra Georges Rénard que o costume, em certos casos, é insubstituível pela lei.<sup>5</sup> Quis dizer, com isso, que, por mais extensas que sejam as generalizações legais, desdobradas em artigos, parágrafos, incisos e alíneas, jamais conseguirão subsumir todas as situações da realidade circundante, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo.

Sem dúvida, os ordenamentos consagram, dentre as mais antigas formas de manifestação do direito, as práticas consuetudinárias, promanadas de um dado comportamento sob a convicção de o mesmo corresponder a uma necessidade jurídica. Surgem “pela prática dos interessados, pela prática judiciária e pela doutrina. Por exemplo, decorre da prática do interessado o costume sobre águas, na chapada do Araripe, no Ceará, pelo qual a cada lote de terra cabe, no mês, determinado número de dias, dois ou três para o uso de água, sendo que as terras se transmitem com esse direito. O costume pode derivar da prática judiciária, pois a atividade jurisprudencial, com decisões uniformes ou de vários tribunais sobre a mesma matéria, modifica incessantemente as normas. A doutrina decorrente de obra de juristas, por sua vez, também gera costume, já que, por exemplo, os civilistas exerceram influência sobre o Legislativo e o Judiciário ao traçarem novos rumos na responsabilidade civil, no tratamento da concubina e na revisão dos contratos por onerosidade excessiva. Deveras, é nos tratados que os juristas apresentam sua interpretação e soluções prováveis para casos não-contemplados por lei; logo, se suas idéias forem aceitas pelos seus contemporâneos, fixam-se em doutrina, que irá inspirar juízes de tribunais”.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> RÉNARD, Georges. *Le droit, l'ordre et la raison*. Paris : Sirey, 1927. p.11.

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo :

Os costumes são, assim, a observância geral, constante e uniforme de uma conduta pelos membros do grupo social, sendo integrados por dois elementos: um objetivo e outro subjetivo. O elemento objetivo, material, fático ou externo, revela-se pela repetição de um procedimento – seria o *usus*. Já o elemento subjetivo, psicológico ou interno, resulta da convicção generalizada de sua exigibilidade, da crença de que a obrigatoriedade da norma é indispensável – trata-se da *opinio juris et necessitatis*, que consiste na certeza de que a observância da norma consuetudinária equivale a uma aquiescência jurídica, disto resultando a sua obrigatoriedade. Esta última caracteriza-se, pois, como um elemento interno da norma jurídica consuetudinária, permitindo distingui-la de outras normas de conduta, também costumeiras, como as de natureza religiosa, social, moral, ou dos simples hábitos, de que podem, sem dúvida, resultar conseqüências jurídicas, embora não constituam normas de direito.<sup>7</sup>

O uso consiste, pois, no elemento objetivo do costume, devendo ser uniforme, constante, público e geral. *Uniforme* e constante, porque revela a atitude de se agir sempre do mesmo modo, sem qualquer interrupção. A uniformidade e a constância do uso não seriam possíveis sem o exercício, por período razoavelmente longo, capaz de autorizar a convicção da existência de uma norma estável (*diuturnitas temporis*); *público*, haja vista que deve obrigar a todos; e *geral*, porquanto colima alcançar todos os atos, pessoas e relações que realizam os pressupostos de sua incidência na norma consuetudinária. Na falta de prescrição legislativa para delimitar o tempo de duração do uso, como requisito para a sua validade,

“compete ao intérprete verificar, segundo os casos, se a norma, sujeita ao seu exame, reúne ou não, além deste, os seus demais elementos constitutivos, pois é cientificamente impossível predeterminar-se um período certo e rigoroso para a transformação de qualquer uso em costume, quando é certo que, ao lado de costumes de prática imemorial, outros existem de prática relativamente recente”<sup>8</sup>.

Saraiva, 199\_\_ p. 116-117.

<sup>7</sup> RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. São Paulo : M. Limonad, 1952. V. 1, p. 289.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 288-289.

O costume, não raro, constitui fonte supletiva para a colmatação de lacunas. Em todas as suas formas de exteriorização (prática dos interessados, doutrina, jurisprudência), servem a esta finalidade. Ademais, o magistrado, ao aplicá-lo para solucionar o caso *sub judice*, deverá levar em conta os fins sociais e as exigências do bem comum, *ex vi*, do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Neste último caso, o costume apresenta-se, perante a lei, de três formas diversas:

a) *secundum legem* – disciplinado na lei, porque a prática consuetudinária vem estatuída nela, que reconhece o dever de sua observância, v.g., arts. 588, § 2º, 1.192, II, 1.210, 1.218, 1.219, 1.242 e 1.569, I, do Código Civil brasileiro vigente;<sup>9</sup>

b) *praeter legem* – complementa a lei, donde surge o seu caráter, eminentemente, supletivo, nos casos não-disciplinados pelo legislador. Noutros termos, “são os que se desenvolvem nas lacunas do ordenamento jurídico, preenchendo-lhe, portanto, as falhas, as deficiências. Trata-se, pois, de matéria não-regulada em lei, e, no silêncio da mesma lei, incide a força normativa do costume. O costume introduz, aqui, direitos e deveres novos, não-escritos, nas brechas ou lacunas do ordenamento jurídico”.<sup>10</sup> Para exemplificá-lo, basta vislumbrar o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil pátrio, diploma de aplicação, no tempo e no espaço, de todas as normas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro;

c) *contra legem* – contrário à lei, manifestando-se por uma prática oposta à disposição normada (*consuetudo abrogatoria*), ou pelo seu desuso<sup>11</sup>, tornando-a letra morta (*desuetudo*).

<sup>9</sup> Exemplos retirados em Maria Helena Diniz, *op.cit.*, p.117.

<sup>10</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991. p. 30.

<sup>11</sup> Indaga Anna Candida da Cunha Ferraz, em *Processos informais de mudança da Constituição*. p.180 –181: “O costume *contra legem* abrangeria, na sua conceituação, não apenas o *usus* ou a *prática* contrários às leis, mas também o chamado *desuso*, ou seja, a inobservância uniforme, constante e prolongada do texto escrito? Nessa indagação a questão fundamental que se coloca a propósito do *desuso* é se ele importa *revogação* do texto escrito. Há divergências doutrinárias a respeito. Corrente mais cautelosa se pronuncia de que a não-aplicação prolongada de textos escritos não importa em *revogação* ou *ab-rogação* do mesmo, configurando,

São, portanto, “os costumes que se formam mediante comportamentos e práticas contrárias às normas legais, porque a lei está em contradição com os fatos, com a consciência coletiva, com as necessidades sociais e com os valores, concepções vigentes no meio social em causa”.<sup>12</sup> Lembra Maria Helena Diniz que, em alguns casos excepcionais de lacuna, é possível admitir-se eficácia do costume *contra legem* por meio da aplicação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, embora seja inadmissível a sua força ab-rogatória, revogando uma lei. Assim, em princípio, “o costume não pode contrariar a lei, pois esta só se modifica ou se revoga por outra da mesma hierarquia ou de hierarquia superior (LICC, art. 2º). Todavia, no direito brasileiro há casos em que os juízes aplicaram o costume *contra legem* (RT, 132:660-2; RTJ, 54:63), resolvendo, no caso *sub judice*, apenas, uma lacuna ontológica, por exemplo, sem que com isso haja alguma revogação legal”.<sup>13</sup>

Para nós, o costume contra a lei configura lícito atentado à ordem jurídica instituída, porque um comando legislado só pode ser revogado por outro. Qualquer prática afrontadora de normas jurídicas, venha de onde vier, deve ser repelida. O papel do intérprete é dar vida aos textos legais e não deteriorá-los, por meio de recursos antagônicos, homenageando expedientes contrários ao direito vigente. Certos autores, entretanto, aceitam o costume *contra legem*, a exemplo de Palma, para quem, quando a lei não corresponde ao desenvolvimento da consciência nacional, quando o dever não se exija, o público desobedece-a ou pede a sua revogação, e a lei perde, tacitamente, toda sua força obrigatória, é dizer, toda a sua eficácia social.<sup>14</sup> Mesmo diante desses argumentos, somos de opinião diversa. Aliás, pelo art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, “a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Em resumo, mesmo havendo

apenas, o *desuso* da norma que, todavia, vez que não foi revogada, poderá, a qualquer momento, ser aplicada; vozes discordantes, todavia, levantam-se no sentido de que ambos – contrariedade à lei e desuso – são aspectos de um mesmo fenômeno, pois nos dois casos se está defronte de uma norma consuetudinária formada ao arripio da norma escrita”.

<sup>12</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 119.

<sup>14</sup> Palma *apud* José Horácio Meirelles Teixeira. *Op. cit.*, p. 30.

decisões jurisprudenciais que privilegiam costumes contrários à lei,<sup>15</sup> bem como infundáveis exemplos de sua incidência,<sup>16</sup> adotamos orientação diferente daquela preconizada por alguns, levando-nos a crer que os costumes *contra legem* agridem o ordenamento jurídico, mormente em países onde a fonte primária, imediata e primordial é a lei. Vale lembrar que, nas ordenações que seguem o *common law*, o costume *contra legem* também tem sido repellido.<sup>17</sup>

É indiscutível a utilidade do costume para a revelação do direito, sendo que podemos enumerar as suas funções principais:

a) *servir de substrato para a interpretação jurídica* – as práticas consuetudinárias são utilizadas para desentranhar o sentido, significado e alcance de dada prescrição normativa que se apresenta confusa, necessitando de aporte para determinar o exato sentido em que as expressões plasmadas pela linguagem prescritiva do legislador foram predispostas nos textos legais. Assim, o costume serve de base para o intérprete compreender normas, surgidas por uma manifestação legislativa recente – criadora de preceitos jurídicos novos. Daí Joseph Story ensinar que, no âmbito constitucional, a prática longa e uniformemente aceita pelo Legislativo ou pelo Executivo tem mais valor para o intérprete do que as especulações engenhosas dos espíritos concentrados.<sup>18</sup> Carmelo Carbone, a sua vez, ilustra a assertiva,

<sup>15</sup> Destaca Maria Helena Diniz que, embora, “em regra, uma lei só possa ser modificada por outra da mesma hierarquia ou de hierarquia superior, há casos, no direito brasileiro, em que os juízes aplicaram o costume *contra legem*”. A autora exemplifica a sua afirmação, lembrando que o Tribunal de São Paulo, ao verificar a existência de um costume local contrário à lei escrita, passou a admiti-lo (*Lei de Introdução...*, p.120.)

<sup>16</sup> VINAGRE, Marta. Costume : forma de expressão do direito positivo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 99, p. 125. jul./set. 1989 oferece exemplos a esse respeito, dentre os quais o não-uso de cinto de segurança ao dirigir veículos, mesmo havendo expressa determinação legal a propósito da matéria.

<sup>17</sup> Por todos: Roscoe Pound. *El Espíritu del Common Law*. Trad. José Puig Brutau. Barcelona : Casa Ed. Bosch, 1954.

<sup>18</sup> STORY, Joseph. *Commentarios à Constituição dos Estados Unidos*. Trad. e adap. à Constituição brasileira por Theophilo Ribeiro. Ouro Preto : Typographia Particular do Traductor, 1894. V. 1.

lembrando a interpretação dada ao Estatuto Albertino que prescrevia a forma de governo. Embora tal Estatuto disciplinasse um governo constitucional singular, devido a uma interpretação baseada nos costumes do sistemas belga e inglês, adotou-se, na Itália, a prática do governo de gabinete;<sup>19</sup>

b) *servir de fonte supletiva para a colmatção de lacunas* – os costumes desempenham relevante serviço naquelas hipóteses, em que a autoridade judicisprudencial não encontra norma para disciplinar o caso *sub judice*. Trata-se do árduo problema relacionado, intimamente, à incompleição do sistema jurídico<sup>20</sup>, é dizer, das lacunas normativas. Nesse íterim, o costume serve para preencher lacunas axiológicas e ontológicas. As primeiras ocorrem quando existe lei aplicável ao fato, “mas, ante a injustiça ou inconveniência que sua aplicação traria, deve ser afastada. Casos há, indubitavelmente, em que as normas escritas são preceitos incompatíveis com o estado social e as idéias ou valores sociais dominantes, não correspondendo às suas finalidades, apresentando-se como puras idéias, criações cerebrinas”.<sup>21</sup> Destarte, para ajustá-las aos valores vigentes na sociedade, a aplicação do costume se faz presente. Já as segundas – as lacunas ontológicas – são detectadas “quando há desajustamento entre os fatos e as normas. Se a realidade define a situação de certo modo e a norma legal de outro, a doutrina e a jurisprudência são levadas, autorizadas pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, a concluir pela inaplicabilidade de tais normas, que estão em desuso, aplicando-se, então, na impossibilidade de analogia, um costume. Nesse caso, temos uma lacuna ontológica – que aparece devido a uma mutação social qualquer ou do subsistema fático que informa a norma jurídica, havendo uma incongruência que rompe a isomorfia entre os vários subsistemas do sistema jurídico – suprida pelo subsistema normativo consuetudinário”.<sup>22</sup>

Na órbita constitucional, essas noções se ajustam plenamente. Logo, não há diferenças substanciais entre os usos e costumes, em geral,

<sup>19</sup> CARBONE, Carmelo. *La consuetudine nel diritto costituzionale*. Padova : Cedam, 1948. p.70.

<sup>20</sup> Entenda-se *sistema jurídico* dentro da acepção que estamos empregando ao longo deste trabalho, isto é, com método de análise.

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. Op.cit., p.119.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 119-120.

para as práticas formadas à luz das constituições.<sup>23</sup>

Se, do ponto de vista material, as práticas consuetudinárias em comum se assemelham, integralmente, aos usos e costumes deflagrados em sede constitucional, o mesmo não se pode dizer numa análise formal.

É que, do ângulo formal, os costumes constitucionais – aqui entendidos como reitera-ções uniformes de comportamento que ensejam a obrigatoriedade da sua observância à luz do disposto nas constituições – revestem-se de caracteres próprios que os diversificam, na forma e no procedimento, do costume jurídico comum.

Anna Candida da Cunha Ferraz, embora não tivesse colocado o problema nesses termos, assinalou que

“o costume constitucional não adquire, em sua plenitude, a eficácia das normas constitucionais escritas. Assim, não goza do atributo formal de regra superior, de regra dotada da supremacia constitucional, inerente às normas escritas das Constituições rígidas e por essa razão preponderantes no confronto com normas infraconstitucionais”. “Não se lhe poderá reconhecer, pois, valor constitucional igual ou superior às normas constitucionais escritas. Deverá ser tido como norma não-escrita, materialmente constitucional, porque versando matéria constitucional, porém sem a eficácia ou o valor jurídico de norma constitucional escrita”. “Complexo, pois, o posicionamento jurídico do costume constitucional. Pela matéria, é constitucional porque preenche lacunas constitucionais; na hierarquia das normas, não tem a superioridade e a eficácia das normas constitucionais. Destarte, num confronto com normas constitucionais escritas, é sempre inferior; sofre controle de constitucionalidade em grau, natureza e profundidade maior que o incidente

<sup>23</sup> Em sentido contrário: Jorge Raúl Poviña, para quem os usos e costumes, no âmbito constitucional, possuem caracteres próprios e distintivos dos demais ramos do direito. A diferença surge pelo seu conteúdo, bem como os princípios que o originam e os elementos que o integram, os quais determinam a sua natureza específica (*Costumbres y usos constitucionales*. Tucuman : Instituto do Derecho Público, 1950. p. 7).

sobre a reforma constitucional, por exemplo.”<sup>24</sup>

Todavia, na substância, os usos e costumes constitucionais coincidem com as práticas consuetudinárias em geral, posto que: a) configuram, de idêntico modo, observâncias gerais<sup>25</sup>, uniformes e constantes, de condutas reiteradas ou não<sup>26</sup> pelos membros do grupo social, sendo integrados por dois elementos: um objetivo (*usus*) e outro subjetivo (*opinio juris et necessitatis*); b) desempenham as mesmas funções, servindo de substrato para a interpretação jurídica e de fonte supletiva para o preenchimento de lacunas.

A doutrina aponta certos aspectos delineadores dos costumes constitucionais<sup>27</sup>, dentre os quais podemos apontar:

<sup>24</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Op.cit., p. 186.

<sup>25</sup> Maurice Hauriou posiciona-se diversamente. Assinala que os costumes constitucionais são particulares e não gerais. Não chegam a ser gerais porque se circunscrevem ao âmbito de competência dos funcionários públicos, que são os titulares dos poderes governamentais, dentro do campo de funcionamento das instituições do Estado, que não são abertas, por completo, ao grande público. Do caráter de especialidade ou particularidade dos costumes constitucionais resultam as seguintes conseqüências: 1) não são aplicados por juízes, porque os tribunais só aplicam de ofício as regras que têm a generalidade da lei e que se reputam consagradas pelo *usus communis*. Quanto aos países como a Inglaterra, os tribunais nada mais fazem do que aplicar o costume geral – o *common law*, e não os costumes particulares; 2) os costumes constitucionais são, sem embargo, regras de direito. Se não são sancionadas pelo juiz, “lo están, en cambio, y mui estrictamente, por la coacción de la opinión de los círculos competentes, es decir, de quienes participan en el juego constitucional”. (*Principios de Derecho Público y Constitucional...* Madrid : Reus, 1927. p. 296.)

<sup>26</sup> Ressalta Segundo V. Linares Quintana que no campo constitucional é menos estrita a exigência de repetição continuada, durante prolongado período de tempo, para que seja caracterizado o costume. Argumenta que: “En cambio, en el derecho constitucional, los actos de los funcionarios públicos destinados a transformarse en costumbres, no necesitan ni pueden obtener el asentimiento de personas o grupos ajenos a los órganos constitucionales cuyas relaciones y vinculaciones dan origen a aquéllas” (*Reglas para la interpretación constitucional*. Buenos Aires : Ed. Plus Ultra, 1987. p. 253.)

<sup>27</sup> Sobre costumes constitucionais: Anna Candida da Cunha Ferraz, op. cit., Claudio Pacheco, *Tratado*

a) *inferioridade em relação às normas constitucionais* – não se colocam em posição de superioridade, sendo, portanto, inferiores à Constituição. Limitam-se, pois, a ela. Em consequência, não reformam, nem revogam seus preceitos supremos. Nesse passo, salienta Georges Burdeau que a superioridade das normas constitucionais *escritas* sobre o costume constitucional não resulta apenas de significação formal, mas, sobretudo, do fato de a Carta Maior exprimir e tender a assegurar uma certa *idéia de direito*. Esta última expressão, segundo Burdeau, serviria para designar a manifestação do poder constituinte como reflexo da vontade popular. Para que se admita a renúncia do povo a esta idéia expressa, é necessário que o faça, inequivocadamente, obedecendo à convicção jurídica existente no grupo acerca da sua importância.<sup>28</sup> Já Carré de Malberg preconizou que a característica básica de uma constituição consiste em ser a lei com autoridade reforçada, não podendo ser modificada por uma lei ordinária, na medida em que limita a competência legislativa. O costume, portanto, não possui a força para revogar normas constitucionais, porque não se reveste dessa *potestade especial*;<sup>29</sup>

b) *podem revogar, em certas hipóteses, leis infraconstitucionais* – como explicou Pontes de

*das Constituições Brasileiras*. Rio de Janeiro : F. Bastos, 1958. V. 1; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo : M. Limonad, 1953. V. 1; Jorge Miranda, op. cit., t. 2; José Horácio Meirelles Teixeira, op. cit.; Carmelo Carbone, *La consuetudine nel diritto costituzionale*. Padova : Cedan, 1948; Franco Pierandrei, *La Corte Costituzionale e le modificazione tacite delle costituzione*. In: *Scritti di Diritto Costituzionale*. Turim, 1965; Carlo Esposito, *Consuetudine (diritto costituzionale)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. 1961. T. 9; Jacques Chevalier, *La coutume et el droit constitutionnel français*. In: *Revue du Droit Public*, 1970; Humberto Quiroga Lavié, *Los cambios constitucionales...* In: *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México, 1977; Luis Sanchez Agesta, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, 1974; Marcel Bridel, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*. Lousanne, 1965; Jean-François Aubert, *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*. Neuchatel, 1967; K. Wheare, *Las Constituciones Modernas*. Barcelona, 1975; Hans Kelsen, *Teoria General del Derecho y del Estado*. México, 1958; Jorge Raúl Poviña. *Costumbres y usos constitucionales*. Tucuman : Instituto de Derecho Público, 1950.

<sup>28</sup> BURDEAU, Georges. Op. cit, p. 294.

<sup>29</sup> MALBERG, Carré de. *Contribution a la theorie...* V. 2, p. 582.

Miranda, uma norma não-escrita, em nível constitucional, pode cortar a legislação ordinária que dela discrepe, do mesmo modo que a cortaria uma norma escrita do direito constitucional, formado de preceitos escritos ou não-escritos, sem perder a sua homogeneidade<sup>30</sup>. Demais disso, a prática evidencia que o controle de constitucionalidade “exercido sobre as leis pode, indiretamente, com base em norma constitucional costumeira, entender inconstitucional determinada lei ordinária”. “Se a lei ordinária intervém em campo que lhe é vedado, porque de natureza constitucional, a lei ordinária é inegavelmente *inconstitucional* e o costume constitucional que atue a mesma matéria prevalece diante de confronto constitucional. Se, todavia, a norma ordinária é o meio previsto constitucionalmente para a complementação de disposições constitucionais e atuação da norma constitucional – o que pode decorrer conforme o ordenamento jurídico considerado –, o costume constitucional poderá ceder diante dela”. “Assim, num confronto com normas ordinárias pode prevalecer ou não, o que significa dizer que pode, em determinadas circunstâncias e dentro de certos limites, ser afastado por elas. Exemplifique-se. Costume constitucional que preencha lacuna constitucional, à falta de lei complementar que o faça: a lei formal, quando advier, pode suprimir o costume. Outro exemplo: um costume constitucional que interprete norma constitucional imperfeita ou imprecisa, atribuindo-lhe um dos possíveis sentidos abrigados pela norma. Esse costume pode ser afastado ou por interpretação constitucional judicial ou interpretação constitucional legislativa. Na primeira hipótese, se a aplicação concreta do costume foi submetida aos tribunais e esses o entenderem inconstitucional. Na segunda, se a matéria versada puder ser integrada por lei. É o caso da *delegação legislativa* na Suíça, formada à base de *normas costumeiras*, sem previsão constitucional. Admitida como constitucional pelo Tribunal Federal, poderia, no mesmo passo, pelo mesmo órgão, ser declarada inconstitucional; por igual, o Poder Legislativo suíço poderia revogar tal delegação, sem afrontar a Constituição (Cf. Aubert, Jean-François, ob.cit.)<sup>31</sup>;

<sup>30</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. V. 1, p. 195-196.

<sup>31</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Op. cit., p. 187.



c) *formam-se de modo espontâneo, voluntário, rápido e em breve lapso de tempo* – aparecem naturalmente, pela manifestação livre de vontade dos órgãos competentes para fazer atuar a Constituição. Estes, ao praticar atos independentes e autônomos, atuam de modo direto sobre as normas constitucionais. Por outro lado, nem sempre são necessários atos repetidos ou reiterados para configurá-los. Embora a repetição se faça presente na maioria dos casos, sendo um dos seus elementos característicos, de idêntico modo às práticas consuetudinárias comuns, a experiência comprova que os costumes constitucionais se formam rapidamente e em breve espaço de tempo. Daí ter notado Burdeau que não podemos generalizar, para a unanimidade dos casos, a repetição como atributo exclusivo e absoluto, pois existem hipóteses em que os costumes da Constituição surgem através do primeiro uso da norma não-escrita, como ocorreu em 1924, quando o Presidente Millerand foi afastado do poder por uma campanha da imprensa, inspirada por grupos de esquerda; quantas vezes seria necessária a renovação de caso semelhante para que se pudesse afirmar que uma norma constitucional costumeira havia estabelecido a responsabilidade política do Presidente da República? Deixando ao tempo a obra da decantação, o costume se instaurará quanto à sua autoridade e significação.<sup>32</sup>

Questão tormentosa é a que diz respeito à compatibilidade dos costumes constitucionais com o corolário da rigidez das constituições. Assim, há que se perquirir se a noção de Constituição formal, escrita e rígida, é harmônica aos usos e costumes, formados em sede constitucional.

Para o enfrentamento do problema, temos de considerar, como o fez Jorge Miranda, duas ordens de obstáculos: os obstáculos gerais suscitados pela mentalidade positivista contra o costume e os obstáculos ligados a certo entendimento da Constituição formal como expressão de um poder constituinte soberano, que não poderia ser posto em causa por quaisquer atos desconformes com as suas estatuições ou por quaisquer fatores inorgânicos, vindos donde viessem.

<sup>32</sup> BURDEAU, Georges. Op. cit., V. 4, p. 293. No mesmo sentido: Jacques Cadart. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. p. 708; Anna Candida da Cunha Ferraz. Op. cit., p. 187-188.

“A inadmissibilidade do costume derivaria tanto do princípio da soberania nacional como do conceito de Constituição formal. A vontade do povo só se manifestaria através da feitura da Constituição em assembléia constituinte (ou em órgão equivalente), não através de qualquer outra forma; e a superioridade da Constituição e a sua função própria seriam vulneradas se pudesse haver normas constitucionais à sua margem”.<sup>33</sup>

Com efeito, boa parte dos professores de direito rechaça a existência dos costumes constitucionais diante de um Texto escrito, formal e rígido, dada a sua supremacia, não havendo espaço para as práticas consuetudinárias, venham de onde vierem, sejam de que natureza forem. Julien Laferrière opina nesse sentido, afirmando que a idéia de costume constitucional, no sentido próprio da palavra, isto é, de uma regra não-escrita, é, na realidade, incompatível com a noção de Constituição escrita e rígida.<sup>34</sup> Observando a concepção deste Professor da Faculdade de Direito de Paris, notou Linares Quintana que

“la idea de una Constitución rígida excluye la posibilidad de la existencia de reglas consuetudinarias con el mismo valor jurídico que aquélla. En definitiva, Laferrière limita el valor de la costumbre o la tradición como valiosos elementos a tener en cuenta en la interpretación de la Ley Fundamental”.<sup>35</sup>

Por outro sítio, são inúmeros os autores que aceitam os costumes constitucionais como algo perfeitamente ajustável à rigidez de uma Constituição formal e escrita. Os argumentos variam, sendo que podem ser enumerados, a saber: a) o direito constitucional não se resume nas normas escritas, à “normalidade normada juridicamente”<sup>36</sup>; b) os costumes constitucionais configuram a manifestação inerente ao exercício das funções próprias do regime político pelos órgãos do Estados<sup>37</sup>; c) os costumes

<sup>33</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., T. 2, p. 113.

<sup>34</sup> LAFERRIÈRE, Julien. *Manuel de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris : D. Montchrestien, 1947. p. 347-349.

<sup>35</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. cit., p. 259.

<sup>36</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., T. 2, p. 115.

<sup>37</sup> GONZALES POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho Político*. Madrid, 1930. p. 93.

constitucionais contribuem no processo de mutação, eliminando os recursos formais de mudança das constituições; d) os costumes constitucionais surgem da própria rigidez<sup>38</sup>, pois, na verdade, quanto mais difíceis são os óbices deparados pelo legislador reformador, no sentido de alterar a *Lex Legum*, mais freqüentes se tornam os processos informais de mudança da Constituição, que ocorrem, inclusive, pelas práticas consuetudinárias.

Certamente, afiguram-se como totalmente compatíveis as práticas constitucionais com os textos escritos, formais e rígidos. Se assim não fosse, como seria explicado o fato de os costumes exercerem as funções interpretativa e supletiva, admitidas, tacitamente, pelo legislador constituinte e, expressamente, pelo legislador ordinário, como, por exemplo, no art.4.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro?

Deveras, os costumes constitucionais demonstram a sua compatibilidade com as constituições formais, rígidas e escritas, precisamente porque, ao desempenharem função supletiva, preenchendo lacunas da Constituição, contribuem para a aplicação do texto judicioso ao fato social cambiante.

Nisso tudo, o costume constitucional revela a capacidade de atenuar ou minimizar a obscuridade da Constituição, que, não raro, abriga em seu articulado espaços em branco, verdadeiros vazios normativos, onde há uma carência legislativa de preceitos jurídicos, e aí então as práticas consuetudinárias servirão para suprir esta deficiência do produto legislado defeituoso. Logo, os costumes constitucionais possuem grande importância nos ordenamentos de Constituição escrita, formal e rígida, porque servem de apanágio para a colmatação de lacunas, suprindo as deficiências do ordenamento implantado pela manifestação constituinte inicial.

Cumprir notar que a ação dos poderes públicos, ao criarem o costume constitucional, é nitidamente limitada, donde insurgem duas observações: 1ª) o costume constitucional não substitui norma expressa na Constituição; 2ª) não é aceitável a formação do costume *contra constitutionem*, ou costume *contra legem*, muitas vezes promanado de órgão incompetente para aplicar a norma.

O costume constitucional não toma o lugar das normas prescritas na Carta Maior. Trata-se, conforme dissemos, logo no início deste capítulo, de uma manifestação do poder constituinte difuso, que não está previsto formalmente, a exemplo do instituído poder de reforma da Constituição, e, por isso, não possui a mesma força impositiva das normas constitucionais escritas, promanadas de um poder originário, de primeiro grau, cuja força se espalha sobre toda a ordenação jurídica, com foros de superioridade.

Nesse desiderato, as normas constitucionais superpõem-se aos costumes, ainda quando estes sirvam de mecanismos para a supleição daquelas, notadamente nos casos de lacunas constitucionais. Por isso, o costume logra posição secundária no domínio do direito constitucional, o que não retira a sua importância. Tanto é assim que a Constituição em sentido formal não o proíbe, nem o descarta, apenas o coloca em posição mediata, diante da totalidade das relações políticas, que procura disciplinar. Como nem sempre tais relações encontram respaldo normativo, aparecem os costumes para sanar as falhas do direito legislado, insurgindo daí a sua grande valia.

Outrossim, é inaceitável o costume *contra constitutionem*, ou costume *contra legem*, muitas vezes derivado de órgão incompetente para aplicar a norma. A própria força jurídica do *ser* Constituição formal execra-o,

“tanto mais que, destinando-se a Constituição a reger o processo político, ele haverá de nascer, quase sempre, da não-rigorosa observância pelos órgãos do poder das normas constitucionais escritas. O costume *contra legem* equivale à preterição da constitucionalidade”<sup>39</sup>.

Daí Carmelo Carbone refutar o costume contrário à Constituição, reputando-o como ineficaz, por entender que, mesmo criado por órgãos constitucionais, ele não obriga o legislador, ainda mais que inexistente controle ou sanção expressa para a sua observância.<sup>40</sup>

Porém, a realidade constitucional torna patente a incidência do costume *contra constitutionem* nos diversos ordenamentos jurídicos. Não podemos afirmar, pois, que ele inexistente,

<sup>38</sup> A afirmação provém de Marques Guedes, em *Introdução ao Estudo do Direito Político*. Lisboa, 1969. p. 350.

<sup>39</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., T. 2, p. 121.

<sup>40</sup> CARBONE, Carmelo. *La consuetudine nel Diritto Costituzionale*. p.85.

porque há casos comprovados de sua formação<sup>41</sup>, principalmente nos casos que envolvem dúvidas de interpretação da Constituição. Carmelo Carbone, por exemplo, detectou a existência de práticas mais jaez, que fluíram durante os longos anos de vigência da Constituição dos Estados Unidos, que, segundo seu magistério, oferece vários exemplos de costumes firmados em sentido contrário à lei.<sup>42</sup>

Por isso, o costume constitucional contra a lei pode irromper quando os preceitos se prestem em dois ou mais sentidos e algum ou alguns dos seus destinatários lhes dêem um entendimento discrepante do de outros ou do entendimento mais generalizado, apesar de tudo, na comunidade política. Também podem irromper naqueles sistemas em que não funciona uma fiscalização jurídica ou jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos demais atos do poder ou em que, funcionando, não consegue eliminar certas práticas inconstitucionais, de modo que, com o decurso do tempo, estas práticas se consolidam. Mas podem nascer ainda quando, existindo sistema de fiscalização de constitucionalidade, este não abarque todos os atos jurídico-públicos. Isso pode ocorrer com tanto maior frequência, quando é certo que a fiscalização da constitucionalidade tem sido principalmente pensada e organizada em vista de leis e de outros atos normativos, e não em vista de atos políticos ou de governo e de atos de conteúdo individual e concreto. Ora, tem sido sobretudo na esfera política que têm aparecido os costumes contrários às leis.<sup>43</sup>

Os costumes *contra constitutionem* culminam naquele fenômeno denominado por Carl J. Friedrich de *perversão ou corrupção constitucional*, sendo previsto toda vez que uma ação seja tomada no sentido de destruir o trabalho do legislador constituinte originário.

“Tal perversión debe observarse, cuando lo consideremos, políticamente, en confrontación incorrecta o de una mala interpretación, sino a que tanto la perversión como la violación de una norma constituyen en desaffo a su

<sup>41</sup> Jorge Miranda, demarca vários casos de costumes constitucionais, inclusive contrários à lei, no ordenamento constitucional português (Op. cit., T. 2, p. 124-126.).

<sup>42</sup> CARBONE, Carmelo. Op. cit., p. 86.

<sup>43</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., T. 2, p. 121-122.

pretendida universalidad, constituyen excepciones, y todas la excepciones debilitan a una norma”.<sup>44</sup>

### 3. Costume constitucional e mudança difusa da Constituição

O costume constitucional, do mesmo modo que a interpretação e a construção judiciária, pode desencadear mudanças difusas na Constituição.

A experiência comprova que o costume constitucional, em suas três categorias, *secundum legem*, *praeter legem* ou *contra legem*, atua provocando alterações informais no sentido, significado e alcance dos preceitos constitucionais.

O costume *secundum legem* ou interpretativo se funda em uma cláusula expressa da Constituição, que precisa ser aclarada, atuando como valoroso instrumento de mutação constitucional. Observa Basavilbaso que esta espécie

“supone siempre la preexistencia de la ley, la complementa por la observancia de sus preceptos o por su interpretación si es dudosa. Es el mejor intérprete de las leyes, *optima enim est legem interpretis consuetudo*. Podría afirmarse que no es Derecho consuetudinario sino el Derecho escrito convertido en costumbre. Como decían los canonistas, la costumbre *secundum legem* no es propiamente derecho, *non est juris*, sino un hecho, *facti tantum*”.<sup>45</sup>

Na sua modalidade *secundum legem*, o costume desencadeia alterações no conteúdo das normas constitucionais, valendo-se para tanto do artifício da interpretação. Karl Wheare enumerou um extenso rol de práticas que deram azo ao fenômeno, as quais revelaram normas costumeiras interpretativas. Analisando um caso ocorrido nos Estados Unidos, reconheceu, à luz da Constituição norte americana, que

“el presidente tiene un importante poder de designación de cargos. Este poder lo ejerce personalmente con respecto a los altos cargos, a diferencia del que posee un jefe de Estado en un sistema de

<sup>44</sup> FRIEDRICH, Carl J. *El hombre y el gobierno : una teoría empírica de la política*. p. 304.

<sup>45</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Tip. Ed. Argentina, 1949. V. 1, p. 318.

gabinete gubernamental. Pero en lo que respecta a la mayor parte de los demás cargos su poder se traspasa por la acción de una convención habitualmente llamada 'cortesía senatorial'. Hay un acuerdo tácito por el que los senadores del propio partido del presidente tienen el derecho de aconsejarle sobre el nombramiento de cargos federales que han quedado vacantes en su respectivo estado, y cuya designación por parte de los senadores, el presidente suele aceptar. Si en un estado particular no hay senadores del mismo partido del presidente, éste suele aceptar las designaciones de los representantes y dirigentes de su partido en el estado. Por este medio el poder presidencial de nombramiento de una amplia serie de cargos se traspasa desde el mismo presidente a los dirigentes del partido y especialmente a los senadores".<sup>46</sup>

Enquanto instrumentos propiciadores de mutações, os costumes desempenham, assim, imperiosa importância, servindo para crescer, retirar, alterar ou influenciar a substância de uma Constituição. Variam ao ritmo das transformações e das necessidades diárias da vida, acoplando o Texto formal à realidade social cambiante.

Daí a modalidade do costume integrativo ou *praeter legem*, em cujo regaço desenvolvem-se aquelas práticas, que funcionam como veículos de mutação constitucional. Sobre esta espécie de costume constitucional, sentenciou Linares Quintana que a sua incidência é notada

"en el caso de silencio u omisión de la Constitución cubre la laguna constitucional, creando nuevas normas supletorias, actúa como real fuente del Derecho Constitucional. En este carácter, y como principio general, no corresponde ser admitida. Únicamente, como excepción, puede ser aceptada, con serias reservas y la más estricta prudencia, ante el silencio u omisión de la Constitución y cubriendo la laguna de ésta, si las reglas consuetudinarias mantienen lógica y perfecta armonía y concordancia con los principios y normas del sistema constitucional y, además y esencialmente, resultan indispensables para consolidar y hacer más efectivo el amparo de la

libertad y la dignidad del hombre, que es la finalidad suprema de la Constitución y del Derecho Constitucional".<sup>47</sup>

Destarte, tais práticas são detectadas sempre quando houver uma complementação, um preenchimento de lacunas, criando-se normações para casos não-disciplinados, legislativamente, sanando, assim, omissões, descuidos, imanentes à atividade legiferante. Daí exemplificar Jellinek que

"tales mutaciones completan, a menudo, la función normal de los textos constitucionales. De manera muy asistemática, se han incluido algunas disposiciones sobre los procesos parlamentarios en muchas Constituciones. Además, muchos Estados cuentan con normas especiales sobre el reglamento. Ahora bien, las lagunas de la Constitución y de la ley se han colmado mediante preceptos parlamentarios. Las leyes constitucionales francesas carecen de prescripciones sobre el cumplimiento de las resoluciones de las Cámaras, a no ser que se trate de una revisión de la Constitución".<sup>48</sup>

Intimamente ligado à questão da mutação constitucional, através dos costumes *praeter legem*, aparece, pois, o problema das lacunas constitucionais. Há

"ejemplos sobre la existencia de tales lagunas que no pueden negarse si se reconoce la relación fundamental del Estado con el Derecho y si se sabe que el Estado es, en primer lugar, un fenómeno social e histórico capaz de ordenar el Derecho, pero no de crearlo. Por otra parte, los acontecimientos históricos que viven los Estados solamente pueden ser previstos de modo imperfecto y, por lo tanto, es imposible que el Derecho, que quiera conscientemente operar en el futuro, pueda disponer de normas para regular todos los acontecimientos venideros imprevisibles. Por eso, también se desprende de la experiencia histórica, el hecho de que toda Constitución tiene lagunas que sólo se manifiestan, a menudo después de mucho tiempo y no pueden colmarse mediante los medios

<sup>47</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. cit., p. 265.

<sup>48</sup> JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la Constitucion*. p. 19.

<sup>46</sup> WHEARE, Karl. Op. cit., p. 135.

convencionales de la interpretación y de la analogía”.<sup>49</sup>

Mas, uma análise arguta da vida constitucional dos Estados torna evidente que os costumes *contra legem* também mudam, difusamente, as normas da Constituição. Como exemplo bastante ilustrativo, entre nós, cita Meirelles Teixeira as práticas parlamentaristas do Segundo Império, inteiramente à margem e até mesmo contra dispositivos da Carta de 1824, que dava ao Imperador o poder de nomear e demitir livremente seus ministros, e nos Estados Unidos a prática das comissões parlamentares, por meio das quais se estabelecem relações muito estreitas, colaboração muito íntima entre o Presidente e o Congresso, não obstante a rigidez com que a Constituição proclama e aplica, na estrutura constitucional, o princípio da separação dos poderes.<sup>50</sup>

Já vimos que os costumes *contra constitutionem* devem ser repelidos, independentemente das ocorrências dos mesmos no campo concreto dos fatos. Não é porque as práticas contrárias à lei existem que devemos acolhê-las sob o argumento da incidência das mesmas no plano da vida. Se em certos países, como na França, a prática tem consagrado muitos desses costumes, que autores de renome procuram justificar, criando-se um choque entre a realidade jurídica e a realidade fática, sendo impossível negar-se que os costumes *contra legem* mudam a Constituição, isto não é o suficiente para acolhermos e prestigiarmos tais práticas afrontadoras da manifestação constituinte originária, proclamada por um poder de maior força impositiva, que atua na etapa de criação constitucional.

Ainda quando alguns setores da doutrina procurem justificar que essas modificações costumeiras *contra legem* têm fundamento – desde que alicerçadas numa base psicológica séria, quando os órgãos do Estado, que as criam, o façam de boa-fé, acreditando conformarem-se com seus dispositivos, ou pensando preva-lecer seu espírito sobre sua letra –, consideramos, mesmo assim, as práticas contrárias à lei estupeficientes contra o pórtico da constitucionalidade. Há, inclusive, quem vá mais adiante, aduzindo, com razão, que os costumes contrários à Lei Magna “são *juridicamente inexistentes*, configurando apenas *estados de fato, situações inconstitucionais para as quais inexistente sanção*, e que,

por isso mesmo, e pela força das conjunturas políticas e sociais que lhes deram origem, conseguem manter-se indefinidamente, acabando, por vezes, consagrados pela prática constitucional. Irrelevantes, destarte, em teoria, *não é possível, todavia, desconhecer que produzem, na prática, efeitos jurídicos, e seria negar a evidência desconhecer-lhes a importância, por vezes fundamental, na vida política*”.<sup>51</sup>

Noutro lado, reputamos como plenamente admissível a evolução das Constituições pelos costumes. Para tanto, impende que atuem em harmonia com o princípio da legalidade, colimando adaptar as normas da Lei Máxima a novas necessidades e situações cotidianas. Incomensurável se apresenta, portanto, a missão dos poderes públicos – destinatários imediatos ou diretos dos preceptivos constitucionais – porque, se por um lado, devem primar pelo respeito à juridicidade da Constituição, por outro, têm a incumbência de procurar adaptá-la, ainda que por meios informais, à realidade circundante, pois uma Constituição, escrita ou não-escrita, nunca é uma obra perfeita e acabada, mas uma abertura de possibilidades para que os homens realizem sua convivência.<sup>52</sup> Apesar da estrutura dinâmica, de *organismo vivo* que é, deve conservar a identidade, evitando violações sub-reptícias ou traumatizantes em sua letra.

Convém enfatizar que as mutações realizadas pelos usos e costumes não vão de encontro aos textos rígidos, formais e escritos, conforme foi dito alhures. Ambos em nada são incompatíveis. Urge, tão-somente, que sejam *constitucionais*, isto é, que estejam consoantes à manifestação constituinte originária e promanam de práticas condizentes com as expressas finalidades legais. Se admitíssemos o contrário, não poderíamos explicar o fato de os costumes exercerem as funções interpretativa e supletiva, admitidas, tacitamente, pelo legislador constituinte e, expressamente, pelo legislador ordinário, como ocorre, inclusive, na ordem jurídica brasileira (art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Nos Estados Unidos – país dotado de uma Constituição rígida, formal e escrita – os costumes e usos constitucionais desempenham

<sup>49</sup> Ibidem, p. 55-56.

<sup>50</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Op. cit., p. 151.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 150.

<sup>52</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2. ed. Madrid : Ed. Revista de Occidente, 1951.

papel de singular importância no desenvolvimento do direito constitucional. Nesse ínterim, asseverou Claudius Johnson que o Texto dos americanos é um instrumento vivo, adaptável às necessidades de gerações sucessivas, não somente pela responsabilidade de atos específicos, como aqueles encarregados da responsabilidade de governo, mas também pelo jogo de forças econômicas e sociais, na margem do tempo. Em conclusão, opina que os usos e costumes têm moderado o sistema constitucional norte-americano, numa intensidade dificilmente menor do que a das leis do Congresso e das decisões judiciais, sem falar que as palavras da Constituição escrita podem não prevalecer contra a tradição, o tempo e as práticas consuetudinárias.<sup>53</sup>

Charles Warren também notou que grande parte do direito constitucional dos Estados Unidos é obra das práticas executivas e legislativas, e sustenta que o curso da história e da política norte-americana têm recebido marcante influência dos usos e costumes. O estudo da Carta dos americanos torna patente que existem dispositivos que só podem ser interpretados pelo conhecimento das práticas constitucionais executivas e legislativas, pois seus antecedentes históricos proporcionam uma visão adequada

dos mais diversos problemas. Lembra que os poderes conferidos pela Constituição ao Presidente foram estabelecidos por precedentes históricos e que existe uma larga lista de circunstâncias em que o Chefe do Executivo esteve obrigado a abrir mão de suas prerrogativas para evitar a intromissão legislativa por meio de declarações de independência dirigidas ao Congresso.<sup>54</sup>

As práticas consuetudinárias suscitam profundas reflexões, no que tange ao estudo dos processos difusos de mudança do Texto Maior, principalmente diante do problema relativo à determinação do valor jurídico dos usos e costumes, enquanto fontes do direito constitucional.

Uma constatação, porém, parece não deixar dúvidas: as constituições não se encerram nos limites de suas normas. Estão em permanente progresso, em eterno *devenir*. Embora venham contidas num instrumento formal, jamais se imobilizam, não se estratificam. Evoluem no dia-a-dia, por meio dos costumes, das interpretações e decisões jurisprudenciais, nas lições dos professores de direito, nas argumentações dos advogados. O seu *ser* reside no estar-se realizando, porque não são documentos prontos e acabados. As constituições têm vida!

---

<sup>53</sup> JOHNSON, Claudius O. *Government in the United States*. Nova York, 1944. p. 19-20.

---

<sup>54</sup> WARREN, Charles. Political practice and the Constitution. *University of Pennsylvania Law review*, Filadélfia, v. 39, n. 8, p. 1003-1004, 1941.