

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa

**NORMAS CONSTITUCIONAIS NÃO ESCRITAS: costumes e
convenções da constituição**

Tese apresentada para fins de **obtenção do título de Doutor** junto ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nível **Doutorado**, na área de concentração **“Direito do Estado”**, sob orientação do Professor Emérito **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, na linha de pesquisa “Estado e Direitos Humanos”.

Faculdade de Direito da USP

São Paulo, 2012

RESUMO

Esta tese pretende analisar as normas constitucionais não escritas decorrentes da prática institucional dos ordenamentos jurídicos dotados de constituições documentalmente codificadas, identificando seu fundamento, categorias e características, a partir de exemplos retirados da experiência constitucional de países como França e Itália e apresentando alguns casos encontrados no constitucionalismo brasileiro.

RÉSUMÉ

Cette thèse prétends analyser les normes constitutionnelles non-écrites découlant de la pratique institutionnelle des ordres juridiques ayant des constitutions codifiées. On y cherche à identifier les fondements, les catégories et les caractéristiques, à partir des exemples de l'expérience constitutionnelle de quelques Etats, tel que la France et l'Italie. On vise aussi à présenter certains cas du constitutionnalisme brésilienne.

ABSTRACT

This thesis intends to analyze the unwritten constitutional norms resulting from the institutional practice in countries with codified constitutions. It will identify the foundation of these norms, their types and characteristics, specially in the constitutional experience of such countries as France and Italy, and also it will present examples in the Brazilian constitutional history.

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno¹ nasce num substrato teórico²⁻³ e ideológico⁴ que o vincula necessariamente à forma escrita: o direito constitucional é o que está nos textos. Esse fenômeno, que igualmente se reconhece no direito privado com as grandes codificações oitocentistas⁵, conformou o pensamento jurídico-constitucional da Europa continental e se projetou diretamente nos países que sofreram sua influência, em especial os Estados americanos nos processos de descolonização do final do século XVIII e do início do século XIX.⁶

¹ Como bem resume Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o constitucionalismo moderno é “o movimento jurídico político, desenvolvido a partir do último quartel do século XVIII, **que reclama não só a adoção em todos os Estados do orbe de Constituições escritas, documentais**, mas que elas tenham como conotação o desiderato de impedir o arbítrio. Ou seja, imponham uma organização limitativa do Poder”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3-4. (Grifos não originais).

² O substrato teórico dos movimentos jurídicos do final do século XVIII e do início do século XIX, notadamente o constitucionalismo e a codificação, é o chamado jusracionalismo iluminista, o qual merece de Norberto Bobbio o seguinte exame, orientado para a experiência civilista: “Este projeto [a codificação] nasce da convicção de que possa existir um *legislador universal* (isto é, um legislador que dite leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um *direito simples e unitário*. A *simplicidade* e a *unidade* do direito é o *Leitmotiv*, a idéia de fundo, que guia os juristas que se batem pela codificação”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*, São Paulo: Ícone, 1995, p. 64-65. Tal reflexão aplica-se igualmente à codificação constitucional, na qual o “legislador universal”, investido do poder constituinte, buscava a simplicidade e a unidade das normas definidoras da organização fundamental do Estado e dos direitos dos cidadãos.

³ Como anota J. J. Gomes Canotilho, “em termos mais filosóficos, dir-se-ia que a ideia de constituição é indissociável da ideia de *subjectividade projectante*, ou, se se preferir, da ideia de *razão iluminante ou/e iluminista*. Subjectividade, racionalidade, cientificidade, eis o *background* filosófico-político da gênese das constituições modernas. Através de um documento escrito concebido como produto da razão que organiza o mundo, iluminando-o e iluminando-se a si mesma, pretendia-se também converter a lei escrita (= lei constitucional) em instrumento jurídico de constituição da sociedade”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª. ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 13.

⁴ Registra Nicola Matteucci que, “do ponto de vista político, o Liberalismo sempre se apresentou como defensor das autonomias e das liberdades da sociedade civil, ou seja, daquelas camadas intermediárias, mediadoras entre as reais exigências da sociedade e as instâncias mais especificamente políticas: sempre colocou a variedade, a diversidade e a pluralidade, do jeito que se encontra na sociedade civil, em contraposição, como valor positivo, ao poder central, que opera de maneira minuciosa, uniforme e sistemática.” MATTEUCCI, Nicola. “Liberalismo”, in Norberto Bobbio; Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. *Dicionário de política*, 5ª. ed., vol. 2, Brasília: UnB, 2000, p. 698.

⁵ O código era entendido como um guia geral de solução de controvérsias, reforçado pelo que se denominava de princípio da autoridade, segundo o qual a lei era fruto da Razão soberana na Nação, expressa pelo legislador que a deduzia e expunha nos textos legais. No código, a vontade racional do legislador era expressa de modo seguro e completo, bastando ao jurista ater-se no ditado pela autoridade soberana. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*, p. 78 e 80.

⁶ GARZON VALDEZ, Ernesto. “La influencia de la Revolución Francesa en la organización política de America Latina”. *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 763-779: “Las ideas de la Revolución Francesa y sus documentos constitucionales, desde las Constituciones democrático-igualitarias de 1791 y 1793, pasando por la de 1795 con sufragio restringido, hasta llegar a las autoritário-conservadoras de Napoleón, influyeron sin duda como modelos de organización política,

Assim, o conceito de constituição que triunfa no Ocidente⁷ e que decorre do art. XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, fica indissociavelmente ligado à consagração de um documento escrito e solene, o qual limita os poderes políticos e consagra direitos.⁸

A esse conjunto de preceitos escritos e condensados num diploma específico, o direito constitucional agrega outro elemento fundamental: a noção de que as constituições são as normas soberanas, as leis supremas do direito estatal, constituindo o parâmetro rígido de exercício do poder, inclusive do poder de produzir novas normas, do poder de legiferação.⁹

A questão da rigidez constitucional, ainda que não seja indispensável ao conceito moderno de constituição,¹⁰ permite o efetivo controle do exercício do poder com base no texto constitucional. Isso porque, se as manifestações de poder que se encontram subordinadas à constituição não podem alterá-la, devem necessariamente a ela se conformar, sob pena de uma sanção, que corresponde à plena nulidade do ato hierarquicamente inferior, na concepção clássica expressa em *Marbury v. Madison*.¹¹

no obstante haber surgido en sociedades muy diferentes a las latinoamericanas y a las hispanolusitanas” (p. 769).

⁷ Não se pode deixar de mencionar, até por precisão, a tradição constitucional inglesa, tão importante para o desenvolvimento dos ideais formadores do direito constitucional moderno, a qual não assimilou o conceito documental de constituição. Tal sistema constitucional, porém, caracteriza hoje verdadeira exceção entre os Estados ocidentais, não podendo ser mencionado para relativizar o triunfo do constitucionalismo moderno, mas sim para afirmá-lo. A experiência constitucional da Inglaterra será adiante retomada, em especial na análise das convenções da constituição.

⁸ “É assim evidente como a constituição formal ou escrita indica em sua origem aquele particular arranjo de poder que as revoluções liberais burguesas introduziram na América do Norte e na Europa ao final do século XVIII até a metade do século XIX: é a constituição anti-feudal e anti-absolutista que garante as liberdades individuais e limita o poder político ao garantir a emancipação e o desenvolvimento da burguesia, consagrada em um documento solene votado por uma assembleia ou outorgado pelo monarca sob a pressão dos fatos revolucionários.” VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale*, 5ª. ed., Padova: CEDAM, 2006, p. 3.

⁹ Novamente Manoel Gonçalves Ferreira Filho sintetiza o conceito moderno de constituição, destacando seus elementos centrais: “No último quartel do século XVIII, é notório haver uma idéia difundida do que seja uma Constituição. Esta se caracterizaria por ser: 1) um corpo sistemático de normas; 2) que forma a cúpula da ordem estabelecida – lei suprema; 3) contido (preferencialmente) num documento escrito e solene, 4) versando sobre a organização política basilar de um Estado; 5) estabelecida pelo povo, por um representantes extraordinários; 6) cuja finalidade é a limitação do Poder em vista da preservação dos direitos fundamentais do Homem”.

¹⁰ Há constituições modernas que não apresentam rigidez, podendo ser alteradas, sem procedimentos especiais, por leis ordinárias. Exemplo disso é o célebre Estatuto Albertino, de 1848, que vigorou como constituição italiana até a vigência do atual texto constitucional, em 1º de janeiro de 1948; ou ainda a Constituição da Nova Zelândia, como informa Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cf. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 28.

¹¹ A decisão redigida por Marshall é clara nesse sentido: “The government of the United States is of the latter description. The powers of the legislature are defined, and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what

Essas premissas fundamentais do pensamento constitucional, brevemente sintetizadas, permitem desde logo identificar uma constatação que está no cerne da discussão a ser desenvolvida no presente trabalho: aparentemente as normas que se apresentam como supremas no Estado moderno, dotadas de hierarquia superior em relação a todas as demais e a todas as expressões de poder, são exclusivamente aquelas inseridas no documento escrito e solene a que se chama de Constituição,¹² o qual serve de parâmetro de regularidade dessas outras normas e expressões de poder.

Essa constatação faz com que se ponha em relevo no direito constitucional um dos temas clássicos da teoria do direito: a relação entre lei, aqui entendida como a expressão normativa escrita, e direito.

Como registra Arthur Kaufmann, “nos tempos anteriores a 1800, a maioria dos juristas e filósofos não considerava as leis e o direito idênticos; a Aristóteles, Cícero, Tomás de Aquino ou Thomas Hobbes, por exemplo, não ocorreria medir ambos pela mesma bitola”¹³⁻¹⁴. Tal equiparação somente se faria possível nas perspectivas

purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction, between a government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act.

Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable.

Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void”. Interessante notar que, apesar da expressa menção que faz Marshall ao fato de se ter uma constituição escrita, documental, há autores americanos modernos que consideram essa forma escrita um aspecto irrelevante do raciocínio desenvolvido em *Marbury v. Madison*, cf. Henry Paul Monaghan. “Stare decisis and constitutional adjudication”. *Columbia Law Review*, n. 88, 1988, p. 723-770.

¹² Ou que estão a este documento formalmente vinculadas, como ocorre, no Brasil, com as normas autônomas de emendas constitucionais e com os tratados aprovados na forma do § 3º do art. 5º da Constituição Federal; até o presente momento somente a Convenção das Nações Unidas para os Direitos das Pessoas com Deficiências. Sobre esse último aspecto, ver: LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. “Os tratados internacionais de direitos humanos após da Emenda Constitucional n. 45/2004: ampliação do bloco de constitucionalidade e suas consequências no ordenamento jurídico”, in MACIEL, Adhemar Ferreira; DOLGA, Lakowski; BERALDO, Leonardo de Faria; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e Costa. *Estudos de direito constitucional em homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 267-276.

¹³ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, tradução de António Ulisses Cortês, Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 2004, p. 203-204.

teórica e ideológica acima destacadas, quais sejam, a do jusracionalismo iluminista e do liberalismo clássico. Ali, a supremacia da lei indicava a derrota das tradições jurídicas do absolutismo e do *Ancien Régime*. O Estado de direito e o princípio da legalidade presumiam a redução do direito à lei e uma verdadeira exclusão das demais fontes do direito.¹⁵

Assim, no binômio fundamental do pensamento jurídico oitocentista, formado pela codificação e pela constituição,¹⁶ a identificação do direito à lei era ampla, o que promoveu um fenômeno de verdadeiro culto aos textos normativos.

No campo da codificação, esse culto aos textos tornou-se um dos principais traços característicos da mais destacada escola jurídica do século XIX na França, a Escola da Exegese. O texto da lei, em especial o do Código Civil de 1804, é o direito que merece consideração e estudo por parte dos juristas, já que “os Códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete, esse não tem por missão fazer o direito: o direito já está feito”,¹⁷ e plasmado no texto. Essa verdade fica sintetizada nas palavras de Demolombe, no prefácio de seu *Cours de Code Napoléon*, citadas por Bonnecase: “minha bandeira, minha profissão de fé é a seguinte: os textos acima de tudo!”.¹⁸ Nessa perspectiva, não há direito civil, portanto, fora do Código Civil.

Fenômeno semelhante de culto ao texto se verifica, ainda que sem uma codificação infraconstitucional, na experiência norte-americana, na qual ocorre, nas palavras de José Levi Mello do Amaral Júnior, uma “codificação sem código”.¹⁹⁻²⁰ Nos

¹⁴ Ainda que a esses autores não ocorreria medir lei e direito “pela mesma bitola”, como menciona Kaufmann, é correto afirmar que tais conceitos estão associados, em especial na consideração de que somente existe verdadeira lei na medida em que o texto reflita o direito. Nesse sentido, ver: J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, p. 817 e ss.; bem como Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 8 e ss.

¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 24.

¹⁶ CLAVERO, Bartolomé. “Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n. 18. Milano: Giuffrè, 1989, p. 79-145.

¹⁷ BONNECASE, Julien. *La escuela de la exegesis em derecho civil*, Mexico: Cajica-Porrúas, 1944, p. 141.

¹⁸ BONNECASE, Julien. *La escuela de la exegesis em derecho civil*, p. 142.

¹⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “Constituição e codificação: primórdios do binômio”, in Judith Martins-Costa (org.). *A reconstrução do Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 63 e ss. O autor, seguindo as lições de Clavero, explica o porquê de o documento constitucional norte-americano, apesar de toda sua autoridade, não ter gerado codificações legais, afirmando que isso decorre da manutenção da tradição jurídica inglesa nos Estados Unidos, que se separaram politicamente, mas não culturalmente, da velha metrópole; e da instituição do júri, que atua como um parlamento *ad hoc* para a solução dos casos e para a conseqüente construção da ordem jurídica.

²⁰ Aqui é interessante traçar um paralelo com a França, onde o culto ao texto foi verificado somente nos diplomas codificados infraconstitucionais, não havendo um culto ao texto constitucional contemporâneo

Estados Unidos, a codificação constitucional tornou-se o objeto do culto²¹ que, na França, rendia-se ao *Code Civil*. É comum entre os constitucionalistas americanos a afirmação do caráter quase sagrado do texto da Constituição de 1787, considerado a pedra de toque não só das instituições políticas e do ordenamento jurídico, mas também da sociedade americana e do seu modo de vida, do *american way of life*.²²

Entretanto, essas duas experiências de culto aos textos, os legais no caso francês e o constitucional no caso americano, e de sua conseqüente identificação com o próprio direito não tardam por sofrer temperamentos e contestações.

Em primeiro lugar, no que toca à França, o dogma da supremacia da lei, consagrado a partir do art. VI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, começou a sofrer os impactos dos questionamentos da ordem liberal e do direito que lhe é próprio, a partir da segunda metade do século XIX e, especialmente, no início do século XX.

Assim, com a quebra do consenso material que informava o Estado Liberal, o dogma da supremacia da lei e a sua caracterização como expressão da vontade geral perderam espaço. Não mais havia uma vontade geral absoluta, racional, a induzir a

àquele caracterizado pela Escola da Exegese. Tal fenômeno pode ter variadas explicações, das quais duas podem ser aqui mencionadas. Inicialmente, causa dessa ausência de culto à Constituição pode ser a instabilidade constitucional que viveu a França nos 150 anos que sucederam à Revolução Francesa. Nesse sentido, ao encerrar um exame da história constitucional da França, de 1791 a 1958, Marcello Caetano faz a seguinte síntese: “como acabamos de ver, a França, em século e meio, experimentou as mais diversas formas de regime e de sistema político. A sua História constitucional, mais do que qualquer outra, corresponde à imagem de um ‘laboratório’ em que se podem estudar as origens, a evolução, o termo e a sucessão dos regimes. Todas as doutrinas e ideologias têm repercutido nas suas tentativas constitucionais e, dir-se-ia que para assinalar bem o perigo e a inconveniência das aventuras ideológicas, a Constituição que mais tempo durou intacta foi a que permitiu mais livre desenvolvimento das instituições, fora de doutrinas preconcebidas e apenas segundo alguns princípios fundamentais firmemente assentes: a de 1875”. CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I, Coimbra: Almedina, 1993, p. 117. Por outro lado, causa dessa ausência de culto ao texto da Constituição pode ser o apego exacerbado à visão de que “a lei é a expressão da vontade geral”. Isso porque, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “essa afirmação solene, que abre o art. 6º da Declaração de 1789, é o feliz resumo da concepção sobre lei, que vinga no século XVIII e inspira o processo legislativo típico dos regimes constitucionais pluralistas”, acarretando uma supremacia do Parlamento e, em conseqüência, de seu produto, a lei. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19.

²¹ Não é por outro motivo que Cass Sunstein inicia seu livro *A Constituição Parcial* afirmando que “os americanos veneram sua constituição.” SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*, tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 1.

²² Sobre o culto ao texto constitucional americano, ver: LEVINSON, Sanford. *Constitutional Faith*, Princeton: Princeton University Press, 2011.

produção normativa, mas sim o jogo político, que é desenvolvido com base em regras preponderantemente formais constantes dos textos constitucionais.²³

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ilustra esse momento evolutivo do fenômeno legislativo: “nesse esquema, a lei é tirada do pedestal, perde a solenidade e o respeito devido ao que é eterno e superior aos caprichos humanos. Deixa de ser fruto da vontade de todos, pois a unanimidade é relegada ao rol das utopias. Reduz-se à expressão da vontade de uma maioria, mutável como cambiantes são as maiorias. Passa a ser menos uma limitação ao poder do que um instrumento desse poder, o instrumento de uma política”.²⁴

Saindo a lei do pedestal, perdendo sua solenidade e deixando, pois, de ser a expressão da vontade geral e o marco de limitação do poder político, outros referenciais se fizeram necessários para ocupar esse vácuo normativo deixado pela dessacralização do fenômeno legislativo, sendo resgatadas as fontes desprezadas pelo liberalismo.

Nessa mesma época, nos demais países da Europa continental, desenvolveu-se uma nova fase do constitucionalismo, a qual reforçará a natureza jurídica das constituições. Trata-se do ciclo do constitucionalismo que Paolo Biscaretti di Ruffia denomina de *constituições democráticas racionalizadas*, as quais “tentaram ‘racionalizar’, em ampla escala, os mecanismos de governo, especialmente de tipo parlamentar, que se delinearão paulatinamente nos Estados da Europa ocidental, com frequência na esfera dos fatos, durante as décadas anteriores. Também apareceram nesses textos as primeiras enumerações extensas dos ‘direitos sociais’ ao lado das então tradicionais dos ‘direitos de liberdade’ e dos ‘direitos políticos’”.²⁵

Não é demais lembrar que, na Europa, a discussão acerca da guarda da constituição aparece como questão premente exatamente no momento em que são

²³ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e tipos de Estado no Ocidente*, Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 100 e ss.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, p. 79.

²⁵ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. De Héctor Fix-Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 513. Segue o autor afirmando que “convém recordar que muitas dessas constituições se apresentaram excessivamente teóricas, ou seja, foram mais fruto de elaborações doutrinárias de gabinetes que o resultado de apreciações concretas realizadas com base nas exigências dos diversos Estados nos quais deveriam ser aplicadas posteriormente. De qualquer modo, como é bem conhecido, falou-se abertamente de ‘Constituições de professores’, porquanto vários ilustres constitucionalistas colaboraram em sua redação, como ocorreu com Preuss na alemã de 1919, Kelsen em relação à austríaca de 1920 e Posada com a espanhola de 1931” (p. 513).

institucionalizadas as primeiras democracias sociais, num processo de que são exemplos a Constituição de Weimar, de 1919, e a Constituição austríaca de 1920.²⁶⁻²⁷

Por outro lado, na experiência dos Estados Unidos, ao culto à Constituição desde cedo foi associada a crença de que seu texto não encerrava, definitivamente, a resposta a todos os problemas político-jurídicos com que se deparava a nação americana.

Escrevendo nos anos 1960, Marcello Caetano destaca essa realidade:

“enganar-se-ia, porém, quem julgasse que a Constituição norte-americana está toda contida no texto de 1787 e nos seus 25 aditamentos. Há muitas normas do governo dos Estados Unidos que foram sendo elaboradas no decurso dos 180 anos de vigência do texto original através da *prática* oficial e extra-oficial, acrescentando novos preceitos aos que se encontram solenemente proclamados pelo processo regular de legislação constitucional”.²⁸

Utilizando uma sistematização de C. Johnson, Marcello Caetano indica quatro vetores de modificação informal da Constituição norte-americana:

“1º certas leis ordinárias que contêm princípios reputados pela consciência popular tão importantes e intangíveis como os da Constituição; 2º a

²⁶ Sobre a lógica que inspira o nascente sistema europeu de controle de constitucionalidade, ver: Hans Kelsen. *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 6-46.

²⁷ Como até o presente momento se está a analisar a questão da relação entre lei e direito nas experiências francesa de culto à lei e norte-americana de culto à Constituição, deve-se registrar que essa afirmação do controle de constitucionalidade que se verifica na Europa com o “constitucionalismo dos professores” não se verificou na França, onde Carré de Malberg considerava que a possibilidade de um tribunal, ainda que politicamente investido, garantir a subordinação e a conformidade das leis à Constituição seria uma verdadeira revolução: “Enquanto o espírito público [francês] continuar dominado pela idéia de que o Parlamento concentra em si legitimamente o poder de expressar a vontade geral e quanto essa idéia se achar implicitamente consagrada, no plano legislativo, por nossa própria Constituição, não vemos, de fato, como um tribunal – ainda que recrutado nos corpos políticos mais conspícuos e fortalecido em seu prestígio pela participação das mais eminentes personalidades do mundo jurídico – poderia na prática discutir, inclusive no caso de recursos que contenham censuras de inconstitucionalidade, e ainda menos contestar deliberações legislativas que, em razão da qualidade representativa das câmaras, são consideradas como a própria manifestação da vontade legislativa em ato do povo francês e têm, no caso, o valor de interpretação da vontade popular tal como se manifestou precedentemente na Constituição” (cf. “A sanção jurisdicional dos princípios constitucionais”, in Hans Kelsen, *Jurisdição Constitucional*, p. 208-209). A “revolução” de que fala Carré de Malberg somente ocorreu com a reforma perpetrada pela Lei Constitucional de 23 de julho de 2008, a qual, sob o pretexto de modernizar as instituições da Vª República, introduziu o controle repressivo de constitucionalidade a cargo do Conselho Constitucional. Efetivamente saudada como uma revolução jurídica, a adoção da questão prejudicial de constitucionalidade é considerada como um dos aspectos mais importantes da revisão constitucional adotada em 23 de julho de 2008, ao ponto de colocar em lugar secundário as outras competências adquiridas pelo Conselho Constitucional: o controle da duração da aplicação dos poderes excepcionais do art. 16, o controle da admissibilidade e da constitucionalidade dos referendos de iniciativa da minoria, e, finalmente, o controle da admissibilidade dos projetos de lei; cf. Marthe Fatin-Rouge Stéfani. “Le Conseil constitutionnel dans la revision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernization des institutions”. *Revue française de Droit constitutionnel*, 78, 2009, 270 e 271.

²⁸ Marcello Caetano. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I, p. 67.

interpretação judicial que tem desenvolvido o sentido dos preceitos constitucionais; 3º a maneira de proceder dos Presidentes, que tem fixado a interpretação da Constituição em vários pontos; 4º os usos e costumes que foram acrescentando instituições e definindo processos de agir imprevistos na Constituição”.29-30

A Constituição americana transformou-se de um texto numa multiplicidade de textos, e a origem do direito constitucional dos Estados Unidos deixou de ser unificada no documento para se apresentar como uma pluralidade de origens. À norma constitucional escrita somam-se outras não escritas, cuja identificação se dá por meio da interpretação constitucional dos órgãos de poder e também pelas práticas desses mesmos órgãos no exercício cotidiano de suas competências.³¹

Essa realidade perceptível na experiência norte-americana torna-se igualmente presente na vida constitucional da Europa continental com a afirmação da centralidade e da supremacia dos textos constitucionais, fenômeno que se inicia com as

²⁹ Marcello Caetano. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, cit., p. 67-68. O autor, porém, registra que essas alterações informais da Constituição norte-americana não diminuiram o culto a seu texto: “Por isso, a Constituição americana é objecto de verdadeiro culto popular como símbolo do espírito de independência e de liberdade nacional, mais do que como diploma jurídico” (p. 68).

³⁰ Esses aspectos de modificação informal da Constituição, expostos por Caetano em relação à experiência norte-americana, são examinados com maior vagar e profundidade por Anna Candida da Cunha Ferraz, que os identifica, respectivamente, como interpretação constitucional legislativa, interpretação constitucional judicial, interpretação constitucional administrativa e costume constitucional (cf. *Processos informais de mudança da Constituição*, São Paulo: Max Limonad, 1986).

³¹ Interessante notar que a existência de normas não escritas no direito constitucional norte-americano não é reconhecida por muitos juristas, que preferem reconduzir todas as novas disposições decorrentes da prática e da interpretação ao próprio texto constitucional, como se vê, por exemplo, no seguinte trecho de Bartolomé Clavero: “Texto tenemos y en su forma existe la Constitución misma. No hay otra. Si no es así de todo escrita, si no puede identificársele completamente con la escritura, se le tiene documentada y tal es su existencia. La realidad de la Constitución es el texto, un texto hecho de textos, aunque unos orígenes sean orales. Inyectados ahora, parece que irreversiblemente, derechos nuevos em documentos viejos por jurisprudencia de la Corte Suprema, la federal estadounidense, ya nos es tiempo de unos intentos por contraponer y superponer como Constitución no escrita especie alguna de derecho natural de libertades, sino que lo resulta de afrontar la complejidad misma de un texto como el constitucional viejo y nuevo, muerto y vivo, todo en una pieza, o poco menos, mejor o peor articulada.

¿Qué significa entonces el texto vetusto y complejo así actualizado y viviente? ¿Cómo se le entiende hoy? ¿La Constitución disse lo que dijo en su momento, incluso en su gestación oral de foros varios, o lo que manifiestan sus palabras hoy para el lector común o para el experto, para la ciudadanía o para la jurisprudencia, pues tampoco sería lo mismo? ¿Procede el originalismo o el actualismo? Podemos venir viendo que ninguno. Lo primero resulta imposible, además de conductor a evidencias demasiado vergonzosas para ser constitucionales, mientras que lo segundo es ficción y manipulación. ¿Qué cabe entonces? ¿Cómo nos manejamos con textos plurales que forman un texto singular, el constitucional, y que tienen por tanto que significar, para poder regir social y jurisprudencialmente, algo presentable y no contradictorio?” (cf. “Constituyencia de derechos entre América y Europa: Bill of Rights, We the People, Freedom’s Law, American Constitution, Constitution of Europe”. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, n. 29, 2000, p. 133-135). Mesmo assim, mesmo rechaçando “as tentativas de contrapor e sobrepor como Constituição não escrita espécie alguma de direito natural de liberdades”, o autor indica, por meio das perguntas acima transcritas, a complexidade dos diferentes aspectos jurídicos que decorrem desse movimento de alteração informal da Constituição norte-americana, o qual poderá, ou não, ocorrer por meio do reconhecimento de normas constitucionais não escritas.

já mencionadas *constituições democráticas racionalizadas*, para lançar mão da expressão de Biscaretti di Ruffia, e que se concretiza com as constituições elaboradas no período posterior à Segunda Grande Guerra,³² as quais amplamente consagram o modelo de justiça constitucional preconizado por Kelsen e abrem espaço para a sedimentação da “força normativa da Constituição”.³³⁻³⁴

Assim, é possível afirmar que modernamente a ciência jurídica afastou-se da identificação entre lei e direito, se é que, de fato, em algum momento essa identificação plena tenha sido real. Passada a onda que varreu grande parte do século XIX, para se utilizar o mencionado referencial temporal de Kaufmann, o pensamento jurídico se reinsere na tradição secular que reconhece o direito para além dos documentos escritos, sejam legais ou constitucionais.

Partindo da concepção de constituição como sendo o conjunto de princípios que se situam no vértice de qualquer sistema normativo, Giuseppe de Vergottini, por exemplo, afirma que:

³² São as constituições que Biscaretti di Ruffia enquadra no ciclo das *constituições de tipo democrático-social*, do qual são exemplos a Constituição islandesa de 1944, a italiana de 1947, a alemã ocidental de 1949 e, mais recentemente, a espanhola de 1978 (cf. *Introducción al derecho constitucional comparado*, p. 514).

³³ Conforme o texto, de 1959, de Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição*, trad. De Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. É importante registrar, porém, que o autor, ao analisar a força normativa da Constituição, não despreza o importante aspecto da práxis constitucional: “um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não somente de seu conteúdo, mas também da sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente” (p. 21).

³⁴ Não se está aqui a indicar a “força normativa da Constituição” como uma novidade, algo que desponta no mundo jurídico europeu com a aula inaugural de Hesse em Freiburg, como se pode verificar pela simples menção anterior a Kelsen e a Carré de Malberg. Nesse sentido, igualmente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Outra ‘descoberta’ do pós-positivismo é a força normativa da Constituição – veja-se que isto aparece como ‘marco teórico’ do neoconstitucionalismo – com a obrigatória referência a Konrad Hesse. Ou seja, a obrigatoriedade das normas constitucionais nasceria na Europa apenas na segunda metade do século passado; antes essas normas eram vistas como meramente políticas, sem força cogente. Isso não espelha a realidade. São incontáveis os europeus que, antes da Segunda Guerra, sustentaram a força normativa da Constituição, além disso a sua supremacia. O que faltava eram os meios de efetivação de sua cogência. Cabem, ademais, alguns reparos. A Europa, ou mais restritamente a Alemanha, não é o mundo. Quem estudou em Yale, ou no Brasil, sabe muito bem que essa força normativa estava reconhecida desde as primeiras Constituições. Faltava, na maior parte da Europa, não nos Estados Unidos, nem no Brasil, o meio jurídico de efetivação dessa força normativa – o controle de constitucionalidade. Aliás, antes da Segunda Guerra, Constituições europeias previam esse controle: ou Áustria e Portugal não ficam na Europa? É certo que é um desenvolvimento importante para a efetividade das Constituições o desenvolvimento da justiça constitucional, a partir da Constituição italiana de 1947, antes, portanto, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949). O modelo foi consagrado na Itália, depois imitado e desdobrado” (cf. “Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira”. *Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, v. 2, n. 1, 2010, p. 112-113).

em geral, existe uma certa concordância sobre a insuficiência do recurso ao critério formal para identificação dos princípios essenciais. De fato, sendo normal a tendência a adotar a forma escrita como expressão da Constituição, procurou-se definir como constitucionais as disposições que vieram à luz seguindo procedimentos reforçados, isto é, diversos dos seguidos pela legislação normal, e são da incumbência de órgãos dotados de poder constituinte. Mas a tendência a uma particular formalização dos preceitos constitucionais não significa que estes se limitem necessariamente aos que se acham inseridos num texto *ad hoc*, nem que os formalmente enunciados mantenham sempre sua importância original. É indubitável que o recurso a formas mais solenes pode fazer supor que elas encerram conteúdo de princípios realmente essenciais em um determinado ordenamento. A forma escrita – que é a que se impôs claramente, não obstante a permanência de Constituições predominantemente não escritas, como a inglesa, e a presença de costumes constitucionais em todo o tipo de ordenamento – responde a evidentes razões de técnica organizativa dos ordenamentos políticos, na medida em que tende a assegurar a *estabilização das estruturas*, embora ainda hoje sofra os efeitos do aspecto de fiança que lhe imprimiram as teorias do constitucionalismo, no que respeita à estabilidade e conservação dos valores ideológicos e políticos e dos interesses individuais e coletivos.³⁵

Vergottini expressa, pois, a concepção cristalizada de que, por mais que os documentos escritos sejam importantes para a estabilidade institucional e para a afirmação ideológica e filosófica dos regimes, não têm as constituições escritas o condão de compreender todos os aspectos essenciais da vida estatal nem o poder de estatuir normas infensas à força transformadora do tempo.

Nessa perspectiva, como é próprio da tradição jurídica ocidental,³⁶ a lei não encerra nem esgota o direito, que se estende para além da lei; assim como se pode dizer, mais especificamente, que a Constituição documental não encerra nem esgota o direito constitucional, que vai além do texto.³⁷

A doutrina clássica do direito constitucional, porém, nunca desconheceu essa questão, sendo já célebre a distinção entre constituição formal e constituição

³⁵ Giuseppe de Vergottini “Constituição”, in Norberto Bobbio; Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. *Dicionário de política*, vol. 1, p. 259.

³⁶ Até mesmo os autores do positivismo contemporâneo reconhecem a juridicidade de fontes extralegais, desde que assumidas como válidas pelo ordenamento. Nesse sentido, por exemplo, Kelsen, para quem o conceito de direito tem como referencial central a noção de norma, afirma a possibilidade de um ordenamento baseado em normas costumeiras: “As normas jurídicas são normas produzidas pelo costume se a Constituição da comunidade assume o costume – um costume qualificado – como fato criador de direito”, cf. *Teoria pura do direito*, tradução de João Baptista Machado, 6ª. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 10. Para uma análise sintética do pensamento dos três principais referenciais do positivismo contemporâneo, ver: Luís Fernando Barzotto. *O positivismo jurídico contemporâneo – Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*, São Leopoldo: Unisinos, 1999.

³⁷ Nas palavras de Jorge Miranda: “Não há, nunca terá havido, nem, porventura, poderá vir a haver uma completa codificação das normas constitucionais, que seria o equivalente à coincidência da Constituição material, da Constituição formal e da Constituição instrumental” (cf. *Manual de direito constitucional*, tomo II, 3ª. ed., Coimbra: Coimbra editora, 1996, p. 50).

material, entre normas, material e formalmente, constitucionais. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, após ensinar que constituição em sentido jurídico é “o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua atuação”, afirma: “todas as regras, cuja matéria estiver nesse rol, são constitucionais. Essas regras formam, como se diz usualmente, a Constituição *material* do Estado, sejam elas escritas ou não, sejam de elaboração solene ou não (Constituição em sentido lato)”.³⁸

Por outro lado, continua o autor, “fora da constituição escrita, encontram-se leis ordinárias de matéria constitucional (como entre nós a lei eleitoral). Tais leis são ditas, em vista disso, *materialmente constitucionais*”. Registra ainda que, “se há regras que, por sua matéria, são constitucionais ainda que não estejam contidas numa Constituição escrita, nestas costumam existir normas que, rigorosamente falando, não têm conteúdo constitucional. Ou seja, regras que não dizem respeito à matéria constitucional (...) Tais regras têm apenas a forma de constitucionais. São, portanto, normas (apenas) formalmente constitucionais”.³⁹

Há, desse modo, normas formal e materialmente constitucionais, normas apenas formalmente constitucionais (inseridas no texto, mas sem conteúdo constitucional) e normas apenas materialmente constitucionais (com conteúdo constitucional, mas não inseridas no texto). Esse quadro comprova o que antes se afirmou: o fato de que a Constituição escrita não contém todas as normas constitucionais não é novidade para os constitucionalistas.

Entretanto, a doutrina do direito constitucional, apesar de reconhecer a existência de normas constitucionais fora do texto constitucional, sempre as despiu da característica de supremacia no ordenamento, fundamental para que as normas formalmente constitucionais orientem o funcionamento do poder.⁴⁰

³⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*, 36ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37 – grifos no original.

³⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*, p. 38.

⁴⁰ Há autores, é verdade, que mitigam a importância da forma escrita das constituições. Georges Burdeau afirma, por exemplo, que a supremacia formal da Constituição deve ser relativizada, questionando o verdadeiro valor dessa mesma supremacia. Inicialmente, assevera que o fato de os constituintes de 1789-1791 terem adotado na França uma forma escrita para sua constituição não caracteriza um precedente necessariamente exportável, não seria a forma escrita um valor universal e que dominaria a noção racional de constituição. Ademais, “quanto a dizer que a noção de constituição não tem razão de ser quando sua supremacia formal não é assegurada pela necessidade de um procedimento especial de revisão, é dar aos procedimentos um valor exagerado. Não são as dificuldades maiores ou menores de revisão que dão às leis fundamentais sua relativa imutabilidade, mas sim o que elas representam aos olhos

Jorge Miranda, por exemplo, associa a noção de Constituição em sentido formal a três aspectos, a saber: a intencionalidade na formação, a consideração sistemática *a se* e uma força jurídica própria. Esta última característica é que lhe confere a supremacia, exibindo-se na sua aplicação e na sua garantia.⁴¹

Às normas apenas materialmente constitucionais, porém, falece essa força jurídica própria:

rasgados, assim, os horizontes das normas materialmente constitucionais, não pode, contudo, deixar de se distinguir entre as que se encerram na Constituição final e aquelas outras que relevam do direito ordinário, produto de leis e outras fontes infraconstitucionais. Só as primeiras correspondem a poder constituinte, a uma opção ou valoração fundamental; as segundas definem-se por referência a elas e modeladas por elas (apesar da latitude da discricionariedade legislativa), sem as poderem contradizer.⁴²

A questão muda de perspectiva, porém, quando o observador atento percebe a existência de normas não contidas na Constituição formal nem inseridas em diplomas escritos infraconstitucionais que receberiam a qualificação de normas apenas materialmente constitucionais, mas que são observadas pela comunidade política com caráter de obrigatoriedade, conformando efetivamente as relações de poder e servindo de parâmetro para seu exercício.

Tais normas não escritas surgem da prática dos poderes do Estado, no exercício das diferentes funções estatais. São costumes constitucionais, usos parlamentares, convenções constitucionais, regras e princípios implícitos, entre outros, que acabam por modelar concretamente as relações de poder, alçando-se à estatura das normas constitucionais consagradas no documento solene e escrito da Constituição e que, não raro, as contradizem, indicando condutas impensáveis sob a égide da literalidade do texto.

A ocorrência dessas normas não escritas, bem como a força normativa que adquirem, variam de ordenamento para ordenamento, sendo resultado das relações de forças sociais e políticas historicamente consideradas. Desse modo, por exemplo, é com

dos homens que serão tentados a modificá-las. Os mecanismos complicados imaginados pelos constituintes de 1791 e de 1793 impediram que as constituições que eles estavam destinados a proteger de passar como tristezas infantis? E, inversamente, nunca se viu leis constitucionais mais estáveis que aquelas de 1875, cuja revisão foi, entretanto, das mais fáceis?”. Por fim, Burdeau afirma que o desenvolvimento da prática das constituições escritas rígidas tem mais significado político do que jurídico (cf. *Traité de Science Politique*, tome III, Paris: LGDJ, 1950, p. 201-202).

⁴¹ Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*, tomo II, p. 30-31.

⁴² Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*, tomo II, p. 51.

muito cuidado que se deve examinar a transposição do fenômeno das convenções da Constituição inglesa para sistemas constitucionais outros, uma vez que a experiência histórica, social e política do constitucionalismo inglês é única.⁴³

Mesmo assim, são comuns os estudos acerca da possibilidade de utilização da categoria das convenções da Constituição em ordenamentos com características radicalmente diversas daquelas que se verificam na Inglaterra, numa tendência de se verificar, nos mais variados ordenamentos, a construção prática de soluções institucionais para além dos textos escritos.

Exemplo dessas tentativas se tem na clássica obra de Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, na qual algumas práticas do direito constitucional norte-americano, apesar da natureza escrita e rígida de sua Constituição, são classificadas como convenções: a limitação a dois mandatos para os Presidentes, a qual posteriormente viria a ser consagrada na XXII Emenda, de 1951; ou a dinâmica do colégio eleitoral, no qual os eleitores não mais teriam autonomia de votação, como imaginado pelos constituintes.⁴⁴

Exames semelhantes, partindo das convenções da constituição inglesas, fazem diversos autores em relação a ordenamentos específicos, como Giuseppe Ugo

⁴³ Nessa linha de raciocínio, Burdeau assinala que o jurista continental necessita se afastar de alguns referenciais que são próprios de sua experiência. A compreensão das convenções constitucionais inglesas e das alterações por elas perpetradas na Constituição da Inglaterra passa, necessariamente, pela identificação de duas formas de pensar radicalmente distintas daquelas que se verificam no continente. Em primeiro lugar, os ingleses não concebem a existência de um poder constituinte, oficialmente qualificado e eventualmente capaz de produzir alterações na Constituição. Essas mudanças são feitas e, quando são feitas, são percebidas. Entretanto, numa segunda constatação, ainda que em verdadeiro contrassenso, esse poder constituinte existe, “mas desaparece diante daqueles que tentam localizá-lo ou simplesmente nomeá-lo. Ele ignora a si mesmo, está em todos os lugares e em parte alguma, sempre ativo e nunca consciente de seu ser (...) mas nós, observadores desinteressados, nós sabemos que ele tem um nome: a opinião pública”. O poder constituinte na Inglaterra atua permanentemente, “seu exercício não é um ‘evento’, ele passa despercebido, mas seus efeitos são perfeitamente sensíveis: a notável flexibilidade das instituições inglesas, que parecem nunca serem modificadas precisamente porque o são sem cessar.” (cf. *Traité de Science Politique*, tome III, p. 35-37).

⁴⁴ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Evergreen Review, 2007 (Kindle edition), location 2432 e ss. No sentido oposto, sustentando a inexistência de convenções constitucionais nos Estados Unidos, ver: Elisabeth Zoller. “La question des règles non écrites aux États-Unis”, in Pierre Avril e Michel Verpeaux (dir.). *Le règles et principes non écrits en droit public*, Paris: LGDJ, 2000, p. 143-151. Afirma a autora, em suas conclusões que “l’étude de la question des règles constitutionnelles non écrites aux États-Unis confirme les analyses de Pierre Avril et l’impossibilité de conventions de la constitution dans le cadre d’une constitution normative. Les conventions de la constitution ne peuvent exister que là où il n’y a pas de séparation entre pouvoir constituant e pouvoirs constitués” (p. 151).

Rescigno⁴⁵ em relação ao direito constitucional italiano; Julius Hatschek, em relação ao ordenamento constitucional alemão,⁴⁶ Pierre Avril no que toca à França,⁴⁷ entre outros.

Tais análises tornam-se ainda mais amplas quando se projetam sobre outras tipologias de normas constitucionais não escritas, como os já mencionados costumes constitucionais, as praxes políticas ou os precedentes constitucionais, os quais, de uma forma ou de outra, acabam por ser passíveis de verificação em qualquer ordenamento moderno.

Essa realidade talvez decorra de duas razões que se podem depreender da obra de Georges Burdeau. A primeira diz com a origem própria das constituições, as quais são inicialmente costumeiras para depois assumirem uma dimensão formal, escrita:

Em cada país a ideia de Estado se formou lentamente a partir de fatores morais e históricos, chegando a um momento em que as instituições aparecem como autônomas, ou seja, destacadas de um regime individualizado de poder; seu estatuto estava já fixado por um conjunto complexo de tradições, de usos, de precedentes, de princípios cuja reunião forma um direito constitucional costumeiro. Levando em consideração a maneira como é formado esse costume, há a tendência de se considerar que sua autoridade é absolutamente independente da vontade dos homens e que ele provém unicamente da antiguidade da regra, que atesta, por isso mesmo, sua perfeita adaptação às condições políticas e sociais do meio que rege. Assim fundada sobre os dados constantes da constituição social, a constituição política costumeira apresentará características idênticas: ela será espontânea, natural, e seu valor, como o das leis físicas, dependerá, para sua própria existência, muito menos da opinião dos homens a seu redor.⁴⁸

Assim, quando da formalização codificada dessas constituições, é comum que nem todas as práticas sejam incorporadas aos textos, mantendo-se um conjunto de normas não escritas que igualmente têm o condão de orientar o funcionamento das instituições, o exercício do poder.

Ademais, a realidade é que o poder constituinte formal não tem condições de vislumbrar o futuro de modo a prever todas as possibilidades de regulamentação, já que são as circunstâncias historicamente identificadas que influenciam a elaboração dos textos constitucionais, ensejando a existência de uma distância entre o esquema constitucional e a realidade política verdadeiramente em vigor.

⁴⁵ RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Le convenzioni costituzionali*. Padova: CEDAM, 1972.

⁴⁶ VERDU, Pablo Lucas. "Estudio preliminar". In JELLINEK, G. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. LXXI.

⁴⁷ Pierre Avril. *Les conventions de la Constitution*, Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

⁴⁸ Georges Burdeau. *Traité de Science Politique*, tome III, p. 15.

Portanto, o surgimento de normas não escritas a regular o funcionamento das instituições reflete um movimento que é próprio da dinâmica das relações políticas, sociais e econômicas, também nos países dotados de constituições escritas.

Diante dessa realidade que se impõe ao teórico do direito constitucional, necessário se torna delinear as características essenciais dessas normas não escritas que compõem os diferentes ordenamentos constitucionais, buscando-se, na medida do possível, desenvolver um verdadeiro estatuto jurídico das normas constitucionais não escritas.

Em verdade, esse estatuto não poderá corresponder a um conjunto de orientações genéricas, capazes de responder aos problemas das diferentes experiências constitucionais, até mesmo porque o desenvolvimento dessas normas constitucionais não escritas, como já ressaltado, depende das variáveis históricas, políticas e jurídicas de cada país, de cada Estado.

Entretanto, é possível indicar ao menos uma tipologia dessas normas não escritas, trazendo à colação exemplos retirados da prática constitucional de ordenamentos distintos, criando-se, com isso, o conjunto de premissas a partir das quais as experiências singulares poderão ser analisadas.

Essa tarefa projeta-se, assim, em diferentes perspectivas. Inicialmente, necessário se faz definir quais são os elementos indispensáveis para a caracterização de normas constitucionais, a partir dos quais se poderá confrontar as diversas realidades, a fim de determinar se se está diante de verdadeira norma ou não. Em outras palavras, impõe-se assentar quais são os requisitos mínimos de uma norma jurídica e, mais especificamente, de uma norma constitucional, para com eles confrontar os fatos que aspiram *status* normativo num determinado ordenamento constitucional e assim fixar se correspondem, deveras, ao que Vergottini denomina de “fontes-fato” do direito constitucional.⁴⁹

Uma segunda aproximação tem dimensão histórica, já que os fatos que adquirem natureza normativa nos ordenamentos constitucionais são resultado de um dado que se insere na história institucional de cada Estado. Para usar exemplo antes mencionado, retirado da obra de Dicey, saber o porquê de os membros do colégio eleitoral presidencial norte-americano não mais exercerem livremente seu mister, sem

⁴⁹ Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale*, p. 243 e ss.

vinculações partidárias, somente é possível mediante um exame da lenta e gradual evolução da vivência constitucional no tempo, num tempo histórico.⁵⁰

Por fim, esse estudo das normas constitucionais não escritas não pode prescindir da principal dimensão do direito constitucional, qual seja, a dimensão política.⁵¹ É nos contatos políticos, verificados em especial nas relações entre Executivo e Legislativo e entre as diferenças forças do Legislativo, que preponderantemente surgem as normas não escritas.⁵² Isso não quer dizer, porém, que o Poder Judiciário esteja afastado desse processo, ainda mais no quadro acentuado de judicialização da política e de politização da justiça que se constata presentemente.⁵³

A conclusão de que as normas constitucionais não escritas derivam da própria vida política das instituições no desenvolvimento concreto das funções do Estado permite dividir tais normas, como faz Louis Favoreu, em dois grandes grupos: o das normas constitucionais não escritas emanadas da prática, entre as quais se pode incluir os costumes, as convenções, as normas de correção, os precedentes e as práticas constitucionais, e o das normas constitucionais não escritas emanadas dos juízes.⁵⁴

Essas últimas têm sido objeto de crescente debate no direito brasileiro, em especial com atenção às funções criadoras da interpretação constitucional⁵⁵, nas suas

⁵⁰ Essa aproximação histórica diz, obviamente, com as realidades nacionais, nas quais se desenvolvem as normas constitucionais não escritas. Entretanto, não pode deixar de considerar que essas histórias constitucionais individualizadas contribuem para a construção de uma História do constitucionalismo como um todo, gerando reflexos em diferentes ordenamentos. Sobre esse movimento de alimentação recíproca entre as experiências históricas locais e a história do constitucionalismo, ver: Horst Dippel. *História do constitucionalismo moderno – Novas perspectivas*, tradução de António Manuel de Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, em especial o capítulo 1, “O constitucionalismo moderno. Introdução a uma história que está por escrever”.

⁵¹ Inclusive em sua perspectiva ideológica, como se pode depreender da obra de Sérgio Resende de Barros. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*, Campinas: Millennium, 2008.

⁵² Nesse sentido, Pierre Avril. *Les conventions de la Constitution*, p. 95.

⁵³ Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. “Poder Judiciário na Constituição de 1988 – Judicialização da política e politização da Justiça”. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189-216.

⁵⁴ Louis Favoreu. “Rapport Introductif”, in Pierre Avril e Michel Verpeaux (dir.). *Le règles et principes non écrits en droit public*, p. 13-17: “Il y a une série de thèmes que se rattachent à la question des normes non écrites dégagées par la pratique: pratique constitutionnelle ou administrative ou parlementaire. Et puis il y a les normes non écrites dégagée par le juge” (p. 14).

⁵⁵ Para um breve, porém completo, exame das diferentes concepções de interpretação constitucional, ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 405 e seguintes. Além disso, é bastante ampla a bibliografia brasileira (ver, entre outros: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro.” *Revista Jurídica*, n. 82, dez./jan., 2007, p. 01-08.) e estrangeira sobre o tema da interpretação constitucional e, dentro dela, sobre os direitos fundamentais não enumerados expressamente no texto constitucional. É nesse âmbito que há um largo debate por exemplo nos Estados Unidos, onde um grande número de autores defendem a possibilidade de que decisões judiciais como a que foi proferida no caso *Roe v. Wade* podem explicitar

mais diversas vertentes, bem como no que toca ao chamado ativismo judicial⁵⁶, cujos reflexos se fazem sentir de modo marcante nos tribunais pátrios.

O mesmo não ocorre, porém, com as normas não escritas derivadas da prática institucional, que têm sido relegadas, no direito constitucional brasileiro, a menções limitadas ou a simples notas de rodapé dos tratados e manuais. Por outro lado, comum é a referência aos costumes, por exemplo, como meras fontes indiretas do direito constitucional, o que subtrai dessa referência normativa muito de sua importância.

Desse modo, o enfoque a ser desenvolvido dirá respeito a esse campo ainda pouco explorado, ou mesmo inexplorado, do direito constitucional no Brasil. O estudo a ser efetuado no segundo capítulo, diz, portanto, exclusivamente com os costumes e as convenções constitucionais, além das normas de correção, das práticas e dos precedentes, considerados, desde logo, como figuras afins das convenções. Não serão analisados, enfatize-se, os casos em que as normas não escritas decorrem de decisões judiciais, por ter a jurisdição constitucional organização e dinâmica próprias, que não se confundem com as características das relações políticas entre os poderes na construção das normas decorrentes das práticas institucionais.

Assim, vistos os aspectos decorrentes da prática institucional, na perspectiva acima fixada, os quais permitirão a delimitação da já mencionada tipologia das normas constitucionais não escritas, será viável projetar essa sistematização sobre a realidade constitucional brasileira, identificando-se as possibilidades de reconhecimento de normas constitucionais não escritas decorrentes das práticas institucionais dos poderes no direito constitucional do Brasil.

normas constitucionais não escritas. Sobre esses temas, entre outros, ver: DWORKIN, Ronald. "The concept of unenumerated rights." *The University of Chicago Law Review*, 59, 1992, p. 381-432; CASTRO, William R. "Our Unwritten Constitution and Proposals for a Same-Sex Marriage Amendment", *Creighton Law Review*, 38, 2005, p. 271-288; ADLER, Matthew D. e DORF, Michael C. "Constitutional Existence Conditions and Judicial Review". *Virginia Law Review*, 89, 2003, p. 1105-1202; GREY, Thomas C. "Do We Have an Unwritten Constitution?". *Stanford Law Review*, 27, 1975, p. 703-718; MCAFFEE, Thomas B. "Prolegomena to a meaningful debate of the 'unwritten constitution' thesis." *University of Cincinnati Law Review*, 61, 1992, p. 107-169; MOORE, Michael S. "Do We Have an Unwritten Constitution?" *Southern California Law Review*, 63, p. 107-139; SHERRY, Suzanna. "The Founder's Unwritten Constitution." *The University of Chicago Law Review*, 54, 1987, p. 1127-1177.

⁵⁶ Sobre o ativismo judicial, ver a obra de referência de Elival da Silva Ramos. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONCLUSÕES

1. Tanto a título de premissa do trabalho, como conclusão, pode-se dizer que, efetivamente, na experiência constitucional dos países em geral, a primazia do texto escrito não raro é infirmada diante dos fatos. A vida política se distancia e afeta o conteúdo das constituições, de modo a se poder identificar a existência de normas que não constam dos documentos constitucionais, mas que conformam as relações de poder.

2. A definição de norma jurídica, necessário ponto de partida do trabalho, baseia-se na conclusão de Norberto Bobbio sobre a pertinência ao ordenamento jurídico. Assim, a norma jurídica é aquela pertencente a um ordenamento jurídico. E, esta pertinência é constatada pelo fato de haver sido produzida em conformidade com os procedimentos estabelecidos por outras normas, superiores, do mesmo ordenamento, e assim sucessivamente, até a norma fundamental. É, portanto, esta última que confere validade ao próprio ordenamento, que, a seu turno, é um conjunto complexo de normas.

3. A complexidade dos ordenamentos jurídicos decorre da existência de várias fontes a produzir as normas que os compõem. A partir da compreensão dessas fontes, enquanto fatos ou atos produtores de direito, que se identificam as possíveis formas de expressão das normas jurídicas no mundo do direito, entre elas as normas não escritas.

4. A noção mais abrangente possível de fonte de direito é aquela que assim considera todo ato ou fato a que um ordenamento jurídico atribui idoneidade ou capacidade de produzir normas jurídicas. Desse modo, percebe-se que há uma definição prévia, institucionalizada, daquilo que se considera fonte de direito em certo ordenamento, o que permite concluir que os processos de produção de normas jurídicas pressupõem sempre uma estrutura de poder que os defina como tal e que garanta sua eficácia.

5. O fato de que o ordenamento define previamente as fontes consideradas idôneas para a produção normativa não permite a conclusão da estatalidade exclusiva do direito, pois o reconhecimento de fontes como o costume, por exemplo, denota a origem diversa de normas aceitas como jurídicas.

6. Para que outras fontes, além do poder legislativo, produzam normas consideradas jurídicas, é necessária, em princípio, a sua institucionalização como tal por

uma norma superior. Contudo, invariavelmente existem, nos ordenamentos jurídicos em geral, normas efetivamente aplicadas que, porém, não são elaboradas pelas fontes institucionalizadas. Em especial, os fatos produtores de normas como costume, frequentemente não são previstos como fontes nas constituições e, efetivamente, produzem direito não escrito no âmbito dos respectivos ordenamentos. Nesse caso, a norma produzida pela fonte não prevista no ordenamento jurídico é válida se for possível reinseri-la, não importa se por meio de um ou de mais graus, na norma fundamental.

7. O outro critério para o reconhecimento da validade de normas não escritas originárias de fontes não expressamente institucionalizadas é a adoção da doutrina italiana das fontes *extra ordinem*. Tais fontes materiais caracterizam-se por serem reconduzíveis diretamente ao princípio da efetividade, que, para elas funciona como uma verdadeira norma sobre produção jurídica.

8. Admitida a operatividade das fontes *extra ordinem* como aplicação direta do princípio da efetividade, conferindo validade às normas decorrentes dessa categoria, é possível identificar, a partir daí, uma pluralidade de manifestações normativas que não se reduzem apenas aos costumes, mas abrangem a instauração de um novo ordenamento jurídico estatal, o direito costumeiro e o convencional. Nesse sentido, restou caracterizada a norma jurídica, inclusive a possibilidade de sua manifestação não escrita e o respectivo fundamento de validade.

9. A mesma discussão que se põe no âmbito da teoria geral do direito em relação às normas não escritas projeta-se no plano do direito constitucional, o qual apresenta, no caso de constituições escritas e rígidas, normas dotadas de características tais que dificultam o surgimento natural de preceitos não escritos com elas comparáveis. Ao mesmo tempo, porém, é da própria vida das instituições o desenvolvimento de práticas que, reiteradas, acabam por assumir carga de obrigatoriedade a permitir sua equiparação com preceitos solene e formalmente inscritos nos textos constitucionais.

10. Admitidas como fontes do direito constitucional também aquelas formais e não formais, foram analisados os processos de elaboração e alteração das constituições. Entre as alterações formais, identificou-se a reforma constitucional e seus limites expressos e implícitos e concluiu-se que tais limites só têm real importância quando existir um controle eficiente de constitucionalidade das leis, de maneira que se

possa declarar a inconstitucionalidade de eventuais emendas que ultrapassem essas restrições. Nesse sentido, esse tipo de norma (limites implícitos especificamente), apesar de não escrita, não foi objeto da investigação proposta no trabalho, já que é, ao fim e ao cabo, definida por meio da interpretação judicial.

11. Partindo para a análise das normas não escritas decorrentes da prática institucional, inicialmente há que se admitir que é da dinâmica inerente à vida constitucional, também dos países dotados de constituições documentais, o surgimento de normas constitucionais não expressas, a refletir o movimento natural das relações políticas, sociais e econômicas. Tal fenômeno é mais comum quanto mais abertas são as tessituras normativas decorrentes dos textos constitucionais e quanto mais antigos são esses textos, demandando, assim, maior número de colmatações e adaptações.

12. A primeira categoria de normas não escritas decorrentes da prática institucional é o direito supraconstitucional. Trata-se do conjunto de ideias e de doutrinas em nome das quais se fez o movimento revolucionário e que vigoram como vetores para a elaboração da nova constituição. O fundamento de validade dessas normas constitucionais não escritas vigentes na transição constitucional está na mudança da ideia de direito dominante sobre o grupo. Assim, na atitude da nação em relação a essa nova ordem de ideias, na sua submissão ou resistência a ela, é que se encontrará a positividade do direito.

13. Outro aspecto da manifestação do direito supraconstitucional não escrito é o seu reconhecimento como direito suprapositivo, ao qual as normas constitucionais escritas, ainda que elaboradas pelo constituinte originário, devem se submeter. Nesse sentido, o legislador constitucional originário só poderá atuar, consentindo exceções ao direito que estabelece, dentro dos limites fixados pelo direito suprapositivo, cujo conteúdo são os postulados fundamentais da justiça e a lei moral reconhecida pela comunidade jurídica respectiva. Reconhece-se, portanto, que o poder constituinte, seja sua manifestação decorrente de uma revolução, seja de uma transição constitucional ou mesmo instauração *ex novo* de um Estado, nunca surge num vácuo histórico-cultural. Pelo que a teoria clássica, segundo a qual o poder constituinte era onipotente, juridicamente desvinculado, se é que algum dia chegou a vingar, não tem mais lugar atualmente. Isso não significa, no entanto, que se admita a possibilidade de controle de constitucionalidade com base nesse parâmetro por um tribunal constituído.

14. A segunda categoria de normas não escritas decorrentes de prática institucional é o costume constitucional. Trata-se da prática reiterada de determinados atos ou comportamentos, não previstos formalmente na constituição, mas adotados efetivamente pelos órgãos do poder público.

15. Para se analisar o costume, enquanto norma constitucional não escrita, seu reconhecimento nos sistemas de constituição escrita e rígida, assim como a respectiva juridicidade das normas consuetudinárias, entendeu-se necessário fazer uma investigação a respeito da experiência constitucional francesa, bem como a discussão doutrinária estabelecida naquele país sobre as práticas constitucionais que foram identificadas durante a vigência das III, IV e V Repúblicas. Isso porque os teóricos do direito constitucional na França realizaram, ao longo de todos esses anos, uma proveitosa discussão sobre a natureza jurídica dos usos que não encontravam respaldo no texto escrito das respectivas constituições, entendendo-se que as conclusões tiradas sob a Constituição de 1875, em função da sua rigidez, teriam o mesmo valor para todos os sistemas de constituição rígida.

16. A partir da análise da experiência do constitucionalismo francês sobre o costume constitucional, pode-se concluir que, com a superveniência do Estado de direito do século XIX, que trouxe consigo o nascimento das constituições escritas e o culto à lei, enquanto expressão da vontade nacional, houve uma significativa redução do prestígio do costume, o que se projetou no pensamento doutrinário a esse respeito. Por outro lado, a realidade impôs aos constitucionalistas franceses a necessidade de debater a natureza das práticas desenvolvidas à margem dos textos constitucionais a partir de 1875, com a conclusão, ao fim do século XX, num sentido exacerba o papel do costume em detrimento de outras categorias de normas igualmente não escritas.

17. A necessidade de discernimento da existência do costume constitucional expõe a confusão que há entre os doutrinadores a respeito dos mesmos fatos que ora são classificados como costumeiros, ora como convenções ou ainda meras práticas. Daí a conclusão de que a imprecisão dos termos e a ausência de rigor nas análises empreendidas estão na origem dessa hipertrofia da função do costume.

18. Para se averiguar a existência de costumes constitucionais é necessário que sejam antes configurados os parâmetros teóricos que permitem maior segurança na sua identificação de modo a se preservar a garantia e a estabilidade constitucionais

alcançadas por meio das codificações. É por esse motivo que deve se exigir maior rigor na demonstração da presença dos elementos do costume, o que pode levar à conclusão da sua inexistência. Mas dessa circunstância não deriva a impossibilidade definitiva de sua verificação, uma vez que o costume, enquanto fonte-fato do direito constitucional, é expressão do poder constituinte difuso, que se encontra latente nos órgãos constituídos competentes para atuar a norma constitucional e que a qualquer tempo pode se manifestar.

19. O primeiro elemento do costume, entendido com material ou objetivo, é o uso e, para que ele se configure, é necessário que haja repetição, duração, constância e clareza nos comportamentos candidatos a se tornarem costume. Essas exigências, contudo, dependem, em cada caso, do ambiente social de que se trate, da natureza das situações e da maior ou menor frequência das ocasiões em que ocorrem. Conclui-se, portanto, que o costume, mesmo o constitucional, não pode existir a partir de um único fato. Nesse caso, seria possível se falar em precedente ou até em convenção constitucional, mas não em costume.

20. Quanto ao denominado elemento subjetivo do costume, a *opinio iuris*, apesar de grande parte da doutrina considerá-lo indispensável ao reconhecimento da juridicidade da regra costumeira, recusa-se a relevância atribuída tradicionalmente às motivações subjetivas para tanto. Isso porque, conclui-se que do ponto de vista do ordenamento jurídico como um todo, tais motivações são indiferentes à verdadeira juridicidade das normas jurídicas, além de serem praticamente indemonstráveis.

21. Retomando o que foi posto na primeira parte do trabalho, concluiu-se que é o princípio da efetividade – operando como norma sobre produção jurídica para as fontes não previstas no ordenamento jurídico como tais (fontes *extra ordinem*), mas que produzem direito efetivamente aplicado – e não a *opinio iuris* que confere validade, e, portanto juridicidade aos costumes constitucionais.

22. Nas relações entre o costume e a constituição, pode-se concluir que são três os tipos de costumes constitucionais: interpretativo, ou *secundum constitutionem*, quando há no texto constitucional qualquer ambiguidade que o costume venha a esclarecer; o costume supletivo ou *praeter constitutionem* que surge para completar a constituição em caso de omissão; e o costume contrário à constituição ou *contra constitutionem*, que contradiz a regra constitucional escrita, podendo revogá-la.

23. Ainda que com alguma controvérsia, a doutrina em geral admite a existência dos costumes interpretativos e supletivos, sendo os costumes revocatórios objeto de maior discussão. A aceitação dos costumes *contra constitutionem* está relacionada com a sua legitimidade. Assim, admitido que o costume cumpre um fim político em proveito do Estado e não do sujeito que o cria, é o respeito aos princípios fundamentais nos quais se projeta o ideal de justiça concebido em uma determinada sociedade o vetor para se identificar a legitimidade das práticas constitucionais consuetudinárias. Quando esses limites são ultrapassados, constatando-se uma deformidade real que atinja as matérias consideradas essenciais e caracterizadoras do próprio regime político, é recomendável que se estabeleça uma nova constituição.

24. O desuso, que é a perda de efetividade de uma disposição formal ou de um costume, ao contrário do costume *contra constitutionem*, não acarreta a revogação ou derrogação da norma constitucional. Assim, conclui-se que mesmo não utilizada por longo período de tempo, a norma constitucional não é revogada por desuso, pois tem sempre a possibilidade de vir a ser novamente aplicada se assim decidirem os órgãos competentes para fazê-la valer. O desuso é, portanto, um fato político reversível quando presentes as condições de exercício do direito e havendo de parte do órgão competente intenção e possibilidade política de fazê-lo.

25. O as normas constitucionais costumeiras são consideradas formalmente constitucionais, com valor supralegislativo e só podem ser substituídas por emenda constitucional formal ou por outro costume constitucional. Desse modo, são passíveis de garantia por meio dos mecanismos de fiscalização que estejam previstos, a sua violação implica inconstitucionalidade e se houver leis ordinárias anteriores de sentido discrepante, ficarão revogadas ou tidas por inconstitucionais supervenientemente. A eventual ausência de sanção institucionalizada não descaracteriza a juridicidade do costume constitucional, pois em vista das características dos sujeitos criadores do costume constitucional, bem como a própria natureza política dos comportamentos, pode revelar-se inconveniente a imposição de sanções jurídicas. Desse modo, as sanções manifestam-se de forma preferentemente política, ou, em determinadas ocasiões, acompanhadas de reações de caráter social, as quais, muitas vezes, apresentam notável força coativa e são mais adequadas e eventualmente eficazes em relação ao tipo de violação de que se trata.

26. Conclui-se que costume constitucional, como direito constitucional não escrito, é de capital importância para a compreensão da realidade constitucional mesmo dos países cuja constituição é um documento escrito, pois atua como importante fator de acomodação dos preceitos constitucionais à real e efetiva estrutura constitucional. Trata-se de um meio de alcançar uma solução política, sem esquecer a essencialidade do direito para dar forma às necessidades políticas e para revestir a nova vontade das instituições e dos sujeitos que as exercem. É, portanto, a partir da própria constituição, que se deve analisar o fenômeno consuetudinário constitucional, e não à sua margem ou contra ela.

27. Ao lado dos costumes constitucionais – e muitas vezes confundidas com eles – encontram-se as convenções da constituição, as quais são regras não escritas que regulam, na Inglaterra, principalmente as relações entre a Coroa, o Governo e o Parlamento, além das relações entre os países membros do Commonwealth. Entendidas como regras de comportamento dos órgãos do poder, deram origem do desenvolvimento do regime parlamentar, permitindo a passagem da monarquia limitada ao sistema contemporâneo, pelo que são consideradas, de certa perspectiva, fator de adaptação pragmática específico do constitucionalismo inglês.

28. As convenções da constituição não são consideradas normas jurídicas pela doutrina inglesa pelo fato de não poderem ser discutidas e impostas por meio de ações judiciais. Assim, mesmo que um tribunal declare a existência de uma convenção, ele não a aplicará diretamente, de modo que ela continua impositiva, moral e politicamente, mas não se torna juridicamente obrigatória. Assim, as sanções possíveis diante do descumprimento dessas regras são de natureza política ou juridicamente indiretas quando ocasionarem violação às leis. Enfim, na Inglaterra, a realidade impositiva das convenções constitucionais decorre do fato de que a Constituição daquele país, enquanto não escrita, conta com uma força coercitiva de natureza política, que promove a observância do *rule of law*, pressionando o governo a se conformar com os valores decorrente desse princípio.

29. Apesar de serem criação do direito britânico, as convenções da constituição também são encontradas em outros países, mesmo naqueles que possuem constituições escritas, onde sua função será variável, de acordo, entre outros fatores, com a tessitura normativa dos textos constitucionais, a estabilidade das instituições

políticas, as cambiantes conformações do poder e a necessidade de adaptação da ação governamental a novas realidades. Desse modo, um ordenamento que apresente uma codificação constitucional mais sintética ou redigida em termos de cláusulas gerais forma ambiente mais propício ao surgimento de convenções constitucionais, se comparado com a ordenamentos constitucionais codificados de modo detalhista e em termos unívocos.

30. Nos Estados Unidos, mesmo com as limitações que a existência da Constituição escrita impõe, as convenções ocupam lugar destacado dentro do sistema, tendo contribuído para a longevidade do texto constitucional adequando-o à realidade. O exemplo americano demonstra que as convenções não só existem nos países que adotam constituições escritas, como contribuem para a permanência e a atualização desses documentos.

31. A análise das convenções da constituição em países dotados de constituição escrita não pode ser levada a efeito a partir da concepção inglesa do instituto, uma vez que ali as convenções não fazem parte da constituição, elas são constituição. Desse modo, a partir de perspectiva distinta, mas tendo ainda a doutrina britânica como referência, conclui-se que as convenções constitucionais versam, em qualquer país, sobre o “maquinário do governo”, suas prerrogativas e a limitação de poderes, sendo conformadas a partir do consenso entre os titulares dos órgãos constitucionais, que dão origem a acordos tácitos por eles mesmos respeitados nas suas relações recíprocas, dentro do quadro fixado pela constituição.

32. Tratando-se a convenção principalmente de um acordo entre os sujeitos constitucionais, de início, deve haver entre eles um consenso sobre os termos do comportamento a ser adotado na aplicação da constituição, a partir do qual se desenvolve a convicção da obrigatoriedade da conduta, que é o primeiro elemento constitutivo da convenção. Além disso, para que exista uma convenção constitucional, deve haver uma boa razão para a prática do comportamento. Trata-se de um motivo de valor constitucionalmente importante subjacente ao acordo estabelecido, cujo respeito acaba por demonstrar preocupação com a própria constituição. O terceiro elemento necessário, porém não imprescindível, à existência de uma convenção, é a série de precedentes. Isso porque a prática é muito mais a expressão e a manifestação externa da existência da regra convencional, que fator de sua criação, de modo que admite-se que

apenas um comportamento pode ser idôneo para constituir o precedente do qual surge a regra convencional.

33. Presentes os elementos constitutivos de uma convenção constitucional, ou seja, constatada sua existência, são elas destinadas a instrumentalizar a aplicação da constituição por meio do consenso entre as autoridades constitucionais sobre a melhor forma de desempenho e aplicação concreta das respectivas competências. No desempenho desse papel podem ser identificados alguns tipos distintos de convenções: a) convenções substitutivas, que substituem significativamente o conteúdo das normas constitucionais escritas, de modo que estas continuam sendo respeitadas, mas apenas formalmente; b) convenções integradoras, que integram as normas constitucionais escritas, concretizando suas possíveis interpretações; c) convenções singulares (ou autônomas) em relação ao que se encontra expressamente escrito na constituição codificada, ainda que se relacionem com sua normatividade ampla e formem parte da constituição material; e d) convenções sobrepostas, que outorgam a determinadas circunstâncias, constitucionalmente previstas e disciplinadas, consequências não estipuladas na Constituição.

34. O ponto mais controverso a respeito das convenções constitucionais é a definição de sua natureza jurídica ou política. Em síntese, para alguns, as convenções constitucionais não seriam verdadeiras normas jurídicas pela razão de serem instáveis, e de serem conformações políticas casuísticas e pontuais; pelo fato de não serem obrigatórias e de não serem passíveis de imposição judicial; e, ainda, por não apresentarem caráter prescritivo. Já para outro setor da doutrina a instabilidade ou a estabilidade de uma regra não depende de sua juridicidade, mas sim de fatores que são estranhos à sua essência jurídica; já a ausência de coercibilidade não permite concluir pela ausência de juridicidade pelo fato de que está relacionada com o ordenamento em sua integralidade, havendo muitos comandos que, se violados, não se submetem à sindicabilidade judicial; finalmente, o fato de decorrerem de acordos casuísticos e pontuais não impede que a lógica normativa inserta nas convenções seja utilizada, como elementos prescritivo, para os demais casos semelhantes.

35. Enfim, apresentados os entendimentos conflitantes, conclui-se que às constatações que afirmam os caráter jurídico das convenções, agrega-se o critério de juridicidade vinculado ao princípio da efetividade, o qual há de ser invocado diante de

fontes não expressamente previstas no ordenamento (fontes *extra ordinem*), que se impõem só em virtude do princípio da efetividade.

36. Conclui-se que é possível admitir a existência de convenções constitucionais nos ordenamentos jurídicos dos países dotados de constituições escritas e rígidas, desde que se parta de uma perspectiva diversa daquela britânica, o que torna sem sentido as razões elencadas pela doutrina que não aceita a transposição do instituto. Porém, mesmo adaptando-se a noção de convenções da constituição para os sistemas jurídicos dotados de constituições codificadas, reconhece-se que essas normas ainda desempenham, entre outros, os papéis, aparentemente paradoxais, que cumprem na Inglaterra, onde, de um lado, contribuem para a atualização da constituição e da vida política em geral, e, de outro, atuam como fator de conservadorismo e respeito à tradição. É o equilíbrio entre essas duas funções – atualização e tradicionalismo –, que transforma as convenções não só em instrumento de desenvolvimento da constituição de acordo com a realidade, mas de sua estabilização e salvaguarda.

37. Entre as práticas constitucionais, em sentido amplo, encontram-se ainda figuras como as normas de correção constitucional, os precedentes e as práticas (em sentido restrito). As normas de correção são regras de caráter político, moral, estritamente social ou de ética pública, que podem se consubstanciar na exigência de fidelidade ou lealdade dos titulares dos órgãos do poder para com a constituição. Essas autoridades devem, segundo as regras de correção, respeitar-se mutuamente e exigir pleno respeito às instituições das quais participam. Nesse sentido, configuram-se como o dever de *fair play* entre aqueles sujeitos, com vistas a assegurar uma serena e confiável colaboração nas atividades que desenvolvem cotidianamente. Já o precedente (não judicial), é um ato ou fato que se considera como possível referência, juridicamente não vinculante, para casos similares no futuro e que apesar de não haver obrigatoriedade de sua aplicação a comportamentos futuros, é a partir dele que podem nascer tanto as convenções quanto os próprios costumes constitucionais. Por fim, as práticas constitucionais, que não deixam de ser uma forma de precedente, são comportamentos, com características de regularidade e constância, seguidos pelos órgãos constitucionais, sem que sejam considerados obrigatórios ou jurídicos, mas que devem ser compreendidos como consequência de decisões refletidas, de modo a

possibilitar a criação de um precedente válido e consolidar comportamentos constitucionais efetivos e eficazes.

38. No constitucionalismo brasileiro são vários os exemplos de normas constitucionais não escritas decorrentes da prática que podem ser classificadas como convenções constitucionais, precedentes e meras práticas.

BIBLIOGRAFIA

- ADLER, Matthew D. e DORF, Michael C. “Constitutional Existence Conditions and Judicial Review”. *Virginia Law Review*, 89, 2003, p. 1105-1202.
- AINIS, Michele. “Sul valore della prassi nel diritto costituzionale”. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, nº 2. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 307-344.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “Constituição e codificação: primórdios do binômio”, in Judith Martins-Costa (org.). *A reconstrução do Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e sua conversão em lei. A Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*, São Paulo: RT, 2004.
- ARDANT, Philippe. MATHIEU, Bertrand. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 23^e édition. Paris: LGDJ, 2011.
- ARINOS, Afonso. *Direito constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- AVRIL, Pierre. *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*. Paris: PUF, 1997.
- AVRIL, Pierre. “Les conventions de la constitution”. *Revue française de droit constitutionnel*, 14, 1993, p. 327-340.
- AVRIL, Pierre. VERPEAUX, Michel. *Les règles et principes non écrits en droit public*. Paris: Editions Panthéon-Assas, 2000.
- AZKIN, B. “La Désuétude en Droit Constitutionnel”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928, p. 697-723.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2007.
- BARROS, Sérgio Resende de. “Impeachment: peça de museu?”
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.
- BATAILLER, Francine. *Le Conseil d'État – Juge Constitutionnel*. Paris : LGDJ, 1966
- BEAUD, Olivier. “Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle – A propos d'un ouvrage récent”. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 6, janvier 1999.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Le Norme della Correttezza Costituzionale*. Milano: Ed. Giuffrè, 1939.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2006.

- BOBBIO, Norberto. *La consuetudine come fatto normativo*. Torino: Giappichelli, 2010.
- BOBBIO, Norberto. “Consuetudine (Teoria Generale).” *Enciclopedia del Diritto*, T. IX. Milán: Giuffré, 1961.
- BOBBIO, Norberto. “Fatto normativo.” *Enciclopedia del Diritto*, T. XVI. Milán: Giuffré, 1967.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Polis; Brasília: UnB, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995
- BOBBIO, Norberto. *Contribución ala Teoría del Derecho*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Ed. Fernando Torres, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fenando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BONNECASE, Julien. *La escuela de la exegeses em derecho civil*. Mexico: Cajica-Porruas, 1944, p. 141.
- BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, tome III, Paris: LGDJ, 1950.
- BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, tome IV, Paris: LGDJ, 1969.
- CADOUX, Charles. *Droit constitutionnel et intitutions politiques – Théorie générale des institutions politiques*. Quatrième édition. Paris: Cujas, 1995.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I. Coimbra: Almedina, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª. ed.. Coimbra: Almedina, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPITANT, René. “La coutume constitutionnelle”. *Revue du droit public*, 1979, p. 959-970.
- CAPITANT, René. “Le Droit Constitutionnel non écrit”. *Recueil d'étude en' honneur de Francois Géný*. T. 1. Paris: Sirey, 1934, p. 1-8.
- CARBONE, Carmelo. *La consuetudine nel diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1948.
- CARCASSONNE, Guy. *La Constitution: introduite et commentée par Guy Carcassone*. Paris: Éditions du Seuil, 2011.
- CARNEIRO, Levi. *Uma experiência parlamentarista*. São Paulo: Martins, 1965.
- CARO, Robert. *Master of the Senate*, New York: Vintage Books, 2002.
- CASTRO, William R. “Our Unwritten Constitution and Proposals for a Same-Sex Marriage Amendment”, *Creighton Law Review*, 38, 2005, p. 271-288.

- CHEVALLIER, Jacques. “La coutume et le droit constitutionnel français”, *Revue du droit public*, 1970, p. 1375-1416.
- CLAVERO, Bartolomé. “Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n. 18. Milano: Giuffrè, 1989, p. 79-145.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2010.
- COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union*. Boston: Little, Brown, and Company, 1903.
- COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais do direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. De Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002.
- CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale, II, 1 L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*. Padova: CEDAM, 1993.
- CRISAFULLI, Vezio. “Fonti del Diritto (Diritto Costituzionale).” *Enciclopedia del Diritto*, T. XVII. Milán: Giuffrè, 1964.
- DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Evergreen Review, 2007 (Kindle edition).
- DICEY, Albert V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Ninth Edition. London: Macmillan and Co., Limited, 1939.
- DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition. Tome I. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., Éditeurs, 1927.
- DUVERGER, Maurice. “Le pouvoirs du Président”. *Le Monde*, 30 novembre 1965, p. 5.
- DURVERGER, Maurice. “Le vertige.” *Le Monde*, 21 mars 1960, p. 4.
- DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. 5ª ed. Barcelona: Ariel, 1970.
- DWORKIN, Ronald. “The concept of unenumerated rights.” *The University of Chicago Law Review*, 59, 1992, p. 381-432.
- ELSTER, Jon. *Unwritten constitutional norms*. Acesso em 05/08/2012.
<http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/docs/2010/Elster24Feb2010.pdf>.
- ELVIRA PERALES, A. “Las Convenciones Constitucionales”. *Revista de Estudios Políticos*, n. 53, 1986, p. 125-150.
- ESPÓSITO, Carlos. “Consuetudine (Diritto Costituzionale)”. *Enciclopedia del diritto*. T. IX. Milán: Giuffrè, 1961, p. 456-476.
- FAVOREU, Louis. GAÏA, Patrick. GHEVONTIAN, Richad. MESTRE, Jean-Louis. PFERSMANN, Otto. ROUX, André. SCOFFONI, Guy. *Droi Constitutionnel*. 14ª édition. Paris: Dalloz, 2011.

- 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, p. 13-17.
- FAVOREU, Louis. “Le Conseil Constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics”. *Revue du Droit Public*. Jan-Fev. 1967, p. 5-120.
- FERRARI, Giuseppe. *Introduzione ad uno Studio sul diritto pubblico consuetudinario*. Milano: Giuffrè, 1950.
- FERRAZ, Ana Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*, São Paulo: Saraiva, 1993.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*, ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2003.
- FROMONT, Michel. “Les normes constitutionnelles nos écrites dans la République Fédérale d’Allemagne”. In AVRIL, Pierre et VERPEAUX, Michel (dir.). *Le règles et principes non écrits en droit public*. Paris: Editions Panthéon-Assas, 2000. p. 131-142.
- GARZON VALDEZ, Ernesto. “La influencia de la Revolución Francesa en la organización política de America Latina”. *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 763-779.
- GICQUEL, Jean. *Essai sur la pratique de la V^e République: bilan d'un septennat*. Paris: LGDJ, 1968.
- GINSBURG, Tom. “Constitutional Specificity, Unwritten Understandings and Constitutional Agreement.” *Public Law and Legal Theory Working Paper n° 330*, 2010. <http://www.law.uchicago.edu/files/file/330-tg-agreement.pdf>, acesso em 18/08/2012.
- GIROLA, Carlo. “Le consuetudini costituzionali”. *Recueil d'étude en' honneur de Francois Génys*. T. 1. Paris: Sirey, 1934, p. 9-43.

- GONZALEZ TREVIJANO, Pedro Jose. *La costumbre em derecho constitucional*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1989.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GREENHOUSE, Linda. "The mystery of John Roberts". *The New York Times*, 11 de julho de 2012.
- GREY, Thomas C. "Do we have an unwritten Constitution?" *Stanford Law Review*, n. 27, 1975, p. 703-718.
- GOUET, Yvon. *La Coutume en Droit Constitutionnel Interne et en Droit Constitutionnel International*. Paris: A. Pedone, 1932.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoria constitucional*. México: UNAM, Distribuciones Fontamara, 2001, p. 107. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=22>. ISBN 968-476-398-0.
- HAMON, Francis. TROPER, Michel. *Droit Constitutionnel*. 32^e edition. Paris: LGDJ, 2011.
- HAMON, Francis. TROPER, Michel. BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*. Trad. Carlos Souza. Barueri, SP: Manole, 2005.
- HAURIOU, André. GICQUEL, Jean. GÉLARD, Patrice. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. 2^a ed. Barcelona: Ariel, 1980.
- HAURIOU, André. GICQUEL, Jean. GÉLARD, Patrice. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Montchrestien, 1975.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. Paris: Recueil Sirey, 1929.
- HEARD, Andrew D. "Recognizing the Variety among Constitutional Conventions." *Canadian Journal of Political Science*, 1, 1989, p. 63-81.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOOD PHILLIPS, O. *The constitutional law of great britain and the commonwealth*. London: Sweet And Maxwell, 1957.
- HORBACH, Carlos Bastide. "Controle judicial da atividade política. As questões políticas e os atos de governo." *Revista de Informação Legislativa*, nº182, abril/junho-2009, p. 7 a 16.
- HORBACH, Carlos Bastide. "Parlamentarismo no Império do Brasil (I): origens e funcionamento". *Revista de Informação Legislativa*, ano 43, vol. 172, out./dez. 2006, p.
- HORBACH, Carlos Bastide. "O parlamentarismo no Império do Brasil (II): representação e democracia". *Revista de Informação Legislativa*, ano 44, n. 174, abr./jun. 2007, p.
- JELLINEK, George. *Reforma y mutacion de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- JENNINGS, W. Ivor. *The law and the constitution*. Third Edition. London: University of London Press, 1943.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAFERRIÈRE, Julien. “La coutume constitutionnelle, son role et sa valeur en France”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n. 1, 1944, p. 20-44.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LAVAGNA, Carlo. *Istituzioni di diritto pubblico*. Quinta edizione. Torino: UTET, 1982.
- LEBRUN, Auguste. *La coutume: ses sources – son autorité en droit privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932.
- LEVINSON, Sanford. *Constitutional Faith*. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- LEVY, Denis. “Le role de la coutume et de la jurisprudence dans l’elaboration du droit constitutionnel.” *Mélanges offerts a Marcel Waline*. Tome I. Paris: LGDJ, 1974, p. 39-46.
- LEVY, Denis. “De l’idée de coutume constitutionnelle à l’esquisse d’une théorie de sources du droit constitutionnel et de leur sanction.” *Recueil d’etudes em hommage a Charles Eisenmann*. Paris: Editions Cujas, 1977, p. 81-90.
- LIPTAK, Adam. “Roberts Shows deft hand as swing vore in health care”. *The New York Times*, 28 de junho de 2012.
- LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. “Os tratados internacionais de direitos humanos após da Emenda Constitucional n. 45/2004: ampliação do bloco de constitucionalidade e suas consequências no ordenamento jurídico”. In MACIEL, Adhemar Ferreira; DOLGA, Lakowski; BERALDO, Leonardo de Faria; e COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. *Estudos de direito constitucional em homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 267-276.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.
- MCAFFEE, Thomas B. “Prolegomena to a meaningful debate of the ‘unwritten constitution’ thesis.” *University of Cincinnati Law Review*, 61, 1992, p. 107-169.
- MACKINTOSH, John Pitcairn. *The British Cabinet*. London: Stevens and sons, 1968.
- MAESTRE, Jean Claude. “À propôs des coutumes et des pratiques constitutionnelles: l’utilité des constitutions”. *Revue du Droit Public*, 1973, p. 1275-1303.
- MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

- MALBERG, R. Carré de. “A sanção jurisdicional dos princípios constitucionais”. In KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 195-209.
- MANINO, Armando. “Prime considerazioni in tema di convenzioni costituzionali.” *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*. Gianfranco Mor, Coord. Milano: Giuffrè, 1999.
- MARINKOVIC, Tanasije. *Constitutional conventions between the law and politics – the case of the Fifth French republic*. <http://www.enelsyn.gr/papers/w7/Paper%20by%20Tanasije%20Marinkovic.pdf>, acesso em 29/08/2012.
- MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional Conventions – The Rules and Forms of Political Accountability*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- MATTEUCCI, Nicola. “Liberalismo”. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. *Dicionário de política*, 5ª. ed., vol. 2. Brasília: UnB, 2000, p. 698.
- McBAIN, Howard Lee. *The living constitution: a consideration of the realities and legends of our fundamental law*. New York: Macmillan, 1928.
- MCHARG, Aileen. “Reforming the United Kingdom constitution : law, convention, soft law”. *Modern Law Review*, n. 71 (6), p. 853-877.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3ª.ed.. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENY, Yves. “Les conventions de la Constitution.” *Pouvoirs: revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 50, 1989.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p.170.
- MOORE, Michael S. “Do we have an unwritten constitution?” *Southern California Law Review*, 63, 1989-1990, p. 107-139.
- MOR, Gianfranco (dir.). *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*. Milano: Giuffrè, 1999.
- MORTATI, Costantino. *La constitución en sentido material*. Trad. Almudena Bergareche Gros. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. Tomo I. Nona Edizione. Padova: CEDAM, 1975.
- MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. Tomo II. Nona Edizione. Padova: CEDAM, 1976.
- MORTATI, Costantino. “Costituzione”. *Enciclopedia del diritto*. T. XI. Milán: Giuffrè, 1962.

- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1998.
- PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.
- PACTET, Pierre. *Institutions politiques Droit constitutionnel*. 19^a ed. Paris: Dalloz, 2000.
- PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1991.
- PALLIERI, Giorgio Balladore. *Diritto Costituzionale*. Undicesima Edizione. Milano: Giuffrè, 1976.
- PEK, Jane. "Things better left unwritten?: constitutional text and the rule of law". *New York University Law Review*, 83, 2008, p. 1979-2012.
- PIAZZA, Marcello. *Consuetudine e diritto costituzionale scritto: Dalla teoria generale all'ordinamento italiano*. Roma: Aracne, 2008.
- PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle fonti del diritto. Commentario del Codice Civile, Art. 1-9*. Bologna: Zanichelli Editore, 1977.
- PRÉLOT, Marcel. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1969.
- PRÉLOT, Marcel. "Sur une interprétation 'coutumière' de l'article 11." *Le Monde*, 16 mars, 1969, p. 6.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Derecho constitucional*. 3^a edición. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- RAZZANO, Giovanna. *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 2002.
- RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La responsabilità politica*. Milano: Giuffrè, 1967.
- RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Le convenzioni costituzionali*. Padova: Cedam, 1972.
- RESCIGNO, Giuseppe Ugo. "Ripensando le convenzioni costituzionali". *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*. Gianfranco Mor (dir.). Milano: Giuffrè, 1999, p. 27-61.
- RIALS, Stéphane. "Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle: à propos du dixième anniversaire du référendum de 1969". *La Revue administrative*. Juillet 1979, p. 265-273.
- ROLLAND, Louis. "La Coutume Constitutionnelle". *Revue Politique*. Paris, 1927.
- ROLLAND, Louis. "Le projet du 17 janvier et la question 'des décrets-lois'". *Revue du Droit Public*, 1924.
- SANCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de Teoría Política*. 3^a Ed. Madrid: Editora Nacional, 1970.

- SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- SEVERO, Caterina. *La doctrine du droit vivant*. Paris: Ed. Economica, 2003.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- SHERRY, Suzanna. "The Founder's Unwritten Constitution." *The University of Chicago Law Review*, 54, 1987, p. 1127-1177.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e tipos de Estado no Ocidente*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.
- STOLFI, Nicola. *Diritto Civile*. T. I, Turín: UTET, 1919.
- SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição Parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- TOSI, Silvano. *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il Diritto parlamentare*. Milano: Giuffrè, 1959.
- TREVES, Giuseppino. "Convenzioni costituzionali". *Enciclopedia del diritto*, vol. X,
- TURPIN, Colin e TOMKINS, Adam. *British government and the Constitution*, 7ª. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2011, kindle edition, posição 7279 e seguintes.
- VEDEL, Georges. *Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*. 5ª ed.. Paris: Recueil de Sirey, 1949.
- VERDU, Pablo Lucas. "Estudio preliminar". In JELLINEK, G. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale*. Quinta Edizione. Padova: CEDAM, 2006.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. "Constituição". in Norberto Bobbio, Nicola Mateucci e Gianfranco Pasquino. *Dicionário de política*, vol. 1, 5ª. ed., vol. 2. Brasília: UnB, 2000, p. 258-268.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. Traducción de Claudia Herrera. Buenos Aires : Editorial Universidad, 2005. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1476/5.pdf>. Acesso em 10/06/2012.
- VERMEULE, Adrian. *Constitutional Conventions*. <http://www.tnr.com/book/review/power-precedent-michael-gerhardt> , acesso em 17/08/2012.
- VERMEULE, Adrian. *The Small-c constitution, Circa 1925*. <http://classic.jotwell.com/the-small-c-constitution-circa-1925/>, acesso em 20/08/2012.
- WALDRON, Jeremy. "Are Constitutional Norms Legal Norms?" *Fordham Law Review*, 75, 2006, p. 1697-1713.
- WHEARE, Kenneth Clinton. *Las constituciones modernas*. Barcelona: Labor, 1975.
- WILSON, James G. "American Constitutional Conventions: The Judicially Unenforceable Rules that Combine With Judicial Doctrine and Public Opinion to Regulate Political Behavior." *Buffalo Law Review*, 40, 1992, p. 670-675.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*. Torino: UTET, 1970.

ZAGREBELSKY, Gustavo. “La formazione del governo e le prime quattro legislature repubblicane.” *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, Settembre/1968, p. 805-891.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale, I – Il sistema delle fonti del diritto*. Torino: UTET, 1993.

ZOLLER, Élisabeth. “La question des règles non écrites aux États-Unis”. *Les règles et principes non écrits em droit public*. AVRIL, Pierre et VERPEAUX, Michel (dir). Paris: Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 143-151.