

## CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL

Uadi Lamêgo Bulos  
Advogado.

Mestre e Doutorando (fase final de elaboração de tese)  
em Direito do Estado, sub-área de concentração Direito Constitucional,  
na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Professor de Direito Constitucional da Escola de Preparação e  
Aperfeiçoamento de Magistrados da Bahia.

Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros e  
do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

### 1 NOÇÃO DE CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL

A *construção constitucional* originou-se nos Estados Unidos da América do Norte, representando uma técnica de grande importância para a mais típica e original das instituições americanas: a Suprema Corte.<sup>1</sup>

O termo *construction*, segundo os dicionaristas do Direito Anglo-Americano, vem empregado para designar “a fixação do sentido de uma Constituição, lei estatuto de uma sociedade, regimento de uma sociedade beneficente, contrato, testamento, ou qualquer outro instrumento em litígio, ou tendo uma relação com o litígio”.<sup>2</sup>

1 Cf.: Donald S. Lutz. *The Origins of American Constitutionalism*. Londres, Baton Rouge, 1988. Aliter: Wallace Mendelson. *The Constitution and the Supreme Court*. Nova York, 1959.

2 *Ballentine's Law Dictionary*, third edition, 1969.

Mas, noutra acepção, a *construction* é diferenciada, pelos americanos, da interpretação. Ela seria a retirada de conclusões através de elementos já existentes, dados e indicados pela linguagem usada, ao passo que o ato interpretativo significaria a arte de descobrir o verdadeiro sentido da própria linguagem, ou, de alguma forma, das palavras ou símbolos. Assim, a interpretação relacionar-se-ia, propriamente, à linguagem ou aos símbolos, enquanto que a construção serviria para determinar não o sentido das palavras ou símbolos, mas o significado de todo o Texto Maior. Em resumo, asseveram que a interpretação consignaria a arte de encontrar o verdadeiro sentido das palavras ou símbolos. Tais palavras ou símbolos, não participam do construtivismo<sup>3</sup>, porque este leva em conta o Documento inteiro, em conexão de sentido.<sup>4</sup>

Nesse ínterim, afirmam que a interpretação atém-se ao texto, estudando propriamente a lei, e a construção vai adiante, examinando as normas jurídicas em seu conjunto, descobrindo e revelando a *ratio essendi* do produto legislado, no sentido de recompô-lo ou construí-lo, sempre sope-sando o todo orgânico. A interpretação configuraria, para alguns, o exame isolado da lei, já a construção seria a confrontação das palavras legais com outras do mesmo ou diferente repositório de normas, a fim de determinar “o Direito Positivo, lógico, aplicável à vida real”<sup>5</sup>.

Henry Campbell Black, em manual específico sobre o assunto<sup>6</sup>, concluiu que construção é o processo ou arte de determinar o sentido, o significado real, a explicação própria dos termos, obscuros ou ambíguos, de uma lei, de um documento escrito, ou de um contrato verbal, tendo em vista sua aplicação a um caso concreto, quando existir dúvida, quer por motivo de aparente conflito entre normas, quer em razão de que o caso concreto não se ache expressamente previsto na lei. A interpretação, segundo Black, implica na mera análise da linguagem utilizada pelo legislador. Trata-se da explanação dos termos difíceis e ininteligíveis, daquilo que se apresenta oculto. Aqui, o jurista se acha, apenas, em face do texto legal, cujo exato

3 Luiz Antônio Severo da Costa, em O poder normativo do Supremo Tribunal Federal (construtivismo judiciário), *Revista Forense*, vol. 266, p.91, prefere dizer *construtivismo*, que significa ação construtiva, e não *construcionismo*.

4 Cf.: *Black's Law Dictionary*, revised edition, 1968.

5 Cf.: Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1991, p.40.

sentido procura apreender. Difere, pois, da construção que visa, antes de tudo, a aplicação do texto ao caso concreto, quando os dispositivos legais forem aparentemente contraditórios ou, então, omissos a respeito de uma dada matéria<sup>7</sup>.

De acordo com essa postura, o ato interpretativo significa a simples análise gramatical e lógica das expressões legisladas, mera pesquisa dos termos isolados de um preceito jurídico, o qual é considerado em si mesmo, somente em sua letra, em sua gramática. A construção, por sua vez, constitui um critério extrajurídico, que busca confrontar elementos intrínsecos - aqueles existentes no Texto Maior, com outros extrínsecos, tais como princípios, fatos, valores etc. que não são estranhos à sua letra, mesmo não vindo espessos nela, mas servem para adaptar a Constituição às exigências do momento.

Para Woodburn, a construção “considera a Constituição como um todo, procura e aplica o fim provável, o intuito de todo o documento, determinando que poderes dele resultam, ou nele se acham implícitos. A construção compara uma parte da Constituição com todas as outras, e entra no conhecimento dos assuntos que estão além das palavras claras do texto, como, por exemplo, a natureza do caráter do governo civil ou da soberania, e as evidências da história e expressão contemporânea, quanto aos fins visados ao elaborar-se a Constituição. Pela construção liberal ou ampla, a Constituição tem-se desenvolvido largamente, e os limites do poder têm sido cada vez mais estreita e claramente definidos. É da *construção* que as grandes controvérsias políticas e constitucionais têm nascido. A *interpretação* tem constituído, principalmente, matéria de Direito; a construção matéria de política”<sup>8</sup>.

A propósito da dicotomia *construção e interpretação*, duas correntes se posicionaram a respeito dos signos. Uma entende que ambos são, completamente, distintos, com base nos argumentos acima expostos. Outra cor-

6 Cf.: *Handbook on the construction and interpretation of the law*. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1896.

7 Henry Campbell Black. *Handbook...*, p.49.

8 Woodburn, *apud*: Francisco José de Oliveira Vianna. *Novos métodos de exegese constitucional*. *Revista Forense*, nº 72, p.5 - 14.



rente considera a construção como sendo uma modalidade de interpretação. José Horácio Meirelles Teixeira, aí incluído, ressalta que, a seu ver, “não há motivo para essa distinção entre ‘construção’ e ‘interpretação’ constitucional (e muitos juristas norte-americanos são desta opinião), porque, na verdade, toda autêntica, verdadeira interpretação, é construção, pois o intérprete não pode ater-se exclusivamente ao texto, à letra da lei, isolando-a das suas outras partes do ordenamento jurídico, e dos princípios e valores superiores da Justiça e da Moral, da ordem natural das coisas, das contingências históricas, da evolução e das necessidades sociais, da vida, enfim”.<sup>9</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz notou que não há porque distingui-las, como se fossem processos díspares. “A interpretação constitucional é o gênero do qual ambas são espécies, que se distinguem particularmente pelos elementos ou critérios interpretativos que adotam e pelos resultados finais alcançados”.<sup>10</sup>

Deveras, construção e interpretação não são atividades distintas. Evidenciam fases de um mesmo processo. A construção está contida na complexidade do processo interpretativo, consistindo num estágio dele. Se assim não fosse, teríamos de concluir que as situações que ensejam construtivismo não poderiam ser interpretadas, o que é inverdade. A experiência demonstra que a tarefa de captar o sentido, alcance e significado de dispositivos constitucionais é comum a ambos expedientes, até mesmo naqueles casos onde inexiste normatividade - verdadeiros vácuos normativos, derivados da incompletude da ordem jurídica, ou naquelas hipóteses em que duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, se colidem, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso concreto.

Ora, tanto em hipótese de lacuna, como em caso de antinomia jurídica, o Magistrado, *e.g.*, apreciando o caso *sub judice*, a todo o instante, também interpreta, buscando a significação dos conceitos jurídicos, diante da ambigüidade do texto, imperfeição e falta de terminologia técnica, má re-

9 José Horácio Meirelles Teixeira. *Curso de Direito Constitucional*. Atualização Maria Garcia. Rio de Janeiro Forense Universitária, 1991, p.271.

10 Anna Candida da Cunha Ferraz. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo, Max Lmonad, 1986, p.47-48.



dação etc., onde a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças que a evolução e o progresso operam na vida social.

Até para constatar a existência de uma lacuna, num caso sob juízo, por exemplo, a autoridade jurisdicional tem que interpretar, para saber a providência que deverá ser tomada, verificando os meios supletivos para o seu preenchimento, todos expostos no art.4º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Dec.-Lei n.4657, de 04.09.1942), que estatui: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Logo, para a identificação dos problemas ligados à incompletude da ordem jurídica é indispensável a interpretação.

Afigura-se-nos, com efeito, que a construção constitucional reclama um ato interpretativo para a sua fiel consecussão, pois até ela requer o esclarecimento, o significado dos termos que a mensagem legislada contém, a fim de revelar o sentido apropriado para a situação colimada em uma decisão judicial. Daí o próprio Black ter concordado que, do ponto de vista prático, tanto na doutrina como nos tribunais, os vocábulos ‘interpretação’ e ‘construção’ são utilizados como termos correlatos, porque a ambos devemos recorrer, sempre que for necessário elucidar o significado de uma mensagem legislada.<sup>11</sup> Construção e interpretação, proclama Bouvier, são geralmente utilizadas pelos escritores e pelas cortes como sinônimas, sendo ora empregada uma ora outra.<sup>12</sup>

Malgrado, não é apenas a construção constitucional que almeja o sentido global do Documento Maior, buscando cotejar as suas partes, entrando no conhecimento dos assuntos que estão além das palavras prescritas pelo constituinte, através de um raciocínio sistemático. Isto porque, a interpretação não existe, exclusivamente, em seu sentido literal, gramatical ou filológico. Se assim fosse inexistiria a interpretação sistemática, o que é um inusitado absurdo.

Para ilustrar, observe-se os diversos casos que passam pelo crivo da Suprema Corte dos Estados Unidos. Eles envolvem vários aspectos, fornecendo um vasto material de análise a respeito do instituto da *construction*.

11 Henry Campbell Black. *Law dictionary*, verb. “construction”.

12 Bouvier, *apud*: Aureliano Leal. *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira* ( parte primeira). Rio de Janeiro, F. Briguiet e Cia. Editores, 1925, p.7-8.

Dentre todos, ressalte-se aquele relacionado a Emenda Constitucional n. 4, que exigia da polícia a obtenção de mandado de busca, só podendo ser concedido quando apresentasse uma cláusula provável de que a diligência revelaria itens específicos. “Apesar disso, a Corte, durante vários anos, permitiu numerosas exceções a essa exigência do mandado de busca, que permitiam à polícia realizar diligências sem mandado durante uma detenção lícita, confiscar itens que estavam ‘à vista’, revistar uma pessoa se ela desse seu consentimento, e revistar automóveis, visto que alguém poderia remover um carro antes que a polícia conseguisse o referido mandado de apreensão”<sup>13</sup>. Os juízes interessados em modificar a referida emenda, pois a consideravam complicada e obscura, dificultando a ação policial, vale-ram-se, da construção constitucional, porque compreendiam que a Corte Suprema era um *contínuo* de criar direitos, e, por isso, cabia-lhes a faculdade de *interpretar*, livremente, os problemas levados à apreciação daquele Tribunal. Note-se que, em nenhum momento, o ato interpretativo desligou-se do expediente construtivista, porquanto são realidades mutuamente correlatas.

Entretanto, não devemos confundir os estágios da interpretação *stricto sensu* e da construção. A interpretação *stricto sensu* é aquela em que o intérprete não sai do Texto Constitucional para buscar outros elementos interpretativos, diversamente da interpretação *lato sensu* (é o mesmo que construção), pois o intérprete extrapola os limites prescritos pelo legislador constituinte, buscando recursos através de outras fontes, totalmente alheias ao articulado da Carta Maior. Nesse último sentido, não vislumbramos qualquer diferença entre as etapas de construção e interpretação, pois ambas se aproximam, indelevelmente.

Mesmo sendo expedientes que se completam, pois a construção reclama o ato interpretativo para a sua realização, há diferenças de uma etapa para a outra. Isto é assim, porque pode existir interpretação *stricto sensu* sem construção, embora a recíproca não seja a mesma. De fato, é inviável pensar-se em *construction*, dissociada daquela delimitação do sentido, significado e alcance, que caracteriza o expediente interpretativo. Numa palavra, a interpretação é o aporte indispensável à construção.

13 Bob Woodward e Scott Armstrong. *Por detrás da Suprema Corte*. Trad. Torrieri Guimarães. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 1985, p.147.



Contudo, na fase de interpretação *stricto sensu*, o intérprete analisa o conteúdo prescrito pelo legislador. Examina todas as extensões de sentido, significado e alcance que o produto normado pode apresentar, dos pontos de vista gramatical, teleológico, lógico, sistemático, tópico etc.. Tudo irá depender da sua vontade e do seu conhecimento, pois como já demarcamos, enfaticamente, nas páginas anteriores, a atividade interpretativa corrobora um ato de vontade, associado a um ato de conhecimento, ficando à escolha do intérprete o caminho a ser seguido. Vale lembrar, ainda, que a interpretação *stricto sensu* nada tem em comum com o recurso gramatical, pois na etapa interpretativa o intérprete pode utilizar a técnica, ou as técnicas combinadas entre si, como bem entender. Não poderá, apenas, ir para fora da Constituição, em busca de meios estranhos ao Texto Constitucional.

Deve-se notar que, na fase de interpretação *stricto sensu*, a atividade do intérprete fica presa às normas estatuídas na Lei das Leis. Ele não sai para buscar outros elementos, senão aqueles que embasam o próprio Documento Maior. Já na fase ou etapa de construção, uma dada circunstância o autoriza a sair do texto e a procurar, para os casos obscuros, uma solução que os constituintes não previram.

“Esta função da construção constitucional é importantíssima: ela desdobra a Constituição, age sobre a sua flexibilidade, construindo um direito logicamente contido nas disposições rígidas do instrumento”.<sup>14</sup>

Sem embargo, a construção ou interpretação constitucional *lato sensu* permitem que o intérprete vá além das normas constitucionais, para captar as exigências sociais, as necessidades práticas da vida.

Nesta hipótese, o aplicador não deverá esquecer às exigências da vida, porque o objetivo da norma não é imobilizar-se ou cristalizar-se diante da realidade social, mas conectar-se com ela.

Daí o relevantíssimo papel desempenhado pelo art.5º da Lei de introdução ao Código Civil pátrio, na delimitação do sentido, significado e alcance das normas constitucionais, naqueles casos em que se busca a finalidade do preceito legal.

14 Cf.: José Alfredo de Oliveira Baracho. *Teoria da Constituição*. São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1977, p.51-52.



Em tais situações, que preconizam o *telos* dos preceptivos da Constituição, o apelo às regras da lógica, a aplicação de certos princípios, em séries indefinidas de casos, como o da boa-fé, o da exigência da justiça, o do respeito aos direitos da personalidade, o da igualdade e liberdade de todos, as máximas da experiência (art.335 do CPC) etc., faz o aplicador ir além dos limites prescritos no Documento Maior, exercitando verdadeira construção constitucional, dissipando dúvidas, corrigindo os vazios e os conflitos normativos, embora jamais possam eliminá-los, o que, apenas ocorre através da manifestação legislativa. A decisão judicial nem ao menos elimina as lacunas e os conflitos. O juiz, ao aplicar a um caso não previsto a analogia, o costume e os princípios gerais de direito, não fecha a lacuna através de uma construção judicial, na qual substitui o legislador.

É fácil denotar o caráter *supletivo* da construção constitucional, que só poderá ser invocada na falta de critério disciplinador de um problema ligado à aplicação da Carta Maior, e que precisa ser solucionado. A construção é alheia ao arbítrio, pois na sua prática o juiz deve agir com prudência, observando os meandros e os pormenores do caso concreto. Raciocina indutivamente, exercitando sua experiência vivencial, sua impressão personalíssima ou subjetiva da matéria posta à sua apreciação. Em tudo isto, avalia provas, houve testemunhas, averigua fatos, procurando dar-lhes significado, determina conceitos jurídicos vagos e abstratos, como justiça social, bem de todos, reputação ilibada, notável saber jurídico *et alii*, recorrendo, para tanto, a elementos que estão fora do Texto Máximo, mas que não atentam contra ele. A construção é, pois, *constitucional*, servindo para extinguir ambigüidades, obscuridades, que dificultam a aplicação da norma, sem ferir a manifestação constituinte de primeiro grau.

Assim, diz-se *construção constitucional* o expediente supletivo, por meio do qual se constrói ou recompõe o direito aplicável, nas circunstâncias de premência e necessidade, para suprir as deficiências ou imperfeições da manifestação constituinte originária.

## 2 CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL NOS TRIBUNAIS

O expediente supletivo da *construction* é reconhecido e utilizado pelos tribunais, que, recompondo o direito aplicável, procura suprir as deficiências ou imperfeições detectadas na Constituição.

A Suprema Corte dos Estados Unidos é a instituição que melhor expressa a figura, pois, através da sua jurisprudência constitucional, amoldou e adaptou o texto setecentista às necessidades sempre novas de outro dia e de outra época.

Sobre esse tribunal, disse Arthur Selwyn Miller: “O místico da Suprema Corte, a fascinação e o mistério de sua auréola, as controvérsias que a envolvem, tornam-na essencial não só para os advogados, mas também para a Nação toda. E desde que os Estados Unidos são uma superpotência entre os países, o que a Suprema Corte faz tem ramificações em outros lugares do planeta... É um oráculo para o povo americano, objeto de reverência e enlevo que contempla fervor quase religioso... um símbolo unificado que transcende seus correspondentes noutros países... o carisma que aos americanos e estrangeiros têm pela Suprema Corte e pela Constituição é seguramente sem paralelo nos anais dos governos”.<sup>15</sup>

Estudar a jurisprudência da Suprema Corte quase significa fazer um curso de história americana, porque “todos os problemas nacionais importantes sempre lhe foram submetidos sob a forma de um caso ou controvérsia jurídica. Seus julgados evidenciam, para os que os percorrerem com a mente aberta à modernidade dos temas de cada época, as lutas e os atritos entre os membros da Federação e o governo central; as forças aglutinantes criadoras da nação; todos os aspectos mais expressivos da produção, crédito, distribuição e consumo; a formação das grandes sociedades por ações; o uso e abuso do poder econômico; a crescente cobertura do país por uma extraordinária rede de transportes; os embates pela melhoria das condições de trabalho e de salário; as crises econômicas e as consequências das guerras; os problemas da criminalidade e dos desajustamentos sociais; os movimentos de opinião e as correntes religiosas; em suma, todos os temas de um mundo composto de gentes de todos os lados, de todas as classes e estamentos, que animadas de uma espécie de misticismo terreno e nutridas, em sua maioria, do credo calvinista e da religião do trabalho e da eficiência, se lançaram na grande aventura do país novo e de horizontes ilimitados”.<sup>16</sup>

15 Conforme Renato Guimarães Jr. ao apresentar a obra *Por detrás da Suprema Corte* acima citada.

16 Lêda Boechat Rodrigues. *A Suprema Corte e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro, Forense, 1958, p.14.



Diante da sua grande importância, a Suprema Corte dos americanos exerce a maior de todas as suas funções - a função criadora através da interpretação lata ou *construction* da Constituição e das leis. Foi assim, que, após a decisão do caso “*cohens versus Virgínia*” (1821), o Deputado Robert P. Letcher alegou (1824) que o Estado de Kentucky fôra privado da igualdade de direitos e de privilégios por meio da *construction*. “Seus poderes são irresistíveis, pois criam novos princípios, destruindo leis há muito estabelecidas, e diariamente conquista novas forças”, dizia Letcher. “O Deputado David Trimble, do mesmo Estado, sustentava que se três quartos dos Estados eram necessários para emendar a Constituição, só três quartos dos juízes poderiam dar-lhe interpretação lata (*to construe it*), pois as *constructions* judiciais eram verdadeiras ‘emendas explicativas’, pelas quais a ‘pessoa e a propriedade de cada cidadão eram ou não garantidas’ “. <sup>17</sup>

Reconhecendo a importância da Suprema Corte, intérprete máxima do Direito Constitucional norte americano, Evandro Lins e Silva, saudando o Ministro Xavier de Albuquerque, ao assumir a Presidência do Pretório Excelso, preconizou: “o modelo que inspirou o nosso Supremo Tribunal Federal, não esqueçamos, é a Corte Suprema dos Estados Unidos. A nosso ver, o legislador brasileiro esteve bem inspirado no momento em que adotou, em nosso país, aquilo que fora na verdade uma genial formulação do constituinte americano: a criação de uma Corte de Justiça com funções políticas. O modelo norte-americano é, realmente, a melhor forma de assegurar o predomínio da Constituição. Ao longo de seus quase duzentos anos de existência, a Corte Suprema americana tem demonstrado isto de forma clara, não só na defesa enfática de um sistema constitucional sem rival no mundo, mas também naquela necessária sabedoria de enfrentar os problemas na devida ocasião”.

O Supremo Tribunal Federal foi criado para garantir a supremacia do Texto Constitucional, com vistas à segurança da ordem jurídica, controlando, jurisdicionalmente, a legalidade dos atos legislativos e executivos. Tem seus antecedentes remotos, no art. 163 da Carta imperial de 1824, que criou o Supremo Tribunal de Justiça, estipulando sua competência no art. 164, ficando a organização do mesmo sob os auspícios da Lei de 18.09.1828.

---

17 Beveridge, *apud*: Lêda Boechat Rodrigues. *A Suprema Corte...*, p.33-34.



Mais tarde, em 23.10.1875, pela Lei 2.674, teve a sua competência ampliada, tornando-se o único intérprete das leis. Através da Exposição de Motivos do Decreto 848, de 11.10.1890, este Supremo Tribunal de Justiça do Império converteu-se no atual Supremo Tribunal Federal. A lei 221, de 20 de novembro de 1894 foi o primeiro e fundamental estatuto que regulou o funcionamento do Supremo Tribunal Federal nos mais diversos ângulos que se os encarem. Entre o ato de 11 de outubro de 1890 e a Lei 221, a mais alta Corte do país, como não poderia deixar de ocorrer, elaborou o seu primeiro ordenamento interno, dentro das novas normas federais, preenchendo lacunas, da melhor maneira possível, para que pudesse cumprir sua alta e meritória tarefa, pois a Carta Maior de 1891, instituindo o sistema federativo, paradigma do modelo americano, se atirava com a profusa e confusa legislação estadual, sem concretos embasamentos ou enfoques.<sup>18</sup>

A análise das decisões do colendo Supremo Tribunal Federal demonstra a presença do construcionismo judiciário, permitindo-lhe desprender do rígido formalismo legal, possibilitando a existência de amplos debates sobre problemas constitucionais, tal a messe de decisões repetidas na aplicação de certas teses. Como consequência de ser o Pretório Excelso o guardião da Carta Magna, cabe-lhe cumprir essa obrigação, erigindo meios capazes para tanto. E se esses meios não estiverem delimitados pela própria manifestação constituinte originária, advém o recurso supletivo da construção, que autoriza o aplicador a sair do Texto Maior, buscando para os casos obscuros uma solução que os constituintes previram, embora não esteja, suficientemente, clara, ou então não previram. Daí invocar-se, a título comparativo, a Suprema Corte dos Estados Unidos, com o *judge made law* e com a *jurisprudential construction*, para evidenciar que o STF chega a exercer autêntica atividade supletiva, através de precedentes firmados por decisões de enorme repercussão.

Isso revela o poder normativo do Supremo, exteriorizado pela *construction*. O acórdão a seguir elucida a questão, qual seja o do pedido de Intervenção Federal n.14, de 1951, e o da Reclamação n.315, de 1953, de que foi Relator o Ministro Edmundo Macêdo Ludolf, quando lembrou ao plenário “a prerrogativa que competia ao STF de construir o próprio direi-

18 Cf.: Hugo Mósca. *O recurso extraordinário e o sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 1978, p.18 e ss. *Aliter*: Rubem Nogueira. *Desempenho Normativo da Jurisprudência do STF*. *Revista da Divisão Jurídica do Instituto do Açúcar e do Alcool*. Rio de Janeiro, 1974.

to, em dadas circunstâncias de premência e necessidade, em ordem a suprir as deficiências ou imperfeições da legislação”(In: DJ, de 28.11.51, pp.4528-9). O Ministro Edgard Costa também enfatizou que “o STF, ao modo da Corte Suprema Norte Americana, desempenha não o papel de um simples tribunal de justiça, mas o de uma constituinte permanente, porque os seus deveres são políticos, no mais alto sentido da palavra, tanto quanto judiciais”. No segundo julgado, o Ministro Ribeiro da Costa deu à decisão “caráter normativo, tornando-a aplicável a qualquer procedimento judicial, seja de juízes ou tribunais inferiores, tendente a impedir, obstar ou embaraçar de qualquer modo, direta ou indiretamente, a execução de decisões definitivas do Supremo Tribunal, sobre litígios instaurados para importação ou entrega de mercadorias sujeitas à licença prévia e à legislação especial sobre a matéria”( In: DJ, de 02.09.57, p.10.987). Ainda no recurso de mandado de segurança, n. 4.928/1957, o Supremo Tribunal reiterou a sua posição esclarecida de “construir o direito *in concreto* - o que corresponde à *construction* do Judiciário americano e de entendê-lo, quando couber aos casos idênticos” (In: DJ, de 23.12.57, apenso, pp.3.285 e ss.).<sup>19</sup>

Exemplo bastante vigoroso do construcionismo judiciário no ordenamento pátrio, foi a doutrina brasileira do *habeas corpus*, cujo principal artífice foi Pedro Lessa. Ao lado de Ruy Barbosa, ampliou a interpretação do art.72, parágrafo 22, da Constituição de 1891, para conceder *habeas corpus* contra qualquer ato de abuso de autoridade. Outrossim, o *writ* era utilizado como remédio protetivo dos direitos dependentes da liberdade física e da garantia dos direitos pessoais. Pedro Lessa mostrou, entretanto, que “a liberdade individual é um direito fundamental, condição de exercício de um sem número de direitos: para trabalhar, para cuidar de seus negócios, para tratar de sua saúde, para praticar os atos de seu culto religioso, para cultivar seu espírito, aprendendo qualquer ciência, para se distrair, para desenvolver seu sentimento, para tudo, em suma, precisa o homem da liberdade de locomoção, do direito de ir e vir”.<sup>20</sup> Desenvolveu-se, então, fecundo trabalho jurisprudencial, que se alinha entre o que de mais notável existe na história dos tribunais, como construção do intérprete, atribuindo

19 Cf.: Luiz Antonio Severo da Costa. O Poder normativo..., cit.p.96

20 Pedro Lessa. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1915, p.18.



ao *habeas-corpus* “latitude que, em país algum, jamais se lhe reconhece-  
ra”.<sup>21</sup>

E, para sentirmos a importância da *construction*, no Direito nacional, lembremos, também, que a jurisprudência tem se antecipado às legislações na solução dos conflitos de interesses<sup>22</sup>. Não poderia ser de outra forma porque a legislação é mais estática do que o juiz. A letra da lei perpetua-se, esperando a interpretação judicial, quando suscitada nas controvérsias. No entanto, a evolução da sociedade é surpreendente. “As relações humanas cada vez mais intensas, impõem o chamamento judicial aos debates nos litígios, substituindo o código que, às vezes, tem contra si a revolta dos fatos, na expressão de Gastão Morin. Mas o juiz não pretenderá ser o legislador, apagar os escritos legais, substituindo-os, mas sim adaptá-los à realidade, ao tempo e ao caso porque é impossível imaginar-se a lei solvendo todas as questões, as pendências, as dúvidas, no vasto emaranhado das interações sociais”.<sup>23</sup>

O oráculo da Constituição, portanto, “passa a completar, aperfeiçoar, ou atualizar a legislação, por meio de uma espécie de legislação jurisprudencial. No Supremo Tribunal Federal, nem sempre foi vitoriosa a tese de que o magistrado deve ser mero aplicador do texto legal. Entende-

21 Seabra Fagundes. *Cadernos de Conferências*. Recife, Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1971, p.31.

22 Ilustrando a afirmação, a justiça mineira considerou o cheque pré-datado instrumento legal para pagamento de compras a prazo. O Juiz Sebastião Pereira de Souza, da 25ª Vara Cível de Belo Horizonte, proferiu sentença favorável a um consumidor, que ajuizou ação indenizatória contra uma loja de eletrodomésticos, pois um dos cheques, concernentes à compra de um fogão de quatro bocas, ainda sem fundos, foi descontado antes da data prevista. O Magistrado entendeu que houve “infringência de um contrato formado entre as partes”, argumentando que a justiça não pode desconhecer a realidade econômica que criou a figura do pré-datado no comércio. Ele concedeu a indenização com base no art.5º, inc.X, da Constituição de 1988. Segundo o dispositivo, são considerados invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Justificou, ainda, que o cidadão, nesse caso, tem direito não só de ser indenizado por danos materiais, mas também pelo sofrimento, pela dor moral, pela honra abalada e pela sua fama, que ficou destituída, apesar de o crediário ter sido feito com cheques pré-datados, prática considerada ilícita pelo Banco Central. A loja interpôs recurso, mas a sentença foi confirmada pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

23 Pedro Lessa. *Do Poder Judiciário...*, p.23.



se que nos julgamentos deve prevalecer a doutrina da interpretação, de acordo com as finalidades da lei, daí a interpretação teleológica, que dá ao juiz maior flexibilidade, que permite suprir, aperfeiçoar ou atualizar a norma legislativa. Pelo exame dos pronunciamentos da nossa Corte, percebemos a preocupação construcionista, para atender às transformações jurídicas, políticas, sociais e econômicas do Estado brasileiro”, anota, enfaticamente, José Alfredo de Oliveira Baracho. Observa, ainda, que a função normativa e construtiva do Direito brasileiro encontra no STF, através de instrumentos que lhe foram deferidos, meios que permitem dar maior importância à jurisprudência, eliminando da Excelsa Corte assuntos que não comportam indagações importantes.<sup>24</sup>

No processo de construção ou interpretação judicial (*lato sensu*) o trabalho judiciário é da maior relevância, dada a grande repercussão das decisões, sentenças, arrestos, acordãos, que aplicam a Constituição ao caso concreto, a fim de solucionar um litígio. Deve-se notar, assim, que o expediente construtivo, através de uma interpretação judicial lata, vai além, recorrendo a considerações extrínsecas, antes não disciplinadas pelo legislador constituinte ao elaborar a Carta Magna.

José Puig Brutau, perscrutando a interpretação criadora, ofereceu um exemplo, a esse propósito, que vale ser transcrito, para que se perceba a repercussão do ato interpretativo orgânico-judicial, no que tange ao construtivismo dos tribunais: “Según la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1950, para que con la palabra ‘hijos’ se entiendan designados los nietos fuesen nombrados al solo efecto de hacer depender de su nacimiento y existencia la efectividad del nombramiento exclusivo a favor de los hijos. En este mismo sentido, véanse también las sentencias de nuestro T.S. de 19 de octubre de 1899, 3 de octubre de 1900, 14 de mayo de 1928 (...). Como es obvio, esta exigencia de que los hijos no estén llamados nominalmente para que se entiendan también comprendidos en su expresión los nietos (y lo mismo cabe afirmar, naturalmente, de la exigencia de que los nietos no estén puestos con simple condición de la adquisición exclusiva a favor de los hijos), no supone ningún obstáculo para considerar que existe un caso de interpretación cradora (o construtiva, según dicen los

24 José Alfredo de Oliveira Baracho. *Teoria da Constituição*..., p.94.

anglosajones) en la doctrina de que el llamamiento genérico a favor de los hijos comprende también a los nietos".<sup>25</sup>

O instituto da *construction* logra enorme relevo nas *cortes constitucionais*, encarregadas de promover a *justiça constitucional*.

Tal assertiva comporta grandes discussões. Insta, pois, que se proceda à análise do binômio *corte constitucional e justiça constitucional*, cuja relevância se reflete no construtivismo judiciário.

As cortes ou tribunais constitucionais são de matriz austríaca, pois têm por paradigma a Constituição da Áustria de 1920, sob a influência de Hans Kelsen - seu principal teórico.<sup>26</sup> Foram criados para apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos.<sup>27</sup> Integram o modelo de fiscalização jurisdiccional concentrada, que diversamente da difusa, só é deferida a uma corte especial, não sendo reconhecido o seu exercício aos demais componentes do Poder Judiciário. Configuram tribunais desta natureza o da Áustria (Constituição de 1920), da Tchecoslováquia (Constituição de 1921), da Espanha (Constituições de 1931 e 1978), da Itália (Constituição de 1947), do Chipre (Constituição de 1960), da Turquia (Constituições de 1961 e 1982), da Republica Federal Alemã (Constituição de 1949), do Equador (Constituição de 1978), da Iugoslávia (Constituição de 1974),

25 José Puig Brutau. *La Jurisprudencia como fuente del Derecho - interpretación creadora e arbitrio judicial*. Barcelona, Casa Editorial Bosch, s/d, p.164.

26 Cf.: Hector Fix-Zamudio. *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*. México, 1980. Nicolás, Gonzalez - Deleito Domingo. *Tribunales Constitucionales - organización e funcionamiento*. Madrid, 1980. Obra coletiva (diversos autores): *Cours Constitutionnelles Europeennes et Droits Fondamentaux*. Paris, 1982. Andreas Auer. *La juridiction constitutionnelle en Suisse*. Basileia, 1983. Afonso Pérez Gordo. *El Tribunal Constitucional y sus funciones*. Barcelona, 1983. Gian Galeazzo Stendardi. *La corte costituzionale*. Milano, 1955. Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1981. José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991. José Alfredo de Oliveira Baracho. *Teoria da Constituição*. São Paulo, 1979. José Luiz Anhaia de Mello. *Da Separação dos Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo, 1968. José Afonso da Silva. *Tribunais constitucionais e jurisdições constitucionais*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, 1985. Oscar Dias Correia. *Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro, 1987. Dircêo Torrecillas Ramos. *O Controle de constitucionalidade por via de ação*. São Paulo, 1994.

27 Cf.: Louis Favoreau et Jonh-Anthony Jolowicz. *Le Contrôle Juridictionnel des Lois*. Aix-en-Provence. Ed. Economica, 1986.



da Polônia (Constituição de 1985), de Portugal (introduzido com a revisão constitucional do Texto de 1976, em 1982).

“O modelo de Tribunal Constitucional dir-se-ia *prima facie* agregar elementos do modelo político e elementos do modelo judicialista, por o Tribunal ostentar características de órgão jurisdicional, mas não ser um tribunal como os outros - antes de mais, pela sua composição e pelo modo de recrutamento dos juizes. Mais correto afigura-se - quer a nível de conceitos, quer a nível de experiência - defini-lo como um *tertium genus*, entender que se trata de um tribunal em que se esgota uma ordem de jurisdição diferente tanto da dos tribunais judiciais como da dos tribunais administrativos, de um tribunal com competência especializada no campo do Direito Constitucional. Pensado inicialmente para exercer fiscalização abstrata, principal e por via de acção, a breve trecho (desde 1929, na Áustria e, pouco depois, noutras Constituições) passou a intervir na fiscalização concreta, mediante a subita obrigatoria de incidentes de inconstitucionalidade provenientes de quaisquer tribunais (firmando-se, pois, uma comunicação entre eles)”.<sup>28</sup>

Controvertida, na doutrina, é a natureza dos tribunais constitucionais, o que vale dizer - da própria jurisdição constitucional. Para uns ele não possui índole jurisdicional, porém extrajurisdicional, dada a escolha política de seus membros, bem como o caráter *sui generis* das suas decisões, que seriam, sobretudo, políticas, revestindo-se numa função autónoma, com caráter jurídico-constitucional. Esta concepção é defendida, por alguns, em Portugal, à luz dos arts.211.º/1,224.º, 225.º/2/a, b e d da Constituição de 1976, acompanhada da reforma de 1982.

Contra a tese, que visualiza o caráter político e a função *sui generis* dos tribunais constitucionais, “sustenta outra corrente doutrinal ser o Tribunal Constitucional um órgão jurisdicional, porque, tal como nos outros tribunais, as decisões obtêm-se de acordo com um ‘processo’ judicial através do qual se ‘diz’ vinculativamente o ‘que é o direito’ segundo a ‘medida’ jurídico-material do direito constitucional. Além disso, o facto de o direito constitucional ser um ‘direito político’ não perturba a natureza jurídica da

---

28 Jorge Miranda. *Manua de Direito Constitucional*.T.II. Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p.383.

actividade do TC; decisivo é, sim, que o fundamento e a racionalidade das decisões do TC se determinem por 'um direito' - o direito constitucional. A jurisdição constitucional reconduzir-se-ia, pois, a uma 'jurisdição autônoma' sobre 'questões constitucionais' (Friesenhahn), ou, dito de outro modo, a uma jurisdição directamente incidente sobre questões constitucionais (Eichenberg)".<sup>29</sup>

Todavia, a experiência demonstra que as *questões políticas* e as *questões jurídicas* consignam aspectos integrantes de uma mesma realidade, não havendo como considerá-las totalmente distintas e eqüidistantes. Ao invés, constituem duas dimensões incidíveis dos problemas constitucionais, e qualquer pretensão no sentido de segregá-las é cair na unilateralidade, prestigiando, tão-somente, um dos lados, quando, em verdade, urge qualificá-las em conjunto, pois um Tribunal Constitucional ora desempenha *funções político-jurisdicionais*, ora exerce *funções jurisdicionais-políticas*. É inegável que o órgão guardião da Constituição, ao desempenhar a jurisdição constitucional, também exerce uma tarefa político-jurídica, conformadora da vida estatal, pois suas decisões acabam por ter força política, precisamente porque influenciam a atuação de outros tribunais, e condicionam o procedimento dos órgãos de natureza política. Dentre as questões político-constitucionais que se connexionam com as cortes constitucionais, ressalte-se a legitimidade daquelas interpretações latas, atribuídas aos preceptivos supremos do Estado pelos juízes constitucionais.

É exatamente diante dessas interpretações latas, que aparecem as construções das cortes constitucionais, alargando o âmbito de abrangência das normas plasmadas no Texto Maior, exercitando, assim, atividade tipicamente construtiva.

Isto porque, nem toda atividade desenvolvida por uma Corte Constitucional se pode conceber como mera atividade jurisdicional, sendo a recíproca verdadeira, havendo que distinguir, entre *decisões materialmente jurisdicionais* e *decisões formalmente jurisdicionais*, como propõe Gomes Canotilho. No ordenamento português, aliás, as funções de controle de normas, abstrato ou concreto, preventivo ou sucessivo (arts. 278º e ss), seriam

<sup>29</sup> José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p.783.



substancialmente diferentes das funções de controle eleitoral ou de controle referendário (art.225º/2/c e f) e das funções certificatórias (art.225º/2/a, b e d). “As funções certificatórias não são seguramente jurisdicionais e as funções de controlo eleitoral também oferecem dúvidas quanto à sua jurisdicionalidade, embora neste último caso se trate já de verificar a constitucionalidade de certos actos segundo os parâmetros jurídico materiais da Constituição”(…) “O controlo da constitucionalidade das normas não teria também todo a mesma natureza: o controlo abstracto é, essencialmente, uma *tarefa de legislação negativa*; o controlo concreto esse seria, na verdade, uma função jurisdicional, justificando-se que só neste caso se pudesse falar de decisões materialmente jurisdicionais.”(…) “Uma *concepção unitária* do controlo de normas poderá assentar na idéia de que qualquer controlo - abstracto ou concreto - significa *decidir vinculativamente* ‘questões político-jurídicas’ incidentes sobre a conformidade de actos normativos com a Constituição e aferir essa conformidade, em cada caso submetido à fiscalização do Tribunal Constitucional, pelos *parâmetros normativo-constitucionais* (ou seja, segundo a medida do direito constitucional)”.<sup>30</sup>

Em frente a tudo isso, aparece o construtivismo das cortes constitucionais, comprovando que o Direito, como a própria vida, está em eterna transformação, jamais se imobilizando, mas se realizando, se renovando pela manifestação dos tribunais. É que perante aquela intersecção das questões jurídicas com as políticas, e vice-versa, os tribunais constitucionais podem desempenhar o papel de *construtor*, saindo do texto judicioso e procurando para os casos que necessitam de regulamentação, uma solução, outrora não contemplada pelos constituintes, na etapa de criação constitucional, mas que se afigura necessária à resolução do litígio.

Mesmo diante da problemática relativa à natureza da jurisdição constitucional, que tem proporcionado frutíferas e infundáveis polémicas e discussões<sup>31</sup>, podemos esboçar as seguintes marcas características dos tribunais constitucionais: a) configuram órgãos instituídos na Constituição, e, por isso, submetem-se às suas prescrições, funcionando ao lado dos outros

30 José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional...*, op.cit.p.764.

31 Cf.: Paolo Biscaretti Di Ruffia. La corte costituzionale nel quadro del sistema di governo parlamentare della Repubblica italiana. Milano, In: *Il Politico*, 1961.

órgãos a que não é superior nem inferior; b) a legitimidade dos mesmos não difere daquela dos outros tribunais, porquanto advém de uma idêntica Constituição; c) São órgãos para garantir a legalidade das normas constitucionais, e apenas delas, não servindo para salvaguardar outras espécies normativas, diversas das predispostas na Carta Magna; d) as suas decisões, “conquanto assentes em juízos jurídicos de conformidade e desconformidade, adquirem ou podem adquirir uma dimensão política, na medida em que a realização da Constituição evolve o reponderar do político, seu objecto, e a interdependência dos órgãos de soberania (art.114.º da Constituição Portuguesa)”<sup>32</sup>; e) Cumprem-lhes a grande missão de resguardar a *ordem de valores* constitucionalmente previstos, sem trasbordar o articulado da Constituição, extrapolando os limites prescritos pela manifestação constituinte de 1º grau, e de 2º grau, nas hipóteses de revisão ou emenda da *Lex Legum*.<sup>33</sup>

Nesta altura resta indagarmos se o nosso Supremo Tribunal Federal configura uma lídima Corte Constitucional.<sup>34</sup> Acreditamos que não. O Pretório Excelso não é, rigorosamente, um Tribunal Constitucional. Sem dúvida, a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, como foi determinado, expressamente, pelo constituinte de 1988 (art.102). Mas isto não basta para convertê-lo numa Corte Constitucional.

A razão primordial<sup>35</sup> funda-se no fato de que o STF não é o único órgão competente para compor litígios constitucionais. Há também o crité-

32 Jorge Miranda. *Manual...*, T.II, *op.cit.* p.390.

33 Cf.: Aldo Sandulli. Sulla “posizione” della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato. *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico.*, 1960, pp. 705 e ss. *Aliter*: Walter Leisner. La conception du politique selon la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle allemande. *Revue du droit public*, 1961, pp. 754 e ss.; Otto Bachof. *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*. Coimbra, 1980.

34 Sobre a questão, vide o excelente livro de Oscar Dias Corrêa - *Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

35 Além desse motivo, José Afonso da Silva lembra que o STF não pode ser considerado uma Corte Constitucional, “porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades”(Curso de Direito Constitucional. 10.ed.rev. São Paulo, Malheiros Editores, 1995,p.527.).



rio difuso, que permite a qualquer juiz averiguar a alegação de inconstitucionalidade, diante do caso concreto, na via de defesa, incidental ou de exceção, cuja ocorrência se dará quando, no curso de qualquer ação judicial, uma das partes pretender a aplicação de uma lei, sendo que a outra parte poderá defender-se dessa pretensão alegando a inconstitucionalidade da referida lei. Com efeito, não existe apenas no Brasil o controle concentrado, que se efetiva na via de ação direta de inconstitucionalidade (e agora a inconstitucionalidade por omissão), mas também o critério difuso. O controle concentrado é aquele em que a competência para examinar a constitucionalidade pertence a um só órgão de cúpula do Poder Judiciário ou a uma Corte especial. Segue essa tendência os tribunais constitucionais europeus, que incorporaram a via de exceção, do sistema norte-americano, ao modelo austríaco - concebido por Hans Kelsen - de jurisdição concentrada, estabelecendo a via de ação direta como possível acesso à Corte, para se alcançar a justiça constitucional.<sup>36</sup>

Kelsen foi, indiscutivelmente, o iniciador do modelo europeu de Tribunal Constitucional, cujos precedentes podem ser detectados nas constituições da Áustria de 1920 e da Espanha de 1931 - quando houve a criação de novos órgãos destinados a garantir e defender as constituições.

Suscitou-se, a partir daí, o complexo problema da *justiça constitucional*, que tanto tem chamado a atenção dos estudiosos. Trata-se de uma das preocupações mais fecundas e prioritárias da comunidade internacional dos constitucionalistas, conforme sentenciam Didie Maus, Louis Favoreau, Francis Delperée, Claus Wilhems, Jacques Forttshof, dentre outros que têm enfatizado, cada qual a seu modo, a importância do tema.<sup>37</sup>

36 Cf.: Hans Kelsen. *La giustizia costituzionale*. Trad.ital.Carmelo Geraci, Milano, Giuffrè Editore, 1981.

37 A respeito da intrigante problemática relativa à justiça constitucional:Hans Kelsen. *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*.*Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*, Paris, 1928.Mauro Cappelletti. *Il Controllo Giuridizario di Costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato*. Milano, Giuffrè, 1973. Carl Schmitt. *La defensa de La Constitución*. Trad.esp.Manuel Sanchez Sarto, Madrid. Editorial Technos, 1983. Thierry Renoux. *Le Conseil Constitutionnel et L'Autorité Judiciaire*. Aix-en-Provence, Presses Universitaires, 1984. Georges Burdeau. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris, LGDJ, 1972. Alessandro Pizzorusso. *I sistemi di giustizia costituzionale; dai modelli alle prassi*. In: *Quaderni Costituzionali*, dez. 1982. P. Bon, F. Moderne e Y. Rodriguez. *La justice constitutionnelle en Espagne*.Paris, 1984.

Mas o que podemos entender por justiça constitucional?

Esta indagação constitui o fulcro do assunto, não sendo simples a sua resposta, porque tudo irá depender da concepção de justiça, da delimitação do seu âmbito de atuação, concorrendo, ainda, a forte carga metafísica e subjetivista que tem influenciado o pensamento contemporâneo relativo à terminologia.

No que pese a incerteza e a insegurança a seu respeito, a vida cotidiana - dos diversos ordenamentos dotados de Constituição escrita, democrática e assecuratória de liberdades públicas, demonstra que a justiça constitucional almeja a efetivação concreta de certos fatores axiológico-fundamentais, como o direito à vida, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à igualdade de todos, sem discriminações de qualquer espécie etc. Numa palavra, busca a atuação e a conformação dos modelos constitucionais, enfeixados na Carta Maior, que se identificam com a realização de certos princípios ou vetores, consagrados pelo constituinte, como o da moralidade, da legalidade, da igualdade, da liberdade, do juiz natural, do devido processo legal *et alii*. O seu conteúdo é amplo, ou melhor dizendo, amplíssimo, comportando a idéia de utilidade, destinação e realização dos programas constitucionais. Com efeito, envolve a unanimidade dos problemas relativos ao cumprimento e à execução dos preceitos, programas e disposições, vertidas pelo legislador constituinte num conjunto ordenado de normas, predispostas em inter-relação e interdependência na Constituição.

---

Giorgio Lombardi. *Costituzione e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato* (obra coletiva). Milão, 1985. Leszec Garlick e Witold Zakrzewsky. La protecion juridictionnelle de la Constitution dans le monde contemporain. In: *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, 1985. Louis Favoreau. Justiça Constitucional. Conferência proferida no 3º encontro Nacional de Direito Constitucional. São Paulo, Associação Brasileira dos Constitucionalistas - Instituto Pimenta Bueno, 1994. José Joaquim Gomes Canotilho. Justiça Constitucional. Conferência proferida no 3º encontro Nacional de Direito Constitucional. São Paulo, Associação Brasileira dos Constitucionalistas - Instituto Pimenta Bueno, 1994. Didier Maus. Justiça Constitucional. Conferência proferida no 3º encontro Nacional de Direito Constitucional. São Paulo, Associação Brasileira dos Constitucionalistas - Instituto Pimenta Bueno, 1994. Francisco Rubio Llorente. Justiça Constitucional. Conferência proferida no 3º encontro Nacional de Direito Constitucional. São Paulo, Associação Brasileira dos Constitucionalistas - Instituto Pimenta Bueno, 1994.



Por isso, a justiça constitucional forma, nos dias de hoje, o coração da estrutura dos Estados democráticos, onde aquela noção de bem comum, pelo menos em tese, alcançou o seu ponto culminante.

Logo, justiça constitucional e bem comum formam a unidade inseparável de um mesmo fenômeno, que objetiva, ao menos teoricamente, criar uma atmosfera de tranqüilidade e paz, imprescindíveis à vida social.

Embora a noção de bem comum seja difícil de ser precisada, por envolver vários elementos que originam múltiplas compreensões<sup>38</sup>, podemos tê-la, para fins de justiça constitucional, como sendo aquela que não diz respeito a uns ou a alguns, mas a todos, indistintamente, cumprindo ao Estado, ao desempenhar os seus fins primários ou imediatos e os secundários ou de cultura, primar pela sua realização concreta.

Nessa busca pelo bem comum, dentro da amplitude que lhe é inerente, a justiça constitucional revela suas funções, as quais foram percebidas por Hans Kelsen<sup>39</sup>, e podem ser resumidas, a saber:

- a) proteger os direitos fundamentais contra as insurgências dos poderes públicos;
- b) dirimir conflitos de atribuições entre os órgãos estatais, no exercício e cumprimento de suas missões;
- c) controlar as atividades ilícitas dos titulares dos órgãos constitucionais;
- d) controlar a atividade e legitimidade dos partidos políticos;

---

38 A noção de bem comum é bastante complexa, variando a depender da filosofia política e jurídica a ser adotada. Comumente, encontramos a idéia de bem comum associada aos elementos: liberdade, igualdade, paz, segurança, utilidade social, solidariedade ou cooperação, justiça. Considerando-se *justiça*, no sentido amplo do vocábulo, convém incluirmos a *justiça constitucional* como um dos itens integrantes da concepção de bem comum. Sobre bem comum: Jacques Maritain. *La personne et le bien commun*. Paris, Desclée, 1947. Edgar Bodenheimer. *Ciência do Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1966. Jean Dabin. *La philosophie de l'ordre juridique positif*. Paris, Sirey, 1929. André Franco Montoro. *Introdução à Ciência do Direito*. 22.ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994. Claude Du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. 4.ed. Neuchâtel, Delachaux-Niestlé, 1967.

39 Hans Kelsen. *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*. *Revue du Droit Public et de la Science Politique En France et a L'Étranger*. Paris, 1928, p.227.

- e) verificar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos;
- f) servir de recurso aos particulares para defenderem-se de lesões a direitos constitucionalmente assegurados.

Disso defluiu que a justiça constitucional é uma das experiências mais fecundas, no que tange à realização do bem comum.

Para tanto, vale-se da jurisprudência constitucional, na tutela do ordenamento jurídico, com apoio em princípios e normas constitucionais, atualizando-o se preciso for, como já ensinava, nos idos de 1979, José Alfredo de Oliveira Baracho.<sup>40</sup>

Assim, os Tribunais Constitucionais, ao colimarem a justiça constitucional, se valem do recurso à interpretação *lato sensu*, objetivando atualizar as normas constitucionais, com vistas ao bem comum, que não concerne ao interesse personalíssimo ou particular de alguém, mas sim ao interesse de todos.

Trata-se, pois, do trabalho de *construção*, tão bem exercido pelas Cortes Constitucionais, na busca da almejada justiça constitucional, de que são exemplos o Tribunal Federal da Alemanha, instituído pela Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, o Tribunal do Chile, criado em 1970, o Tribunal da Espanha, advindo com a Constituição de 27.12.1978, o Tribunal Português, proveniente da reforma da Carta de 1976, em 1982, dentre outros.

Como vimos o nosso Supremo Tribunal Federal não configura autêntica Corte Constitucional. Isto, contudo, jamais o impedirá de exercer a justiça constitucional, mesmo porque não podemos renegar a segundo plano o fato de que, na missão de eliminar conflito entre poderes e garantir os direitos civis, o Pretório Excelso exerce a função de Tribunal de instância superior, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a, C.F. de 1988), além de competir-lhe julgar em recurso ordinário *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção decidi-

40 José Alfredo de Oliveira Baracho. Teoria..., *op.cit.* p.81.



dos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão e os casos envolvendo crimes políticos (art.102, II, *a e b*, C.F. de 1988). Acrescente-se, ainda, a sua tafefa de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando: a decisão recorrida contrariar dispositivo da Lei Maior, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art.102, III, *a, b, c*, C.F. de 1988).

Diante de tais atribuições, é inconstestável que o Pretório Excelso exerce lídima justiça constitucional, praticando a jurisdição em face dos litígios constitucionais. Certamente, por isso foi que Alfredo Buzaid, comparando-a com o Tribunal de Revisão da Alemanha, admitiu-lhe um caráter *híbrido*<sup>41</sup>, assumindo, em certas ocasiões, a índole de uma Corte Constitucional, o que não se nos afigura como possível, devido às razões acima expostas.

Registremos, ainda, o apelo doutrinário em transformarem o Supremo Tribunal Federal numa Corte Constitucional. Aliomar Baleeiro, foi incisivo a esse respeito, proclamando que “já é tempo de desenvolver-se, no Brasil, a crítica judiciária das Universidades, Instituto de Advogados, livros e revistas especializadas, a exemplo do que ocorre na poderosa República irmã do Norte, onde a bibliografia sobre a Suprema Corte acompanha, passo a passo, as diretrizes e tendências dos julgados em cada fase em que periodizam a obra daquela instituição”.<sup>42</sup>

### 3 CONSTRUÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Pelo que dissemos até o momento, fica claro que a *construction* consigna um meio eficiente pelo qual as constituições sofrem mudanças substanciais, no sentido, alcance e conteúdo dos seus preceptivos, sem à necessidade do recurso formal à revisão ou emenda constitucionais.

---

41 Alfredo Buzaid. Nova conceituação do recurso extraordinário na Constituição do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*. Imprensa da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, ano II, nº 11, 1968, p.54.

42 Aliomar Baleeiro. O Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, jul. nº34, p.39.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, através do construtivismo, adaptou a Constituição dos americanos à evolução política, social e econômica, sem permitir que o texto se imobilizasse diante do dinamismo da vida e do Direito. “Ao elaborar a Constituição dos Estados Unidos, sustentava Holmes, os mais bem dotados dos constituintes não poderiam ter previsto completamente o desenvolvimento que esta viria a ter. Por isso mesmo, os casos atuais não deviam ser considerados apenas à luz do que se dissera há 100 anos atrás, mas à luz de toda a nossa experiência”.<sup>43</sup>

Isto torna-se patente, com o exame das decisões da Corte americana, que superpôs sucessivas camadas de interpretação da Constituição, de modo a ajustá-la às necessidades do presente. As principais modificações não se operavam através do complicado e demorado processo da emenda formal, mas através da *contruction*. Foi assim que sem a necessidade de reforma constitucional, aceitou a Corte Suprema, a partir de 1937, o poder intervencionista do Estado e a necessidade de concentração e alargamento do poder nacional, como único meio de contrabalançar a influência do poder econômico; continuou a admitir as indispensáveis delegações de poder e mostrou atitude de maior simpatia pela administração.<sup>44</sup>

O caso Dred Scott, julgado em 1857, nas vésperas da Guerra de Secessão, evidencia a importância da construção constitucional, como processo de mutação da Carta Magna. Pela seção 8ª do *Missouri Compromise Act*, de 1850, ficou proibida a escravidão nos territórios. Em face disto, o escravo Dred Scott pretendia haver adquirido a liberdade pela residência em território onde a escravidão era proibida. A Constituição, contudo, não permitia que os negros fossem considerados cidadãos, levando Taney a defender a inconstitucionalidade daquela medida, que proibira a escravidão nos territórios. “Apesar da pesquisa histórica de Taney e seus colegas e de historiadores mais modernos não constitui tarefa fácil decidir se aquele estava certo ou errado. Quanto à sua teoria, porém, de ser o sentido das palavras da Constituição fixo e imutável e não se ajustar às cambiantes concepções de outra época, há muito teria ela sido abandonada, se lhe fal-

43 Lêda Boechat Rodrigues. *A Corte Suprema...*,p.104.

44 Cf.: Lêda Boechat Rodrigues. *A Corte Suprema...*,p.17 - 18.



tasse a flexibilidade que Taney lhe desconheceu. Nesta hipótese foi necessária emenda constitucional para modificar a definição de cidadania. A grande massa de mudanças constitucionais, entretanto, consumou-se antes através da interpretação que da emenda formal”.<sup>45</sup>

Ruy Barbosa, sentindo a importância da *construction*, enquanto instrumento de mutação constitucional, admitiu que se a Constituição “debuxa somente a estrutura do organismo político, *the frame of a government*, se apenas delinea as instituições nos seus traços predominantes, bem se vê que à interpretação, exercida pelo governo e pela legislatura nos casos políticos, e desempenhada, nos casos judiciais, pelos tribunais, incumbe subentender as noções complementares, lançar, por construção lógica, entre as grandes linhas, o tecido conjuntivo, extrair das generalidades as especialidades, decompor cada síntese nos seus elementos, buscar no todo o significado indeciso das partes; elucidar por comparação as dificuldades ou insuficiências e, mediante os recursos da analogia suprir as lacunas inadmissíveis (...). Em cada Constituição, à luz do critério imposto aos seus hermeneutas e executores, lado a lado com as determinações textuais, se há de ter por existentes, como disposições inexpressas, todas as regras, todas as exigências, todos os corolários essenciais à realidade ativa de qualquer instituição ou direito, de qualquer autoridade ou prerrogativa de quaisquer jurisdições ou magistraturas consagradas nessa Constituição”.<sup>46</sup>

O recurso da construção constitucional, enquanto veículo de mutação da Constituição, encontra seu fundamento no fato de que o Direito funda-se na experiência. As necessidades de uma época, a moral dominante e as teorias políticas, confessadas ou inconscientes, e até os preconceitos que os juízes partilham com seus concidadãos, representam papel muito mais importante que o silogismo na determinação das normas pelas quais se regulam as condutas humanas. A substância do Direito em qualquer momento corresponde, aproximadamente, dentro de sua esfera, àquilo que se acredita ser conveniente, mas sua forma e maquinismo, assim como o grau em que pode produzir os resultados desejados, dependem muito de seu passado.<sup>47</sup>

45 Swischer, *apud*: Lêda Boechat Rodrigues. *A Corte Suprema...*, p.93.

46 Ruy Barbosa. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Organizados por Homero Pires. T.II, São Paulo, Saraiva, 1933, p.477.

47 Cf.: Francis Biddle. *Mr. Justice Holmes*. New York, Scribner 's Sons, 1942, p.59.