

AS LACUNAS CONSTITUCIONAIS E SUA INTEGRAÇÃO

“CONSTITUTIONAL GAPS” AND THEIR INTEGRATION

*Daniel Sarmiento**

RESUMO

O artigo explora a ideia de lacunas constitucionais e busca definir e analisar os meios existentes para a sua integração no ordenamento brasileiro. Neste sentido, explora-se a analogia constitucional, os costumes e convenções constitucionais e a equidade.

Palavras-chave: Lacuna constitucional. Integração. Analogia. Costume. Convenção constitucional. Equidade

ABSTRACT

The article explores the idea of constitutional gaps and seeks to define and analyse the available means to integrate them. It discusses the use of analogical reasoning, customs, equity and constitutional conventions in Brazilian Constitutional Law.

Keywords: Constitutional Gaps. Integration. Analogy. Custom. Equity. Constitutional convention.

* O autor é Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ; mestre e doutor em Direito Público pela UERJ, com pós-doutorado na Yale Law School; Procurador Regional da República. Contato: sarmiento_daniel@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

A teoria jurídica tradicional afirma que o ordenamento jurídico é dotado de completude. A idéia da completude do ordenamento jurídico é associada ao positivismo formalista desenvolvido no âmbito dos países do sistema romano-germânico, tanto na versão francesa da Escola da Exegese, como na versão germânica da jurisprudência dos conceitos e se vincula também ao dogma, cada vez mais questionável, da necessária estatalidade do Direito.¹

A completude do ordenamento indicaria a possibilidade de se extrair dele a resposta para qualquer problema jurídico que venha a surgir. Porém, mesmo de acordo com esta antiquada concepção, as leis, diferentemente do ordenamento, podem conter lacunas, quando não indicarem soluções para questões juridicamente relevantes.² As lacunas resultam não só da ausência de disciplina de assunto relevante, como também da percepção de que a regulação *prima facie* incidente sobre uma determinada situação deixou de contemplar aspecto importante, cuja consideração levaria a resultado diferente. Há, nesta última hipótese, uma dissonância entre a aparente incidência normativa e o sistema jurídico como um todo, que não pode ser imputada à intenção legal. Seria o caso de uma norma jurídica que vedasse o ingresso de cães numa estação de metrô, mas deixasse de consagrar uma exceção para os cães-guia, que ajudam os deficientes visuais na sua locomoção, não por uma decisão do legislador, mas simplesmente porque não se cogitou desta situação por ocasião da elaboração da norma em questão. Esta hipótese é chamada por alguns autores de “lacuna oculta”³.

Como se sabe, o Poder Judiciário, que tem a obrigação institucional de resolver os conflitos de interesse submetidos à sua apreciação, não pode recusar-se a julgar em casos de lacuna, proferindo um *non liquet*. O seu papel é promover o preenchimento da lacuna, a sua *integração*, solucionando o caso. Entre nós, esta obrigação está prevista no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”.

Não se objetiva, aqui, discutir as complexas questões de Teoria Geral do Direito atinentes à suposta completude do ordenamento jurídico, nem tampouco as que gravitam em torno da idéia de lacuna, e dos meios para o seu preenchimento. Pretende-se tão somente examinar a existência de lacunas no âmbito da Constituição, e sistematizar as formas adequadas para colmatá-las.

LACUNAS CONSTITUCIONAIS, RESERVA DE CONSTITUIÇÃO E SILÊNCIO ELOQUENTE

Sabe-se que as constituições não disciplinam, de forma global e exaustiva, todas as relações sociais. Mesmo as constituições mais analíticas, como a brasileira, que tratam de muitos assuntos além daqueles de que cogitava o constitucionalismo liberal, deixam amplos espaços para a deliberação política das majorias de cada momento. E é natural que seja assim. Uma Constituição que pretendesse tudo regular não seria democrática, por subtrair – ou dificultar sobremodo o exercício – (d)o direito do povo, em especial das gerações futuras, de fazer as suas próprias escolhas e definir os seus caminhos por meio da legislação infraconstitucional. Além disso, uma constituição com pretensões regulatórias tão ambiciosas estaria condenada à curta duração, pois ela não conseguiria adaptar-se adequadamente às mudanças que ocorrem na sociedade, ampliando os riscos de ruptura institucional.

A Constituição é, portanto, uma *norma fragmentária*, que não trata de todos os temas, mas tão somente daqueles escolhidos pelo poder constituinte, pela sua singular importância,⁴ ou por outras razões atinentes à conveniência do seu entrincheiramento. Mesmo nestes temas, a Constituição, no mais das vezes, não exaure a respectiva disciplina, mas apenas fixa as suas principais coordenadas normativas, deixando a complementação para o legislador.

Neste quadro, pode-se indagar se realmente existem lacunas na Constituição, pois a falta de regulação de uma questão no plano constitucional pode significar, pura e simplesmente, que o tema foi deixado para o legislador infraconstitucional ou para a decisão de outros poderes públicos. Em outras palavras, a não regulamentação pode exprimir uma opção política legítima do constituinte.

Na maior parte das vezes, é isso que ocorre. Contudo, em algumas hipóteses, é possível inferir, da consideração global da Constituição, que ela reservou para si o tratamento de determinados temas. Temos aqui a chamada *reserva de Constituição*.⁵ Nos temas abarcados pela reserva de Constituição, a ausência de norma constitucional pode significar a existência de lacuna, tendo em vista a impossibilidade da sua disciplina em sede infraconstitucional.

A idéia de reserva de Constituição não é de caráter metafísico ou jusnaturalista, nem alude a alguma fórmula universal, invariável e pré-política, sobre o que só possa figurar em sede constitucional. É da análise de cada sistema constitucional concreto que se pode inferir quais foram os temas cuja regulação foi reservada, com exclusividade, à Constituição. Neste sentido, a reserva de Constituição não está necessariamente vinculada à relevância do tema versado. Existem temas jurídicos de enorme importância que não são equacionados em sede constitucional. A Constituição pode até exercer uma influência sobre a sua disciplina infraconstitucional – o que tende a ocorrer, diante do fenômeno da “filtragem constitucional” do Direito –, mas não subtrai todo o espaço de livre conformação legislativa. No importante julgamento proferido sobre a validade das pesquisas em células-tronco embrionárias, por exemplo, consta no voto vencedor do relator, Ministro Carlos Ayres de Britto, que “o *Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que esta começa*”, o que, na ótica do Ministro, caracterizaria “*mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder legislativo para a legislação ordinária*”.⁶ E não há dúvida de que o tema do início da vida é de grande importância. Sem embargo, não há como dissociar completamente a idéia de “reserva de Constituição” da idéia de “reserva de justiça”, que atribui à Constituição a definição dos princípios fundamentais de justiça de uma comunidade política.⁷

Vejamos um claro exemplo de reserva de Constituição: a Carta de 88, até o advento da EC nº 32/2001, não definia um elenco de limites temáticos para a elaboração de medida provisória (redação antiga do art. 62, CF). E o tema não poderia ser disciplinado por lei, até porque, tendo a medida provisória força de lei, de nada adiantaria que uma lei fixasse limites para a sua edição, pois medida provisória superve-

niente que não os respeitasse iria derogá-los, pelo critério cronológico de resolução de antinomias.⁸ Daí porque se concluía, à época, que o tema dos limites à edição de medida provisória era matéria sujeita à reserva de Constituição.

Também se pode falar em lacuna da Constituição quando ocorrem situações extraordinárias, não previstas pelo constituinte, diante das quais a aplicação das normas constitucionais *a priori* incidentes produziria resultados absolutamente inadequados e incompatíveis com o espírito da própria Constituição. São as lacunas constitucionais ocultas. Chaim Perelman⁹ narra um caso extremo, ocorrido na Bélgica e julgado pela Corte de Cassação do país. Durante a 1ª Guerra Mundial, a Bélgica esteve quase toda ocupada pela Alemanha, o que impedia o seu Parlamento de legislar. Naquele período, o Rei, que estava fora da zona ocupada, legislou por meio de decretos-leis, o que não era permitido pela Constituição, que determinava o exercício do poder legislativo pelo Senado, Câmara de Representantes e pelo monarca, em conjunto. A Constituição não contemplava a possibilidade de suspensão das suas normas em períodos de crise, como aquele. Não obstante, a Corte de Cassação do país considerou válidas as normas editadas pelo Rei. A decisão, aparentemente *contra legem*, pode ser explicada pelo reconhecimento de que existia uma lacuna na Constituição belga, que não previra uma situação excepcional, como aquela com a qual o país se deparara.

A jurisprudência do STF reconhece, sem qualquer hesitação, a existência de lacunas constitucionais. Um caso recente foi discutido em julgamento relativo às exigências profissionais para a nomeação de advogados para o exercício da função de juiz de Tribunal Regional Eleitoral.¹⁰ O texto constitucional prevê que o Presidente da República nomeará dois juízes dentre advogados com notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados em lista sêxtupla elaborada pelo Tribunal de Justiça (art. 120, III). Não há qualquer alusão à exigência de tempo mínimo de experiência profissional para acesso a tal função. Não obstante, a Corte entendeu que o caso era de lacuna constitucional, por constatar que a regra geral, válida para o ingresso de advogados em todos os demais tribunais nacionais, é a exigência de 10 anos, no mínimo, de atividade profissional, inexistindo, sob o ponto de vista

da Corte, qualquer razão para que a mesma imposição não se aplique à Justiça Eleitoral. Daí porque, considerou que não haveria na hipótese silêncio eloquente da Constituição, mas autêntica lacuna, a ser preenchida por meio do recurso à analogia, de forma a validar a exigência de comprovação dos 10 anos de atividade profissional, que estava em discussão.

É preciso distinguir a lacuna constitucional de outras figuras. Uma delas é a inconstitucionalidade por omissão, que tem por pressuposto a ocorrência de mora na regulamentação de norma constitucional, que frustre a sua plena eficácia. Nesta hipótese, há uma lacuna, mas não da Constituição. A lacuna decorre de uma omissão censurável do legislador infraconstitucional.¹¹ As lacunas constitucionais referem-se a situações constitucionalmente relevantes não reguladas pela Constituição, enquanto as omissões legislativas ligam-se a hipóteses previstas na Constituição, nas quais a norma constitucional pertinente depende da intermediação do legislador infraconstitucional para a plena produção dos seus efeitos¹².

A lacuna tampouco pode ser confundida com o “silêncio eloquente” da Constituição. Muitas vezes, ao regularem certo tema, as normas constitucionais não consagram determinadas incidências ou consequências não por um esquecimento involuntário do constituinte, mas em razão de uma escolha intencional. Tem-se aqui o chamado “silêncio eloquente” do texto constitucional, em que a não inclusão significa a exclusão. Por exemplo, o art. 134, § 1º, da Constituição, com a redação dada pela EC 45/2004, consagrou a “*autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária*” para as Defensorias Públicas dos Estados. O mesmo regime não foi estendido para a Defensoria Pública da União, em que pese a similitude das instituições. Teria havido uma escolha (na nossa opinião, injustificada) do constituinte derivado, que costuma ser interpretada como hipótese de “silêncio eloquente”. Não se nega, contudo, que a distinção entre lacuna e silêncio eloquente pode revelar-se complexa, sobretudo quando não se confunde a *mens legis* com a *mens legislatore*, negando-se peso definitivo à vontade histórica daqueles que elaboraram o texto constitucional originário ou as suas modificações. Afinal, a constatação da lacuna pressupõe a prévia interpretação das normas

constitucionais em jogo, o que pode envolver muitas dificuldades práticas e teóricas, como já se viu anteriormente.

Outra distinção conceitual relevante é a que separa a *integração* das lacunas constitucionais da *construção* constitucional. A construção constitucional, ou interpretação construtiva da Constituição, ocorre naquelas hipóteses em que a hermenêutica constitucional assume uma postura mais ousada, buscando, para além do texto, novas figuras ou incidências não previstas expressamente.¹³ A expressão “construção constitucional” é de uso corrente na teoria constitucional norte-americana¹⁴, sendo frequentemente associada ao ativismo judicial. Um exemplo de construção constitucional na jurisprudência dos Estados Unidos foi a afirmação do direito à privacidade, que não se encontra expressamente consagrado na Constituição do país, mas que, segundo a Suprema Corte, poderia ser extraído das “zonas de penumbra” de outros direitos fundamentais.¹⁵ No Brasil, um caso de construção constitucional foi o reconhecimento do direito fundamental universal à não auto-incriminação em qualquer esfera, uma vez que o Texto Magno apenas reconhece expressamente o direito do preso de “permanecer calado” (art. 5º, LXIII). Na construção constitucional não há propriamente lacuna, pois a regulação da hipótese pode ser extraída da Constituição, desde que interpretada de forma mais ousada.

Não é apenas o Poder Judiciário que preenche as lacunas constitucionais. Outros órgãos e entidades podem também fazê-lo, sempre que tenham que aplicar a Constituição e não encontrem normas constitucionais disciplinando o caso. Na trajetória constitucional brasileira, isto ocorreu em diversas vezes, mas convém recordar um caso historicamente importante. Tancredo Neves faleceu depois da sua eleição indireta para a Presidência da República, mas antes da sua posse no cargo, e a Constituição de 1969, então vigente, não continha norma regulando a sucessão presidencial nesta hipótese. Ela apenas disciplinava o caso de sucessão presidencial quando houvesse a vacância do cargo após a posse, prevendo a sua assunção, até o final do mandato, pelo Vice-Presidente (art. 77). As forças políticas entenderam que esta mesma solução deveria ser aplicada por analogia ao caso, resultando na posse na Presidência da República de José Sarney, que tinha sido eleito como Vice-Presidente na chapa encabeçada por Tancredo.¹⁶ O caso não chegou a ser submetido ao Poder Judiciário.

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao tratar dos meios de integração das lacunas, aludiu à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Considero, na linha da doutrina atualmente majoritária, que os princípios jurídicos – inclusive aqueles implícitos, de caráter mais abstratos, geralmente identificados como “princípios gerais de Direito” – configuram autênticas normas jurídicas.¹⁷ Portanto, quando eles incidem, não há propriamente lacuna. Por isso, não me dedicarei aqui ao estudo do emprego dos princípios gerais de direito no domínio constitucional. Além da analogia e dos costumes, tratarei também do uso da *equidade* no campo constitucional, bem como de instituto que, apesar de relevante, quase não é discutido entre nós: a chamada *convenção constitucional*.

A ANALOGIA CONSTITUCIONAL

A analogia consiste em técnica para colmatação de lacunas por meio da qual se aplica à hipótese não regulada uma norma jurídica que trata de questão similar. A norma em questão não seria a princípio aplicável ao caso, que não está compreendido na sua hipótese de incidência. Mas, diante da lacuna, ela incide, para resolvê-lo.

O principal fundamento da analogia é a igualdade, pois se parte da premissa de que hipóteses similares devem receber o mesmo tratamento do ordenamento.¹⁸ Mas, para que seja cabível a analogia, não basta que haja uma simples semelhança entre os casos. É necessário que esta semelhança seja relevante, no que concerne às razões subjacentes à norma a ser aplicada.¹⁹ Vale aqui o brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*. Por exemplo, se uma norma veda a comercialização de filmes envolvendo pornografia infantil, não seria cabível aplicá-la analogicamente para impedir também a venda de filme que não tenha qualquer conteúdo sexual, mas em que haja a participação de atores mirins. Mas poder-se-á cogitar da aplicação analógica da norma em questão para proibir a venda de revistas que contenham pornografia infantil. A análise da *ratio* da norma respalda o uso da analogia no segundo caso, mas não no primeiro.

A doutrina distingue a *analogia legis* da *analogia juris*. Na primeira, a integração da lacuna é feita por meio da aplicação de uma norma

jurídica determinada. Na segunda, a solução é encontrada não em uma norma jurídica específica, que trate de questão similar, mas no sistema jurídico como um todo, no qual se procura o equacionamento adequado para a hipótese. Também se distingue a *analogia* da *interpretação extensiva*. Na interpretação extensiva, há descompasso entre a intenção normativa e o texto, o que é corrigido pelo intérprete, por meio de uma exegese que amplia o sentido da norma, ultrapassando a sua expressão literal. Quando se realiza a interpretação extensiva, não se preenche lacuna, mas aplica-se a norma jurídica sobre hipótese compreendida no seu campo de incidência. Já na analogia existe a lacuna, tendo em vista que a intenção legislativa não estendia a norma até o caso em que esta será aplicada. Trata-se de uma distinção sutil, cujas fronteiras situam-se muitas vezes numa zona de penumbra.

No campo constitucional, a analogia pode se revelar muito importante.²⁰ Antes da regulação dos limites temáticos das medidas provisórias pela EC 32/2001, havia sólida doutrina sustentando que a lacuna constitucional em questão deveria ser suprida com o uso da analogia, aplicando-se o art. 68 da Constituição, que definia os limites para a edição de leis delegadas. Argumentava-se que, se o constituinte proibira a expedição de normas pelo Executivo em determinados assuntos, mesmo quando previamente autorizado pelo Parlamento, ainda por mais razões dever-se-ia considerá-lo impedido de editar normas sobre tais temas sem a obtenção da prévia autorização.²¹

O uso da analogia constitucional tampouco é estranho à jurisprudência do STF. No caso comentado no item anterior, atinente à exigência de 10 anos de prática profissional para composição, por advogados, dos tribunais regionais eleitorais, a Corte endossou o emprego da analogia para integração da lacuna constitucional constatada.

No domínio constitucional, há quem afirme que a analogia só pode ser buscada no âmbito da própria Constituição.²² A afirmação, contudo, não pode ser tomada de forma absoluta, já que a natureza aberta do sistema constitucional não é compatível com a absoluta vedação do recurso a outras fontes extra-constitucionais para integração das suas lacunas. Figure-se um exemplo imaginário. Suponhamos que um grupo criminoso interessado na aprovação de um determinado projeto de lei sequestrasse o filho de um parlamentar, exigindo, como

condição para a libertação da criança, que o político votasse a favor do ato normativo. O parlamentar acaba cedendo à ameaça, e o seu voto revela-se essencial para a aprovação da norma. Imediatamente depois da publicação da lei, o caso vem à tona e passa-se a discutir a validade do ato normativo. Será que ele é formalmente constitucional? A Constituição não trata dos vícios de vontade dos parlamentares no processo legislativo, mas não parece que exista aqui um silêncio eloquente, a significar que qualquer voto, ainda que obtido mediante grave coação, seja válido. Seria repugnante ao espírito da Constituição considerar válida uma lei cuja aprovação tenha sido obtida por meio do sequestro do filho de um parlamentar. Na hipótese, entendemos que existe uma lacuna, que pode ser suprida com o recurso ao Código Civil, que trata da coação, como vício de vontade (arts. 151 a 155), e a sua integração conduziria ao reconhecimento da inconstitucionalidade do ato normativo imaginado.

O COSTUME CONSTITUCIONAL

Como se sabe, o costume é também uma fonte do Direito, que não se esgota nas normas jurídicas produzidas pelo Estado. O costume contribui para abertura do sistema jurídico, intensificando a sua conexão com a realidade social subjacente. A sua derivação social e flexibilidade tornam o ordenamento jurídico mais permeável ao fato social e aos valores socialmente compartilhados. A doutrina, em geral, caracteriza o costume jurídico pela confluência de dois elementos: o elemento objetivo, que é a repetição habitual de um determinado comportamento; e o elemento subjetivo, que é a consciência social da obrigatoriedade deste comportamento.²³

No Direito Constitucional, o costume também desempenha papel relevante. Em estados desprovidos de constituição escrita, como o Reino Unido, ele é uma fonte constitucional decisiva, ao lado das leis constitucionais esparsas, aprovadas ao longo da história constitucional do país.²⁴ Em outros, dotados de Constituição escrita, que são a absoluta maioria no mundo contemporâneo, o costume constitucional não tem a mesma proeminência, mas, ainda assim, é admitido dentro de alguns limites, como fonte constitucional subsidiária.²⁵ Na Itália, por exemplo, reconheceu-se a validade do costume constitucional de

aprovação, pela Câmara dos Deputados, de moção de desconfiança a único ministro, e não a todo o gabinete de governo, como prevê a Constituição Italiana.²⁶

A admissão do costume constitucional em países dotados de Constituição escrita e rígida suscita algumas perplexidades. Afinal, como a Constituição não regula – nem teria como fazê-lo – a forma de produção e alteração do costume, a sua admissão na seara constitucional implica numa certa relativização da rigidez da Lei Maior.²⁷ Sem embargo, a necessária permeabilidade constitucional à realidade social subjacente justifica que, com algumas cautelas, se admita o costume também neste campo, desde que ele não esteja em desacordo com os preceitos da Constituição, nem tampouco ofenda os seus valores fundamentais²⁸. Afinal, a existência de uma Constituição formal não é incompatível com a presença no sistema constitucional de outros elementos nela não contidos, e a rigidez não bloqueia a possibilidade, dentro de alguns limites, de mutação constitucional.

A doutrina aponta como exemplo de costume constitucional no Brasil a aprovação de algumas leis, de caráter mais consensual, por meio do chamado “voto de liderança”.²⁹ Quanto isto ocorre, os projetos de lei não são votados no Plenário de cada casa legislativa por todos os parlamentares presentes, pois os líderes de cada partido, na Câmara ou no Senado, manifestam-se em nome das respectivas bancadas. Há, contudo, quem veja nesta prática uma afronta às regras constitucionais que disciplinam o processo legislativo.³⁰

O costume constitucional é dotado de superioridade hierárquica em face do direito infraconstitucional, podendo fundamentar o exercício do controle de constitucionalidade dos atos normativos.³¹ Por outro lado, a sua porosidade às dinâmicas sociais, e a ausência de regulação do seu processo de formação e mudança, tornam o costume constitucional um dos principais instrumentos por meio dos quais se opera a mutação constitucional.³²

É certo, porém, que a rigidez e a força normativa da Constituição não se compatibilizam com o costume *contra legem* (que também pode ser chamado de *contra constitutionem*). Portanto, o costume, por mais enraizado que seja, jamais pode ser invocado como escusa para a violação da Constituição, nem enseja a revogação de preceitos consti-

tucionais. Isto confere ao costume constitucional uma posição singular no sistema das fontes do Direito, já que ele se situa acima das normas infraconstitucionais, mas, mesmo quando superveniente, não tem o condão de alterar o texto da Constituição.

Isto não significa dizer que, no mundo real, certas práticas francamente contrárias à Constituição não se estabeleçam, criando raízes. Um exemplo, no Brasil, liga-se à presença ostensiva de símbolos religiosos católicos em repartições públicas, inclusive no Plenário do Supremo Tribunal Federal, em franca contradição com o princípio da laicidade do Estado (CF, art. 19, I), que veda que os Poderes Públicos se identifiquem, inclusive simbolicamente, com qualquer confissão religiosa, ainda que majoritária.³³

Sem embargo, em nenhuma hipótese deve-se entender que o costume *contra legem* pode se sobrepor ao que prescreve a Constituição, nem tampouco que ele enseja a perda da validade da norma constitucional desrespeitada, por desuso.³⁴ Na verdade, o costume *contra constitutionem* é patologia constitucional a ser combatida, não possuindo qualquer valor jurídico.

Os costumes constitucionais admissíveis são o *secundum legem*, ou interpretativo, e o *praeter legem*, ou integrativo. No primeiro caso, opta-se por uma determinada interpretação da Constituição, dentre as várias que o texto e o sistema franqueiam, porque ela é endossada por costume jurídico cristalizado. Cabe aqui, contudo, um breve registro. Nem sempre a tradição – que pode ser associada à idéia de costume – apontará a melhor interpretação da Constituição. A hipertrofia do valor da tradição na hermenêutica constitucional tende a converter-se em elemento conservador, de exclusão social e de manutenção de privilégios para as elites, no cenário de uma sociedade em que se encontram tão arraigadas a desigualdade social e cultural.³⁵

Apenas o costume *praeter legem* (ou *praeter constitutionem*) diz respeito ao suprimento de lacunas. Trata-se de costume sobre matéria constitucional, mas que não foi disciplinada pela Constituição.

O STF reconheceu a existência de costume constitucional no julgamento da ADI – MC 644.³⁶ Tratava-se de apreciar, em sede cautelar, a constitucionalidade de decreto estadual do Estado do Amapá,

que, enquanto a Assembléia Legislativa do Estado encontrava-se reunida para elaboração da Constituição Estadual, determinara que o Vice-Governador só substituiria o titular do Executivo no caso de afastamentos que perdurassem por mais de 15 dias. A Corte suspendeu o ato normativo, afirmando que, além do vício formal, ele também apresentava aparente inconstitucionalidade material. Assentou, inicialmente, a existência de “*uma prática constitucional invariável que vem do Império (...) atravessando os sucessivos regimes da República, a impor a transferência do exercício do Governo ao Vice-Presidente*”. E concluiu que, embora fosse duvidoso o enquadramento do referido costume constitucional como princípio estabelecido, de observância compulsória pelo constituinte estadual, “*à falta de Constituição Estadual, que disponha em contrário, a fonte provisória de solução do problema há de ser o padrão federal, no qual a imprecisão do texto constitucional foi precisada pela prática constitucional invariavelmente observada*”.

O texto constitucional federal em discussão era o art. 79, segundo o qual “*substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e o sucederá, no de vaga, o Vice-Presidente*”. Para o STF, embora a Constituição Federal não tenha definido o que se considera como impedimento do Presidente, formara-se o costume constitucional na matéria, no sentido de que o seu afastamento do cargo, mesmo que por um único dia, por motivos como viagem ao exterior e doença, já ensejaria a posse do seu Vice.

A CONVENÇÃO CONSTITUCIONAL

Há no Direito Constitucional Comparado um instituto conhecido como *convenção constitucional*³⁷, que corresponde a uma espécie de costume constitucional desprovido de tutela judicial. A convenção constitucional é uma categoria que se desenvolveu no constitucionalismo inglês, que corresponde às práticas reiteradamente seguidas por órgãos estatais em questões de natureza eminentemente constitucional, que não são impostas por nenhum texto escrito, mas que são consideradas obrigatórias. Como exemplos de convenção constitucional, cabe citar a indicação como Primeiro Ministro, pelo monarca, do líder do partido vencedor nas eleições para a Câmara dos Comuns; a necessidade de que o Primeiro Ministro seja sempre um membro da Câmara dos Comuns, e de que todos os demais ministros do governo pertençam a

esta ou à Câmara dos Lordes; e a impossibilidade de veto real às leis, salvo quando a rainha tenha sido instruída a exercer tal prerrogativa pelo Primeiro Ministro.

Entende-se, no direito inglês, que a ofensa a uma convenção constitucional, apesar de atentar contra a ordem constitucional, não pode ensejar qualquer reação jurisdicional³⁸, muito embora produza graves consequências políticas. Diz-se, por exemplo, que no dia em que a Rainha vetar uma lei, sem recomendação do seu Primeiro Ministro, ela estará precipitando o final da monarquia.

No Canadá, em que, como no Brasil, há constituição escrita e rígida, adotou-se o mesmo entendimento sobre a impossibilidade de proteção judicial das convenções constitucionais, em importante caso em que se examinou a possibilidade de mudança na Constituição do país sem o consentimento da maior parte das suas províncias. A Suprema Corte canadense foi provocada, e, apesar de ter reconhecido a existência de uma convenção constitucional na hipótese, entendeu que não era suscetível de tutela judicial.³⁹

Num sistema que conte com uma constituição escrita e rígida, dotada de supremacia jurídica, nenhuma convenção será válida se impuser qualquer ação ou omissão contrária à Constituição. O que as convenções podem fazer é algo sutilmente diferente: elas impõem relevantes restrições ao exercício de algum poder ou faculdade atribuído pela Constituição a algum órgão ou autoridade.⁴⁰ Neste sentido, pode-se ver o surgimento do “parlamentarismo à brasileira” durante o 2º Reinado como uma espécie de convenção constitucional. Na época, Pedro II passou, sistematicamente, a nomear para o seu gabinete representantes do partido que obtivera maioria nas últimas eleições parlamentares. Tal obrigação não estava prevista na Carta de 1824, que dava ao Imperador a faculdade de escolher livremente os seus ministros, mas foi se criando na cultura política do país o sentimento de que, se o monarca agisse de forma diferente, desconsiderando o resultado eleitoral, ele estaria violando os seus deveres constitucionais.⁴¹ Porém, seria impensável, naquele cenário, levar a questão ao Judiciário, caso nosso Imperador não honrasse a referida tradição.

Um exemplo de convenção constitucional que se formou no Brasil sob a égide da Constituição de 88 diz respeito à escolha do Presidente

do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal não tem regra específica sobre a escolha do Chefe do Poder Judiciário brasileiro, mas prevê a competência dos tribunais em geral para elegerem seus órgãos diretivos (art. 96, I, "a"). O Regimento Interno do STF (art. 2º, Parágrafo único), por sua vez, estabelece que todos os ministros participam da eleição, que escolhe o Presidente da Corte para mandato de dois anos. Contudo, formou-se uma prática não escrita na Corte, extremamente salutar, no sentido de que a escolha deve respeitar um rodízio entre os Ministros, no qual se aplica o critério da antiguidade. Todas as eleições para o cargo realizadas desde a Carta de 88 tiveram natureza meramente formal, homologando, na prática, o resultado decorrente da aplicação de tal critério, que é reputado essencial por evitar uma excessiva polarização na Corte, que poderia resultar de disputas eleitorais entre os seus componentes.

A hipótese envolve uma típica convenção constitucional, cujo efeito prático é constranger a liberdade atribuída pelo texto constitucional aos ministros do STF, de elegerem livremente o seu Presidente. A observância desta convenção constitucional não é facultativa. Nas perspectivas política e sociológica, ela se incorporou à nossa Constituição material, que deve ser respeitada pela Corte. Contudo, não existira a possibilidade de impugnação judicial a uma eventual decisão do STF que deixasse de cumpri-la. As consequências desta hipótese *sui generis* de "inconstitucionalidade" seriam puramente políticas.

Tal afirmação pode soar paradoxal para a ortodoxia constitucional brasileira da atualidade. Na teoria constitucional brasileira contemporânea, há dificuldade em dissociar a ideia de Constituição da possibilidade de tutela jurisdicional das suas normas. Por razões históricas compreensíveis, o discurso constitucional que se ergueu no país após o advento da Constituição de 88 foi no sentido de afirmação da ilimitada possibilidade de garantia judicial da Constituição. Tratou-se de uma estratégia voltada ao louvável propósito de buscar a efetivação da Constituição, no afã de superar uma crônica disfunção dos nossos sistemas jurídico e político, nos quais as constituições representavam pouco mais do que fachadas para o exercício do poder, que se portava de forma quase sempre indiferente em relação às prescrições constitucionais. Esta corrente, conhecida como "doutrina brasileira da efeti-

vidade”⁴², a princípio minoritária, logrou conquistar a hegemonia do nosso pensamento constitucional, convertendo-se na atual ortodoxia da disciplina. A sua aposta foi no sentido de que a proteção judicial da Constituição corrigiria o déficit de efetividade constitucional. Contudo, esta concepção judicialista da Constituição, apesar do seu relevante papel no desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, gerou uma visão incompleta do fenômeno constitucional, que se descuida da sua irrecusável dimensão política. O instituto da “convenção constitucional” situa-se nesta zona eminentemente política e não-jurisdicional do domínio constitucional.

A EQUIDADE CONSTITUCIONAL

Não é incomum que os casos concretos apresentem particularidades que não foram previstas pelo legislador. A equidade é o instituto jurídico que autoriza o intérprete a adaptar o direito vigente a estas necessidades, buscando retificar injustiças ou inadequações mais graves. A discussão sobre a equidade remonta a Aristóteles⁴³, que a comparou à “régua de Lesbos”: uma régua maleável, que se adapta às reentrâncias e irregularidades dos objetos, para medi-los com mais precisão. Diferentemente das leis, que seriam como as régua rígidas, a equidade teria flexibilidade para se amoldar às singularidades de cada caso, buscando a justiça particular para cada situação.

A equidade pode ser empregada para auxiliar na interpretação das normas legais e para corrigir a lei, quando a aplicação desta se revelar profundamente injusta ou inadequada às singularidades do caso concreto. Neste último sentido, ela é associada à suavização dos comandos legais, de forma benéfica aos seus destinatários. Mas a equidade também pode ser utilizada para preencher as lacunas da lei, integrando o ordenamento.⁴⁴ Esta distinção entre equidade *secundum legem*, *contra legem* e *praeter legem*, clara na teoria, não é tão nítida na prática, pois as lacunas a que a equidade é convocada a colmatar são quase sempre lacunas ocultas, vale dizer, lacunas que não decorrem da ausência de norma legal disciplinando uma hipótese, mas da constatação de que a norma incidente deixou de contemplar um aspecto essencial do caso, cuja consideração pelo legislador teria conduzido a tratamento jurídico distinto.

Diferentemente da analogia e dos costumes, a equidade não está prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro como meio de integração de lacunas. No ordenamento infraconstitucional brasileiro, a principal alusão à equidade se encontra no art. 127 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Esta reticência do nosso legislador infraconstitucional em relação à equidade se explica diante do predomínio, até não muito tempo atrás, de uma concepção jurídica formalista, que enxergava com grande má-vontade qualquer possibilidade de criação judicial do Direito, em razão de uma leitura ortodoxa do princípio da separação de poderes. No formalismo legalista, a equidade, que tivera o seu auge no Direito Romano, foi relegada a um papel menor.⁴⁵

Contudo, ao longo século passado, floresceram, em diferentes contextos históricos e com imposições político-filosóficas heterogêneas, várias correntes que valorizaram ao extremo a liberdade decisória do juiz na busca da solução mais justa ou adequada para cada caso, como a Escola do Direito Livre na França, o realismo jurídico norte-americano, a tópica jurídica alemã, e, no Brasil, algumas versões do movimento conhecido como “Direito Alternativo”. Tais correntes, contudo, incorreram em excessos, por não atribuírem a importância devida à exigência de previsibilidade e segurança jurídica, inerente ao Estado de Direito, nem tampouco à necessidade de legitimação democrática do processo de criação do Direito, que fundamenta a primazia do Parlamento na elaboração das normas jurídicas. O debate sobre hermenêutica jurídica encontra-se hoje muito longe de qualquer equacionamento definitivo – que provavelmente nunca virá – mas as posições mais aceitas e razoáveis são as que se situam entre os dois extremos, representados pela negação da criação judicial do Direito e pela rejeição da vinculação do intérprete às normas positivas em vigor. Neste cenário, surge para a equidade um espaço maior do que o ocupado no apogeu do positivismo formalista, sem que ela se converta, todavia, no meio ordinário de regulação social e de resolução de conflitos jurídicos.

Na seara constitucional, um uso importante da equidade dá-se no afastamento da incidência de certos atos normativos infraconstitucionais que, conquanto válidos em geral, se revelem flagrantemente

inadequados ou injustos quando aplicados a determinados casos específicos compreendidos no seu campo de incidência. Neste sentido, a doutrina nacional, a partir das lições de Humberto Ávila, tem aludido à equidade como uma das dimensões do princípio da razoabilidade.⁴⁶ O autor gaúcho forneceu um exemplo interessante da jurisprudência administrativa do Conselho de Contribuintes.⁴⁷ Normas tributárias federais dispensam tratamento favorecido para empresas de pequeno porte que não efetuem operações de importação. Uma pequena fábrica de sofás fora excluída pela Receita Federal do regime fiscal em questão, tão-somente por ter, apenas uma vez, importado os pés de um único sofá. A decisão foi revertida pelo Conselho dos Contribuintes, que não a considerou razoável.

A equidade também pode ser usada para suprir lacunas da Constituição ou temperar, em circunstâncias excepcionais, o rigor das suas regras. Vejamos dois casos do STF. O primeiro foi examinado na ADI 1.289-4⁴⁸, proposta contra Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público do Trabalho (CNMPT) que permitira a composição da lista para ingresso nos Tribunais Regionais do Trabalho de membros do MP com menos de 10 anos de exercício, caso não houvesse quantidade suficiente de candidatos que satisfizessem este requisito. De acordo com a Constituição, os membros do MP que concorrem à lista para ingresso nos tribunais devem sempre contar com mais de 10 anos de carreira (art. 115 c/c 94, CF). Trata-se de uma típica regra constitucional, cujo texto não prevê qualquer exceção.

Sem embargo, a Corte entendeu que, nas circunstâncias do caso, a exigência que tal regra contém deveria ceder. É que, naquela época, a quantidade de Procuradores do Trabalho em exercício há mais de 10 anos tornava quase certo que não se conseguiria, em muitos casos, formar a lista em questão, caso a exigência fosse mantida. Para a Corte, haveria no caso uma lacuna, uma vez que o constituinte não previra nenhuma solução para aquela hipótese, e esta havia sido preenchida corretamente pela decisão do CNMPT.⁴⁹ Mais importante do que cumprir a exigência mínima de experiência imposta pela Constituição seria assegurar a composição plural dos TRTs, através da garantia de vagas ao Ministério Público, bem como proteger a liberdade de cada tribunal e do Chefe do Executivo na escolha dentre os integrantes da lista.⁵⁰

Outro caso interessante foi apreciado no Mandado de Segurança 26.690⁵¹, em que a Corte afastou a aplicação da regra constitucional que exige a comprovação de três anos de atividade jurídica para ingresso nas carreiras do Ministério Público (art. 129, 3º, CF). O STF permitiu a posse no cargo de Procurador da República de candidata que não comprovara tal requisito, mas que, anteriormente ao concurso, já desempenhava a função de Promotora de Justiça, no qual tomara posse antes da aprovação da EC 45/2004, que instituiu a exigência em questão. A Corte entendeu que o caso era excepcionalíssimo, pois não faria sentido negar a um membro do Ministério Público a possibilidade de concorrer a cargo em outra carreira da instituição, haja vista o princípio constitucional da unidade do MP.

Em diversos votos proferidos no STF pelo Ministro Eros Grau, empregou-se a teoria do estado de exceção para justificar a não-aplicação de regras constitucionais a casos em que, pelo seu texto, deveriam incidir, mas nos quais a presença de circunstâncias excepcionais justificariam o seu afastamento.⁵² Algumas destas decisões poderiam ser explicadas por meio do recurso à idéia de equidade, ao invés da teoria do estado de exceção. Não parece apropriado, sobretudo em momentos de normalidade institucional,⁵³ como os que o Brasil hoje vivencia, atribuir ao STF o “poder soberano”, no sentido de Carl Schmitt⁵⁴, de suspender a força de normas jurídicas para instaurar a exceção. Esta linha argumentativa, além de desnecessária, pode revelar-se perigosa, se manejada por quem não tenha os mesmos compromissos democráticos do Ministro Eros Grau.

De qualquer forma, é recomendável uma postura de grande parcimônia e de autocontenção no uso da equidade constitucional. É que, em geral, este uso envolve a não aplicação de alguma regra constitucional que, não fosse o reconhecimento de lacuna oculta, incidiria sobre a hipótese. E só em hipóteses excepcionalíssimas se deve admitir o afastamento de regras constitucionais, sob pena de submeter-se a força normativa da Constituição a valorações nem sempre confiáveis dos juízes e demais intérpretes.

Ademais, não se deve conceber a equidade como o instrumento para que cada intérprete inscreva na Constituição as suas preferências, valores e idiosincrasias. Não se nega, por óbvio, que a equidade

envolve, por definição, atividade criativa do operador jurídico, mas a criação do Direito deve estar sempre pautada pelo sistema constitucional, norteando-se pelo seu espírito e pelos seus valores fundamentais, sob pena de subversão do Estado Democrático de Direito.

A INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE OS CRITÉRIOS PARA SUPRIMENTO DE LACUNAS CONSTITUCIONAIS

Discute-se, em doutrina, se haveria ou não uma ordem obrigatória entre os instrumentos para a integração do Direito. Diversos comentadores do art. 4º da antes denominada Lei de Introdução do Código Civil sustentam que a disposição das palavras no respectivo texto expressaria uma ordem de preferência.⁵⁵ De acordo com esta posição, primeiro o intérprete deve recorrer à analogia; se esta não for possível, ele passa aos costumes; e, se nem uma nem o outro resolverem o caso, vai aos princípios gerais de Direito.

Se esta tese já nos parece bastante discutível fora do domínio constitucional, neste, ela não é minimamente sustentável. Em primeiro lugar, porque, ainda que o artigo 4º estabelecesse esta ordem de preferência, ela não seria, só por isso, obrigatória no campo constitucional. Afinal, não é papel do legislador infraconstitucional definir, de forma vinculante, como se deve interpretar e aplicar norma que lhe é hierarquicamente superior.

Ademais, a complexidade do domínio empírico sobre o qual recai a Constituição, aliada à dimensão política dos seus preceitos e valores, torna inviável qualquer tentativa de estabelecer critérios absolutamente rígidos para a interpretação ou integração dos seus preceitos.

CONCLUSÃO

Nos últimos tempos, o Direito Constitucional brasileiro parece dominado por uma onda “panprincialista”, em que se louva a frouxidão metodológica, em nome de uma suposta efetivação da justiça material. O novo senso-comum teórico que vem se formando entre nós parece aplaudir qualquer invocação grandiloquente de princípios e valores

constitucionais que conduza a resultados tidos como politicamente corretos, por menos plausível e fundamentada que seja a argumentação jurídica empregada. Já critiquei, em outros estudos⁵⁶, esta tendência, que pode gerar grave insegurança jurídica e arbítrio judicial.

Não alento qualquer esperança de que o maior rigor metodológico possa tornar-se a panacéia para os nossos problemas constitucionais. Estou convicto de que, pela sua própria natureza, o Direito Constitucional sempre ostentará uma inextirpável – e necessária – dimensão política, que jamais será plenamente domesticada por qualquer método.

Não obstante, considero importante, no atual cenário, retomar a reflexão metodológica, inclusive para revisitar, com um novo olhar constitucionalista, certos institutos e conceitos tradicionais da Teoria Geral do Direito, como as lacunas e os meios para a sua integração. Estas categorias, desde que analisadas sob novas lentes, podem contribuir para a racionalização da argumentação e adjudicação no campo constitucional, tão necessárias em nosso presente contexto.

NOTAS

- 1 Veja-se, sobre o tópico, BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7ª ed. Brasília: Editora UnB, 1996, pp. 115-160; LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Trad. M. Rodríguez Molinero. 2ª ed. Madrid: Ariel, 2001, pp. 363-400. GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 173-184.
- 2 Cabem aqui um breve registro. Em qualquer sociedade, existem os chamados “espaços vazios de Direito”, e estes não são equiparáveis às lacunas. Há espaço vazio de Direito quando o ordenamento não cuida de determinadas questões não por uma falha sua, mas porque não se considera apropriado ou legítimo fazê-lo. O assunto fica sem disciplina jurídica, ainda que seja eventualmente regulado em outras esferas sociais, como a estética, a das regras de cortesia, a religiosa etc. O ordenamento jurídico da maior parte dos países não trata, por exemplo, da forma como as pessoas devem se cumprimentar, nem disciplina a quantidade de banhos que cada um deve tomar, o que não pode ser considerado uma lacuna. Veja-se, a propósito, LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Op. cit. p. 364; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale de Diritto Costituzionale*. I. Il sistema delle fonti del Diritto. Torino: Utet, 1988, pp. 79-80.
- 3 LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Op. cit. p. 370.
- 4 É certo que fatores diversos podem levar o poder constituinte a positivar na Constituição normas não tão importantes, o que, sem dúvida, ocorreu na Constituição de 88.
- 5 De acordo com Canotilho, a reserva de constituição “significa que determinadas questões respeitantes ao estatuto jurídico do político não devem ser reguladas por leis ordinárias, mas pela constituição” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 241). Para o autor lusitano, “a idéia de reserva de constituição aponta para a existência de certos núcleos de matérias que, de acordo com o espírito do tempo e a consciência jurídica geral da comunidade, devem estar normativamente contemplados na lei proeminente desta comunidade”.

- o que ele associa aos “princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do governo e do processo político (poderes do legislativo, executivo e do judiciário, princípio da regra majoritária) e pelos direitos de liberdade e igualdade básicos de um cidadão que as maiorias legislativas devem respeitar” (Ibidem, p. 1015).
- 6 ADI 3510, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 27.5.2010.
- 7 No mesmo sentido, veja-se CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Loc. Cit. Sobre o papel da Constituição como “reserva de Justiça”, veja-se VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça** (um ensaio sobre limites materiais ao poder de reforma), São Paulo: Malheiros, 1999.
- 8 Ressalte-se que tampouco seria possível a edição de lei complementar para disciplina do tema. É que, de acordo com entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado, só cabe a edição de lei complementar para tratar de assuntos que o próprio constituinte tenha reservado à legislação complementar. E não há, na Carta de 88, qualquer previsão para edição de lei complementar nesta matéria.
- 9 PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. Trad. Vergínia K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 105-107.
- 10 RMS 24334/PB, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 26.8.2005.
- 11 Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t.2. Op. cit. p. 237.
- 12 Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Op. cit. p. 134.
- 13 Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 129. Há quem diferencie a interpretação constitucional da construção, salientando o caráter mais vinculado da primeira em relação à segunda. Para nós, a construção não deixa de ser interpretação constitucional, já que se trata de atividade destinada à atribuição de sentido às normas constitucionais. No mesmo sentido, veja-se FERRAZ, Anna Cândida Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 47-48.
- 14 Veja-se WHITTINGTON, Keith. **Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning**. Cambridge: Harvard University Press, 1999; e TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.
- 15 . *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
- 16 Na ocasião, chegou-se a cogitar na assunção interina da Presidência da República pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Ulysses Guimarães, que convocaria novo pleito (cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, p. 446). Acabou prevalecendo a tese mais correta sob o ângulo constitucional.
- 17 Sobre a relação entre os princípios gerais de Direito e a Constituição, cf. FLORES-VALDÉS, Joaquín Arce y. **Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1990. Sobre a normatividade dos princípios, veja-se DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; e SOUSA NETO, Cláudio pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fom, 2012, pp. 375 ss.
- 18 Cf. MAXIMILIANO, Carlos Maximiliano. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 210; FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. Trad. Manuel A. D. de Andrade. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 59.
- 19 Cf. SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 93-94.
- 20 Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, pp. 79-83.
- 21 Neste sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 459; CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 77-78.
- 22 Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. 2. Op. cit. p. 236; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Op. cit. p. 139.

- 23 Cf. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 158; HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos Dias de Hoje**. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 461-462.
- 24 No Reino Unido, há também importantes fontes constitucionais de origem não-costumeira: as leis constitucionais (a primeira delas foi a *Magna Carta*, de 1215, e muitas outras se seguiram, até o *Constitutional Reform Act*, de 2005) e os precedentes judiciais. Aliás, como se analisará em seguida, não se fala no Reino Unido em costume, mas em convenção constitucional. E lá se considera que as convenções constitucionais, conquanto de observância obrigatória, não são suscetíveis de proteção judicial no caso de descumprimento. Veja-se, a propósito, BARNETT, Hillaire. **Constitutional & Administrative Law**. 3rd ed. London: Cavendish Publishing, 2000, pp. 19-50.
- 25 Cf. GARCIA, Emerson. **Conflito entre Normas Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 224-232.
- 26 Cf. VERGOTTINI, Giuseppe. **Diritto Costituzionale**. 3ª. ed. Padova: CEDAM, 2001, p. 251.
- 27 Cf. VEGA, Pedro de. **La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente**. Madrid: Editorial Tecnos, 1985, pp. 195-200; SILVA, José Afonso da. “Mutações Constitucionais”. In: **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 294-297.
- 28 No mesmo sentido, veja-se MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. 2. Op. Cit. pp. 93-106; e FERRAZ, Anna Cândida Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. Op. cit. pp. 182-198.
- 29 Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. cit. p. 135.
- 30 Neste sentido, veja-se PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. “Voto de Liderança”. In: **Revista de Direito Público**, nº 76, 1985, pp. 57 *et seq.*
- 31 Nesse sentido, salientou Pontes de Miranda: “É preciso ter-se sempre em vista que a regra jurídica não-escrita de direito constitucional corta a legislação ordinária que dela discrepe, como a cortaria a regra escrita de direito constitucional” (*Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 301).
- 32 Sobre a mutação constitucional, veja-se PEREIRA NETO, Cláudio de Sousa e SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: toeira, história e métodos de trabalho**. Op. cit., pp. 339-356.
- 33 A questão da presença de crucifixos nos tribunais foi levada ao Conselho Nacional de Justiça, por meio do Pedido de Providências nº 1.344, por meio do qual a ONG “Brasil para Todos” buscava decisão que vedasse esta prática. O CNJ rejeitou o pedido, em decisão proferida em 2007. No voto do Relator, Conselheiro Oscar Argollo, um dos argumentos invocados em favor da presença dos crucifixos nos tribunais foi exatamente o costume: “A cultura e tradição – fundamentos da nossa evolução social – inseridas numa sociedade oferecem aos cidadãos em geral a exposição permanente de símbolos representativos, com os quais convivemos pacificamente, v. g. o crucifixo, o escudo, a estátua etc. (...) Portanto, se o costume é a palavra chave para a compreensão dos conceitos de ética e moral, a tradição se insere no mesmo contexto, uma vez que deve ser vista como um conjunto de padrões de comportamentos socialmente condicionados e permitidos. E não podemos ignorar a manifestação cultural da religião nas tradições brasileiras, que hoje não representa qualquer submissão ao poder clerical”. Sobre esta questão, com análise crítica da decisão do CNJ, veja-se SARMENTO, Daniel. “O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado”. In: **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 161-178.
- 34 Não obstante, na França, durante o período da III República (1875-1946), ocorreu fenômeno caracterizado pela doutrina do país como costume constitucional *contra legem*, que teria levado ao desuso ou dessuetude, de norma constitucional. A Constituição de 1875 atribuía ao Presidente da República, com a autorização do Senado, a faculdade de dissolver a Câmara dos Deputados. A falta de uso desta prerrogativa, associada ao reconhecimento geral da sua inconveniência, acabou gerando a crença no meio jurídico e político de que a norma constitucional que reconhecia esta faculdade não poderia mais ser aplicada. Veja-se, a propósito, BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit Constitutionnel**. 25e. ed., Paris: L.G.D.J., 1997, pp. 64-66.

- 35 Neste sentido, criticando o peso do argumento da tradição na interpretação dos direitos fundamentais, veja-se ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, pp. 60-63; SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracies: What Constitutions Do**. Cambridge: Oxford University Press, 2001, pp. 67-94.
- 36 ADI-MC 644, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 21.2.1992.
- 37 A expressão “convenção constitucional” foi cunhada por A. V. Dicey, em obra clássica do Direito Constitucional inglês, intitulada **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, publicada originalmente em 1883.
- 38 Esta concepção tradicional, de que não haveria qualquer remédio judicial para a ofensa às convenções constitucionais foi reafirmada em dois julgamentos mais recentes do Judiciário inglês: *Attorney General v. Jonathan Cape Ltd* (1976) 1 QB 752, e *Manuel v. Attorney General* (1983) Ch 77.
- 39 O caso, conhecido como *Patriation Reference*, foi julgado em 1981.
- 40 Neste sentido, HOGG, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. 7th. ed., Toronto: Carswell, 2007, p. 7.
- 41 Não obstante, é certo que Pedro II afastou três gabinetes que contavam com respaldo da maioria parlamentar, valendo-se da faculdade conferida ao Poder Moderador de dissolver a Câmara e convocar novas eleições, nas quais obteve a nova maioria que desejava. Isto ocorreu em 1843, 1858 e 1868.
- 42 A obra de referência da doutrina constitucional da efetividade é de BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. Para uma crítica à visão excessivamente judicialista da teoria constitucional brasileira contemporânea, veja-se BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 14-18. E, para uma defesa equilibrada da tese de que a Constituição vai além do campo acessível à jurisdição constitucional – apesar da irrecusável relevância desta última para proteção e promoção dos valores constitucionais –, veja-se SAGER, Lawrence G. **Justice in Plainclothes: A theory of American Constitutional Practice**. New Haven: Yale University Press, 2004.
- 43 Vale a pena reproduzir o texto clássico de Aristóteles sobre a equidade: “O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo geral, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza. Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão – em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso. Por isso, o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça – não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. É essa a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade” (“Ética a Nicômaco”. In: **Os Pensadores: Aristóteles (II)**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 136).
- 44 Sobre os diferentes usos da equidade, veja-se ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 186-190; e MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Op. cit. pp. 172-175.
- 45 Sobre a trajetória histórica da equidade, cf. MANAÍ, Dominique. “Equidade”. In: ARNAUD, André-Jean (dir.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Trad. Vicente de Paula Barreto (Dir.), Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 309-312.
- 46 Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 154-157; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. “Razoabilidade na Dogmática Jurídica Contemporânea: Em busca de um mapa semântico”. In: **Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 315-319.

- 47 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Op. cit. p. 156. O autor cita o Processo 1303.000021/99-14, 2º Conselho dos Contribuintes, 2ª Câmara, sessão de 18.10.2000.
- 48 Emb. Inf. na ADI 1.289-4, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 27.2.2004.
- 49 De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, “(...) a regra constitucional em questão contém uma lacuna: a não-regulação das situações excepcionais existentes na fase inicial de implementação do novo modelo constitucional. Não tendo a matéria sido regulada em disposição transitória, parece adequado que o próprio intérprete possa fazê-lo em consonância com o sistema constitucional”.
- 50 Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, “Muito mais distante da vontade constitucional seria a composição do Tribunal sem a participação dos integrantes do Ministério Público. Da mesma forma, a composição da lista com número inferior ou estabelecido constitucionalmente, afetando o modelo já restrito de liberdade de escolha. (...) Não há dúvida, pois, que, entre os caminhos possíveis de serem trilhados, escolheu a Resolução aquele que mais se aproxima da integridade da decisão constitucional”.
- 51 MS 26.690, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 18.12.2008.
- 52 Veja-se, exemplificativamente, a argumentação do Ministro Eros Grau no julgamento do RE 597-994-6, em que se discutiu a possibilidade de que promotora de justiça se candidatasse à reeleição para prefeitura de um município, posteriormente à promulgação da EC 45/04, que vedou qualquer atividade político-partidária aos membros do MP que ingressaram na carreira após a Constituição de 88 (antes da EC 45/2004, entendia-se que os membros do MP podiam candidatar-se, desde que se licenciassem previamente). Em voto acolhido pela Corte, o Ministro ressaltou a excepcionalidade do caso, pelo fato de que a promotora já era prefeita quando adveio a EC 45/04, e a Constituição faculta a candidatura à reeleição para a Chefia do Executivo. Isto justificaria que se reconhecesse a não-incidência da vedação constitucional em discussão, o que Eros Grau fundamentou na idéia do estado de exceção: “A exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma em geral. A norma geral deixaria de sê-lo (deixaria de ser geral) se a contemplasse. Da exceção não se encontra alusão no discurso da ordem vigente. Define-se como tal justamente por não ter sido descrita nos textos escritos que compõem essa ordem. Ela está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos do direito positivo (...). O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado de normalidade, zona de indiferença, no entanto, capturada pelo direito. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – somente desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção). Daí que ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também estas situações exceção” (DJe de 6.8.2009). A mesma linha argumentativa foi seguida em diversos outros votos do Ministro Eros Grau, como os proferidos na Reclamação 3.53, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27.10.2006; ADI 2.240, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 9.5.2007; ADI 3.316, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 29.6.2007; ADI 3.489, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 29.6.2007; HC 94.916, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 12.12.2008.
- 53 Não se ignora a teoria do estado de exceção do filósofo Giorgio Agamben, que sustenta a idéia de que mesmo no contexto de “normalidade institucional” o estado de exceção subsiste. Esta concepção pode até ser apropriada para descrever hipóteses como a de violação sistemática de direitos humanos em favelas e comunidades carentes e de anomia nos presídios – espaços que o Estado de Direito muitas vezes não consegue alcançar, mesmo no contexto de regimes políticos formalmente democráticos. Contudo, esta teoria não pode ser empregada como fundamento para atribuição aos tribunais do poder de suspender a aplicação de normas constitucionais vigentes, instaurando a exceção, como se fossem soberanos, sob pena de legitimação de verdadeira tirania judiciária. Giorgio Agamben tratou do tema em *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2003, pp. 11-49; e *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004, pp. 23-75.
- 54 Carl Schmitt – certamente o mais importante representante do autoritarismo no pensamento constitucional moderno – elaborou conhecida definição de soberania: “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHIMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7).

- 55 Cf. CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria Geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 54.
- 56 SARMENTO, Daniel. "Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda". In: **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; e "O Neo-constitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2003.

_____. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **Os pensadores**: metafísica, ética a Nicômaco, poética. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARNETT, Hillaire. **Constitutional & administrative law**. 3. ed. London: Cavendish Publishing, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7. ed. Brasília: Editora UnB, 1996

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit constitutionnel**. 25. ed., Paris: L.G.D.J, 1997.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Razoabilidade na Dogmática Jurídica Contemporânea: Em busca de um mapa semântico. In: _____. **Teoria do direito e decisão racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 315-319.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

DICEY, A. V. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. Publicada originalmente em 1883.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução de Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1937.

FERRAZ, Anna Cândida Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FLORES-VALDÉS, Joaquin Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 173-184.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias de hoje**. Coimbra: Almedina, 2004.

HOGG, Peter W. **Constitutional Law of Canada**. 7th. ed., Toronto: Carswell, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Tradução de M. Rodríguez Molinero. 2. ed. Madrid: Ariel, 2001.

MANAÏ, Dominique. Equidade. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Tradução de Vicente de Paula Barreto (Dir.), Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 309-312.

MAXIMILIANO, Carlos Maximiliano. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Tomo II.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. T. 1.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Voto de liderança. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 18, n. 76, p. 57-62, out./dez. 1985.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SAGER, Lawrence G. **Justice in Plainclothes: A theory of American Constitutional Practice**. New Haven: Yale University Press, 2004.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: _____. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 161-178.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: _____. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: _____. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHIMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Mutações constitucionais. In: _____. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUSA NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fom, 2012.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. **Designing democracies: what Constitutions do**. Cambridge: Oxford University Press, 2001.

TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Editorial Tecnos, 1985.

VERGOTTINI, Giuseppe. **Diritto costituzionale**. 3. ed. Padova: CEDAM, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WHITTINGTON, Keith. **Constitutional Construction: divided powers and constitutional meaning**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Manuale de diritto costituzionale**. I. Il sistema delle fonti del diritto. Torino: Utet, 1988.

Artigo recebido em: 22-11-2012

Artigo convidado