

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

CLÁUDIO DE OLIVEIRA SANTOS COLNAGO

**AS DECISÕES INTERPRETATIVAS PROFERIDAS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE
ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE**

FDV-ES
VITÓRIA, 2006

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

CLÁUDIO DE OLIVEIRA SANTOS COLNAGO

**AS DECISÕES INTERPRETATIVAS PROFERIDAS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE
ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE**

*Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da FDV, como exigência
parcial para a obtenção do título de
MESTRE em Direitos Constitucionais
Fundamentais, sob a orientação do
Prof. Doutor – **Geovany Cardoso
Jeveaux***

FDV-ES
VITÓRIA, 2006

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

CLÁUDIO DE OLIVEIRA SANTOS COLNAGO

**AS DECISÕES INTERPRETATIVAS PROFERIDAS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE
ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jeveaux

Prof. Dr.

Prof. Dr.

FDV-ES
VITÓRIA, 2006

A meus pais, Alberto Colnago e Flávia de Oliveira Santos Colnago, por terem me ensinado que conjugando três verbos (criar, trabalhar e confiar) conseguimos atingir nossos resultados com dignidade e honestidade.

AGRADECIMENTOS

Uma dissertação nunca é trabalho de um só e consegue se desenvolver plenamente quando a parceria entre orientador e orientando flui. Por tal motivo sou profundamente grato ao Professor Doutor Geovany Cardoso Jevaux, que, na condição de orientador, sempre atuou como importante leitor, crítico e modelo de comportamento intelectual.

A meus irmãos, Renzo e Bianca, e à minha namorada e amiga Aline, pessoas enormemente queridas e que, por isso mesmo, colaboraram enormemente na finalização desta etapa de minha vida acadêmica.

Aos colegas e demais professores de Mestrado, todos sempre companheiros e amigos.

Também agradeço a José Osvaldo Bergi, Marcio Brotto de Barros, Alessandra Bergi Sarlo, Paulo Renato Cerutti, Andréa Pimentel Maffra, Maria Terezinha Bergi e Alvimar Carlos Alves de Souza, companheiros de escritório e verdadeiros professores do Direito, que também se realiza na pragmaticidade do foro judicial.

“Para encontrar a justiça, é necessário ser-lhe fiel.
Ela, como todas as divindades, só se manifesta a
quem nela crê”. (Piero Calamandrei)

RESUMO

A dissertação versa sobre os limites e critérios delimitados pelo Supremo Tribunal Federal na utilização das decisões interpretativas, assim entendidas as decisões da jurisdição constitucional que conservam o texto da lei e alteram somente seu significado. Foi aplicado na resolução do problema o método indutivo, bem como as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica. Adotando como teoria de base as obras de Hector López Bofill e Francisco Javier Díaz Revorio, analisou-se minuciosamente a experiência estrangeira na adoção das decisões interpretativas, empreendendo-se, posteriormente, um estudo comparativo com a jurisprudência do STF com a finalidade de identificar as tendências da Suprema Corte Brasileira. Com a análise detida dos acórdãos selecionados por amostragem, pôde-se constatar que há uma grande tendência do Supremo Tribunal Federal em uniformizar a interpretação de um enunciado legal sob o fundamento de adaptá-lo perante a Constituição, o que pode gerar o problema do imobilismo hermenêutico acerca do texto de lei já analisado, razão pela qual entendeu-se desejável que o STF passe a adotar com mais frequência decisões que excluam significados inconstitucionais, sem a pretensão do estabelecimento do “único significado constitucionalmente compatível”. Verificou-se que o STF pode alterar a interpretação estabelecida em decisão interpretativa, desde que não tenha, na primeira decisão, considerado expressamente inconstitucional o significado posteriormente adotado e haja alterações fáticas ou normativas que o justifiquem. Também se concluiu que o quorum do artigo 97 da Constituição não se aplica às decisões interpretativas, vez que estas já previnem a tensão institucional que o dispositivo visa evitar. Constatou-se ainda que as decisões interpretativas se justificam em razão da necessidade de harmonia entre os Poderes e a busca pela estabilidade institucional necessária ao correto funcionamento do Estado de Direito. Também foi constatado que o STF se julga competente para proferir decisões interpretativas sobre qualquer veículo legislativo (inclusive emendas constitucionais), bem como se limita pelo dogma da Separação de Poderes enquanto respeito à vontade do legislador subjetivamente considerado.

ABSTRACT

This dissertation deals with the limits and criteria established by the Brazilian Supremo Tribunal Federal when this Court uses the interpretative forms of decision, as the decisions taken by the judicial review that maintain the statute's text and change only their meaning. The inductive method was applied in the solution of the problem, also applying the documental and bibliographic research techniques. The base theory chosen consists on the writings of Hector López Bofill and Francisco Javier Díaz Revorio. These authors were chosen due to their complete analysis of the foreign experience with the interpretative forms of decision. Therefore, a comparative study about the Supremo Tribunal Federal's decisions was implemented, with the goal of identifying the Court's tendencies. Based on the careful analysis of the decisions selected, we were able to determine that there is a great tendency in the Court on unifying the interpretation of the legal statutes, justifying this tendency with the need of adapting it under the Constitution's Supremacy, which can generate the problem of the immobilization of interpretation of the statute. This situation generated the understanding by which the Court should adopt more frequently interpretative forms of decision which exclude the unconstitutional meanings, without the desire of establishing the "only meaning constitutionally compatible". We could verify that the STF can change its interpretation established in a interpretative form of decision, since it hasn't in the first decision expressly excluded the meaning which is being used in the second one. There must be also some changes fact or law changes to justify the new interpretation. We could also conclude that the article 97 of Brazilian Constitution doesn't apply to the interpretative forms of decision, since these already prevent the institutional tension which the article seeks to avoid. It was verified also that the interpretative forms of decision are justified by the need of harmony between the Executive, the Legislative and the Judiciary, and also by the search for institutional stability necessary for the right functioning of the rule of Law. We could also infer that the Court considers itself competent to take interpretative forms of decision about any kind of statute (including Amendments to the Constitution), and it is also

limited by the idea of Separation of Powers, meaning a deep respect of the Legislators will, considered on the subjective aspect.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
1.1 A METODOLOGIA CIENTÍFICA EMPREGADA.....	21
2 A LEI, A NORMA E A INTERPRETAÇÃO.....	25
2.1 PERCURSOS DA VINCULAÇÃO DOS CONCEITOS DE “LEI” E “NORMA” NOS SISTEMAS ROMANO-GERMÂNICOS.....	29
2.2 A AUTONOMIA DA NORMA EM RELAÇÃO AO TEXTO NORMATIVO NA ORIGEM DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	37
2.3 A TRADIÇÃO BRASILEIRA.....	45
3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DECISÕES INTERPRETATIVAS.....	50
3.1 A IDÉIA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	50
3.2 O CONTROLE JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE COMO POTENCIALIZADOR DO CONFLITO ENTRE OS PODERES...	55
3.3 AS DECISÕES INTERPRETATIVAS COMO FORMA DE REDUZIR A TENSÃO ENTRE LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO.....	61
4 AS DECISÕES INTERPRETATIVAS NO ESTRANGEIRO.....	69
4.1 ORIGEM HISTÓRICA DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS.....	70
4.2 AS DECISÕES INTERPRETATIVAS NO DIREITO ANGLO-SAXÃO.....	73
4.2.1 Estados Unidos da América.....	73
4.2.2 Inglaterra.....	80
4.3 AS DECISÕES INTERPRETATIVAS NO DIREITO	

CONTINENTAL EUROPEU.....	86
4.3.1 Alemanha.....	87
4.3.2 Suíça.....	100
4.3.3 Itália.....	104
4.3.4 França.....	114
4.3.5 Espanha.....	122
4.3.6 Algumas conclusões.....	129
5 AS DECISÕES INTERPRETATIVAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	131
5.1 ANTECEDENTE HISTÓRICO: A REPRESENTAÇÃO INTERPRETATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967.....	131
5.2 A DOCTRINA BRASILEIRA ACERCA DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS.....	134
5.2.1 Fundamentos da utilização das decisões interpretativas.....	136
5.2.1.1 Crítica.....	139
5.2.2 A distinção entre a “interpretação conforme a Constituição” e a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”.....	141
5.2.2.1 Crítica.....	148
5.2.3 Limites à utilização de decisões interpretativas.....	149
5.2.3.1 Crítica.....	152
5.3 A JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS: A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM	

REDUÇÃO DE TEXTO.....	154
5.3.1 Julgamentos perante a Constituição de 1967.....	155
5.3.1.1 Rep. 1.417.....	156
5.3.1.2 Rep. 1.305.....	160
5.3.1.3 Rep 1.389.....	162
5.3.2 Julgamentos perante a Constituição de 1988.....	165
5.3.2.1 Anteriores à Emenda Constitucional nº 03/93.....	165
5.3.2.1.1 ADIn 581.....	165
5.3.2.2 Posteriores à Emenda Constitucional nº 03/93.....	169
5.3.2.2.1 Questão de Ordem na ADC nº 1.....	169
5.3.2.2.2 ADIn 1.377.....	172
5.3.2.2.3 ADIn 1.946.....	174
5.3.2.3 Posteriores à Lei 9.868/99.....	184
5.3.2.3.1 ADIn 2.580.....	184
5.3.2.3.2 ADIn 1.170.....	186
5.3.2.3.3 ADIn 2.596.....	189
5.3.2.3.4 ADIn 2.887.....	193
5.3.2.3.5 ADIn 134.....	195
5.3.2.3.6 ADIn 3.046.....	197
5.3.2.3.7 ADIn 2.979.....	199
5.3.2.3.8 ADIn 2.884.....	201
5.3.2.3.9 ADIn 2.925.....	203
5.3.2.3.10 ADIn 2.816.....	206

5.3.3 Conclusões da análise da jurisprudência do STF.....	208
6 QUESTÕES AINDA CONTROVERSAS DECORRENTES DA ADOÇÃO DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	213
6.1 PRONÚNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E O ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO.....	213
6.2 LIMITES SUBJETIVOS DA DECISÃO INTERPRETATIVA.....	218
6.3 UNIFORMIDADE SEMÂNTICA VIA DECISÃO INTERPRETATIVA E IMOBILISMO HERMENÊUTICO.....	224
7 CONCLUSÕES.....	230
REFERÊNCIAS.....	234

1 INTRODUÇÃO

Etapa primária e crucial para o desenvolvimento desta Dissertação consiste na definição da matéria que será nela abordada, definindo, em outros termos, o que se estará por pesquisar.

O objeto de nossa pesquisa consiste nas chamadas “decisões interpretativas” proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade em abstrato. Tais espécies de decisão surgem na jurisprudência da Corte como forma de mitigar as conseqüências jurídicas e políticas da pronúncia de inconstitucionalidade, sob a nomenclatura ora de “interpretação conforme a Constituição” ora de “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, conforme o caso¹.

O tema em voga surgiu da observação da utilização cada vez mais freqüente pelo STF de técnicas decisórias interpretativas, quando do exercício do controle de constitucionalidade em abstrato. A adoção expressa das espécies de decisão interpretativa acima referidas, como veremos, tem origem pouco antes da promulgação da vigente Constituição e passou a desfrutar de expressa previsão legislativa² a partir de 1999.

Conforme acurado levantamento empreendido por Geovany Cardoso Jeveaux³, o Supremo Tribunal Federal, no período de 1993 a 1999, formulou decisões

¹ A identificação de um critério para a adoção de uma ou outra espécie de decisão interpretativa, como veremos adiante, também será um dos objetivos da pesquisa.

² Referida previsão está contida no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99: “Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **As decisões interpretativas tomadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito constitucionalizador do direito ordinário**. Artigo inédito. 2005.

interpretativas em 37 (trinta e sete) ADIn's, apresentando forte tendência de ampliar sua utilização.

Em complemento a tal levantamento, há ainda que se considerar que em pesquisa de jurisprudência no sítio de Internet do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), limitada aos processos de controle concentrado posteriores à Constituição de 1988, encontra-se 61 (sessenta e um) acórdãos, sendo 01 (uma) ADC e 60 (sessenta) ADIn's⁴, nos quais é feita referência à "interpretação conforme a Constituição", forma de decisão interpretativa mais utilizada pelo STF. Não há como negar, diante deste quadro, que a utilização de decisões interpretativas no controle de constitucionalidade em abstrato já é uma tendência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colocando-se, aparentemente, como uma alternativa viável aos supostamente danosos efeitos de uma pronúncia de inconstitucionalidade.

Ademais, a utilização de decisões interpretativas no controle de constitucionalidade não é exclusividade do Supremo Tribunal Federal. A consulta à doutrina estrangeira⁵ indica que os órgãos constitucionais de cúpula de países como Alemanha, Itália, Suíça, França, Espanha, Inglaterra e EUA já se utilizam há muito tempo das formas interpretativas de decisão.

Por outro lado, numa sociedade em que vige regime político pluralista e democrático (ponto comum nas sociedades ocidentais contemporâneas) há forte tendência no sentido de que a lei, seguindo o caminho das Constituições, passe cada vez mais a utilizar expressões dotadas de baixa densidade significativa, ou seja, de grande vagueza ou ambigüidade, enterrando de vez o mito da

⁴ www.stf.gov.br, consulta em 01.12.05, critérios "INTERPRETACAO CONFORME" NAO RE NAO RCL. Do resultado inicial de 69 acórdãos, 06 (seis) versavam sobre ações cíveis originárias, habeas corpus ou mandados de segurança, e 02 sobre Representações de Inconstitucionalidade, anteriores à Constituição de 1988.

⁵ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 430p.

univocidade significativa e, por conseguinte, aumentando enormemente a responsabilidade do intérprete-aplicador da norma.

Assim, a decisão interpretativa proferida em controle abstrato de constitucionalidade adquire enorme importância por buscar, em tese, conferir maior segurança jurídica e viabilizar um maior grau de certeza para o intérprete do Direito. É neste contexto de crescente importância das decisões interpretativas na Jurisdição Constitucional empreendida pelo STF que desenvolvemos este trabalho.

Em nossa opinião, inúmeras razões justificam⁶ um estudo sobre as decisões interpretativas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade em abstrato.

A primeira delas, como já se evidenciou no tópico anterior, é a crescente importância que a Corte Suprema brasileira tem dado ao instituto das decisões interpretativas, o que motiva o pesquisador a empreender trabalho de sistematização desta jurisprudência. Referida sistematização ganha importância ainda maior quando se nota a crescente força das Cortes Constitucionais na definição do conteúdo da Constituição ao redor do globo⁷. Sobre o assunto, já tivemos oportunidade de aduzir em trabalho anterior:

Em um primeiro momento, afigura-se de grande importância a sistematização da jurisprudência de nosso Excelso Pretório. Em uma época na qual se vive, cada vez mais, a judicialização do Direito Constitucional, em virtude da crescente concentração de poder interpretativo nas mãos das Cortes Constitucionais (fenômeno que se manifesta desde os Estados Unidos até a Europa Continental – Suíça,

⁶ Para Magda Helena Soares Macedo, cumpre ao pesquisador, na justificativa, “...dizer o porquê da escolha do tema ou assunto geral”. Em tal exposição, deve ele “...destacar as relevâncias dos motivos que lhe fizeram optar pelo assunto, quer seja pelo caráter teórico ou prático, ou pelo destaque social ou científico que poderá advir da pesquisa”. (MACEDO, Magda Helena Soares. **Manual de metodologia da pesquisa jurídica**. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2001, p. 62.)

⁷ SÁNCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid, 1998, n. 100, p. 57-100.

Áustria, Alemanha, Itália, França e Espanha, como aponta Sánchez), o conhecimento e o entendimento da jurisprudência constitucional acaba sendo tão importante quanto o estudo das normas constitucionais.⁸

Neste contexto de concentração das normas constitucionais nas decisões dos Tribunais Constitucionais, no que se acrescenta a eficácia vinculante de tais pronunciamentos, assume a jurisprudência de tais Cortes um indiscutível viés prático, vez que passa a influenciar diretamente no dia-a-dia de todos os aplicadores do Direito.

O segundo fator a justificar este estudo consiste na inexistência de obras nacionais que tenham empreendido uma pesquisa aprofundada sobre as decisões interpretativas, ou mesmo sobre seu reflexo na jurisprudência do STF. Com efeito, a maior parte⁹ das (poucas) obras que enfrentam o tema acabam se referindo em demorado ao Direito Alemão, como se somente naquele país fossem aplicadas as decisões interpretativas.

Cumpra aqui lembrar a advertência de Virgílio Afonso da Silva¹⁰:

Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada nesse cenário, já que, por razões desconhecidas, *tudo* o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis. No âmbito da interpretação constitucional o caso pode ser considerado como ainda mais peculiar, já que não se trata da recepção de um modelo teórico *enraizado e sedimentado* em um determinado país. É possível que se suponha que os “novos” métodos de interpretação constitucional sejam métodos longamente desenvolvidos pela doutrina jurídica alemã e aplicados sistematicamente pelo Tribunal Constitucional daquele país.

⁸ COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos e JEVEAUX Geovany Cardoso (orientador). **A inconstitucionalidade de normas constitucionais**: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Pesquisa (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais). Vitória: FDV, 2005.

⁹ Excepcionamos aqui a rica análise empreendida por Sampaio (SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, 1.015p.)

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 116-117.

Não o são. Nesse caso, não se pode falar de uma “importação” de um *modelo alemão* de interpretação constitucional. E por uma razão óbvia: um tal modelo não existe.

Por outro lado, as obras brasileiras conhecidas limitam-se, quando abordam o assunto, a versar sobre a “interpretação conforme a Constituição” e sobre a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, deixando de enfrentar o problema sob um aspecto mais amplo, enquadrando os institutos mencionados como espécies do gênero “decisão interpretativa”.

Logo, justifica-se o estudo das decisões interpretativas do Supremo Tribunal Federal tanto por seu reflexo prático quanto pela necessidade de um tratamento teórico mais aprofundado, no que se pretende fomentar cada vez mais o círculo virtuoso gerado pela intersecção entre teoria e prática.

Logo, a importância da dissertação reside na delimitação, a partir da análise de casos julgados pelo STF à luz da teoria de base eleita, dos critérios eleitos e dos limites considerados pela Corte para formular decisões interpretativas, com o que se busca contribuir com a praxis jurídica e com a formulação teórica da “interpretação conforme a Constituição” e da “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, enquanto espécies de decisão interpretativa.

Eleito, contextualizado e justificado o tema, cumpre explicitarmos qual o problema que se busca resolver com esta Dissertação. Segundo Magda Helena Soares Macedo¹¹, o problema é “...uma questão que envolve, intrinsecamente, uma dificuldade teórica ou prática, para a qual deve-se encontrar uma solução...”. Como tal, o problema possui íntima relação com o tema delimitado, podendo-se afirmar tratar-se de um desdobramento deste.

¹¹ MACEDO, Magda Helena Soares. **Manual de metodologia da pesquisa jurídica**. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2001, p. 58.

Assim, como forma de desenvolver o quanto já exposto acima, o problema enfrentado nesta Dissertação consiste na seguinte pergunta: quais os limites (objetivos e subjetivos) e critérios observados pelo Supremo Tribunal Federal na utilização de decisões interpretativas no controle de constitucionalidade em abstrato de normas?

Por “limites objetivos” referimo-nos às espécies de veículos introdutores de enunciados normativos são admitidos como objeto das decisões interpretativas. Cumpre assim verificar sobre quais espécies normativas (leis estaduais, federais, emendas constitucionais e Constituições Estaduais) tais decisões podem ser aplicadas, segundo a jurisprudência do STF. Já por “limites subjetivos” queremos significar os diferentes sujeitos que se encontram vinculados à decisão interpretativa, uma vez adotada esta pelo STF. Quanto aos critérios, buscamos identificar os pressupostos mediante os quais o Supremo julga adequada a utilização das decisões interpretativas.

Acerca de tal problema é possível formular uma hipótese, que consiste numa estimativa do pesquisador acerca do resultado provável da sua pesquisa, representando uma “solução provável” do problema formulado.¹²

Estabelecemos como hipótese desta Dissertação a seguinte solução provável: **a)** quanto aos critérios, o Supremo Tribunal Federal profere decisões interpretativas auto-limitado por uma interpretação teleológica decorrente da análise do processo legislativo assim como pelo dogma da Separação dos Poderes; **b)** quanto aos

¹² Sobre a hipótese, podemos mencionar a observação de Augusto N. S. Triviños: “A hipótese surge após a formulação do problema. A dificuldade está presente. Diante dela o investigador vislumbra *prováveis soluções*. A hipótese envolve uma possível verdade, um resultado provável. É uma verdade pré-estabelecida, intuída, com o apoio de uma teoria. Os fatos poderão verificar ou não a hipótese. A princípio, o investigador se perguntava: que investigar? Agora se pergunta: qual pode ser a solução ou soluções do problema colocado? A hipótese indica caminhos ao investigador, orienta seu trabalho, assinala rumos à investigação”. (TRIVIÑOS, Augusto N.S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987, p. 105-106)

limites subjetivos, o STF não está limitado pelo efeito vinculante de significado de suas decisões interpretativas; **c)** quanto aos limites objetivos, qualquer texto normativo pode ser objeto de decisão interpretativa, inclusive emendas à Constituição.

Foram ainda estabelecidos um objetivo geral e alguns objetivos específicos em relação à presente Dissertação. Como objetivo geral, buscamos identificar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quais os critérios e os limites eleitos para a utilização de decisões interpretativas no controle de constitucionalidade em abstrato. Como objetivos específicos, estabelecemos os seguintes: **a)** identificar na jurisprudência do STF os critérios de distinção entre a “interpretação conforme a Constituição” e a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” e **b)** verificar se é necessária a aplicação do *quorum* especial do artigo 97 da Constituição quando da utilização das decisões interpretativas e **c)** identificar e, se for o caso, propor a criação de instrumentos jurídicos¹³ que garantam a eficácia da interpretação eleita pelo STF e a possibilidade de sua posterior revisão.

Para atingir os objetivos postos acima, iniciamos o trabalho abordando a distinção crucial entre lei e norma jurídica, mediadas que estão pela atividade do intérprete, bem como a evolução histórica de tal distinção nas diferentes tradições jurídicas romano-germânica e anglo-saxã, percorrendo a evolução do Estado Liberal ao Estado Social e influenciando também no advento do controle de constitucionalidade. Neste mesmo capítulo, analisamos ainda a referida distinção ao longo da tradição jurídica brasileira.

Posteriormente, analisamos a jurisdição constitucional e sua evolução sob o aspecto do controle de constitucionalidade, assim como o conflito potencial com o Poder Legislativo representado pela pronúncia de inconstitucionalidade. Neste

¹³ Referimo-nos aqui a instrumentos jurídicos a serem criados com base nas constatações que fizemos acerca da eficácia e revisão da decisão do STF. Trata-se, então, de proposição normativa, a ser feita caso se verifique sua necessidade.

mesmo capítulo introduzimos o conceito de decisão interpretativa e demonstramos como tais decisões se colocam como uma alternativa viável à pronúncia pura e simples de inconstitucionalidade, com o benefício de não gerar a mesma tensão com o Legislador.

Em razão da relativa novidade que representam as decisões interpretativas no Brasil (sua menção inicial data de 1987 e sua regulação legislativa veio em 1999, com as Leis Federais nº 9.868 e 9.882), a referência ao Direito Comparado se mostra como extremamente necessária, razão pela qual também analisamos o desenvolvimento das decisões interpretativas no estrangeiro, tanto nos sistemas de tradição anglo-saxônica (Estados Unidos e Inglaterra), quanto nos de tradição romano-germânica (Alemanha, Suíça, Itália, França e Espanha).

A referência minuciosa à evolução das decisões interpretativas nestes sistemas se fez necessária para demonstrar que não se trata de uma experiência exclusivamente alemã, ao contrário do que refletem tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras sobre o tema. Ademais, como a jurisprudência do STF se reporta com frequência às categorias de decisões interpretativas utilizadas na Alemanha, tornou-se imprescindível uma detalhada exposição de tais decisões não somente neste país, como nos demais que já possuem experiência relevante sobre o tema.

Estabelecidas as premissas através das quais se buscou a resolução do problema, passamos à tratativa do objeto central, analisando as decisões interpretativas no Direito Constitucional brasileiro, primeiramente sob a ótica doutrinária e posteriormente pela análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Para tanto consideramos majoritariamente acórdãos do STF que julgaram o mérito de ações de controle abstrato de constitucionalidade (Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIn's, Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADC's e Arguições de Descumprimento de Preceito

Fundamental – ADPF). Descartou-se a análise de acórdãos do controle concreto de constitucionalidade. Como forma de organizar melhor a matéria, organizamos os acórdãos em ordem cronológica, para espelhar com clareza a evolução da jurisprudência da Corte. Após empreendida tal abordagem empírica, buscamos ainda analisar os critérios da distinção entre a “interpretação conforme a Constituição” e a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, assim como os critérios de adoção ou não de decisões interpretativas pelo STF e a sujeição ou não de tais decisões ao quorum do artigo 97 da Constituição Federal.

Por fim, tratamos no último capítulo acerca dos possíveis problemas decorrentes da adoção das decisões interpretativas em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo STF, inclusive propondo a criação de instrumentos jurídicos que visem a revisão da interpretação estabelecida pela Corte.

1.1 A METODOLOGIA CIENTÍFICA EMPREGADA

O objetivo principal do saber em sentido amplo é conhecer o funcionamento dos fenômenos, para melhor controlá-los, e fazer previsões melhores a partir de tal estágio. Após uma evolução que passou pelo conhecimento do senso comum e pelo conhecimento via tradição, o conhecimento científico se estabelece como a forma mais adequada de conhecimento acerca dos fenômenos que cercam o ser humano.

Inicialmente desenvolvido com base no empirismo das ciências naturais, o conhecimento das ciências humanas, como é o caso da ciência do Direito, busca inicialmente a legitimação científica pelos mesmos métodos das primeiras. Porém, esta mera transposição não foi útil para atingir seus fins, pois há que se considerar que “o verdadeiro, em ciências humanas, é ainda mais relativo porque, com

freqüência, não pode basear sua construção sobre uma medida objetiva dos fenômenos estudados, como é possível fazê-lo em ciências naturais”¹⁴.

Assim, o conhecimento científico do Direito se legitima através não de uma verificação empírica absoluta, mas sim na aplicação de uma operação de objetivação da pesquisa, com a delimitação do problema, propositura de uma hipótese, legitimação da hipótese de solução e justificação do procedimento de verificação da hipótese.

A presente dissertação foi pautada por um enfoque especificamente hermenêutico-constitucional sobre as decisões interpretativas. Todas as questões foram enfrentadas tendo em vista o sistema jurídico positivo nacional, com a necessária complementação conferida pelos métodos de abordagem histórico e comparativo que foram igualmente aplicados.

Entendendo como método o “... conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo [...] detectando erros e auxiliando as decisões do cientista”¹⁵, foi aplicado à dissertação o método indutivo, pois como o foco principal é a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca das decisões interpretativas, partimos do particular (casos julgados) para a obtenção de uma conclusão, resolvendo o problema e confirmando ou infirmando nossa hipótese.

No que tange às técnicas de pesquisa, assim entendidos os “procedimentos mais restritos que operacionalizam os métodos, mediante emprego de instrumentos adequados”,¹⁶ foram aplicadas as técnicas documental e bibliográfica.

¹⁴ LAVILLE, Christian e DIONNE, Jean. **A construção do saber**: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Porto Alegre: Artmed, 1999, p. 35.

¹⁵ LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 1991, p. 40-41.

¹⁶ SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 22. ed. revista e ampliada. São Paulo: Cortez, 2002, p. 162.

Pela utilização da técnica documental analisamos os fundamentos dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal que, no exercício do controle de constitucionalidade em abstrato, versaram acerca da adoção de decisões interpretativas, buscando uma sistematização entre as diferentes decisões daquela Corte. Para a análise documental os acórdãos foram selecionados por amostragem, de forma a viabilizar a pesquisa. Utilizamos ao menos um acórdão em que tenha funcionado como relator cada um dos Ministros do STF na composição vigente ao final do ano de 2005, de forma a obter uma conclusão acerca do posicionamento mais recente da Corte.

Por sua vez, aplicando a técnica bibliográfica foi empreendido levantamento acerca dos trabalhos acadêmico-científicos produzidos, no Brasil e no estrangeiro, acerca das decisões interpretativas, buscando aplicar seus fundamentos teóricos na análise dos acórdãos selecionados.

Como teoria de base adotamos a obra do espanhol Héctor López Bofill, exposta em seu livro “Decisiones Interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley”¹⁷. Dentre outros motivos, Bofill foi escolhido por ter empreendido amplo estudo das por ele chamadas “formas interpretativas de decisão”, analisando sua origem e aplicabilidade no direito comparado continental europeu e anglo-saxão além de efetivar profundo estudo sobre o tema junto ao Tribunal Constitucional Espanhol. Uma das premissas fundamentais utilizadas pelo autor espanhol e que será também usada na pesquisa corresponde à distinção entre texto e significado, que nos levará à diferenciação entre, de um lado, os textos de direito positivo e, de outro, as normas jurídicas construídas no âmbito do significado, após a interpretação do texto.

¹⁷ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 430p.

Como apoio à teoria de base citada, adotamos igualmente a obra do também espanhol Francisco Javier Díaz Revorio, intitulada “Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas”.¹⁸ Citado autor também foi escolhido em razão da profunda sistematização que empreendeu acerca das diversas espécies de decisões interpretativas formuladas pela jurisdição constitucional europeia.

¹⁸ REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, 342p.

2 A LEI, A NORMA E A INTERPRETAÇÃO

Antes de adentrar a temática propriamente dita das decisões interpretativas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade em abstrato, pensamos ser necessário abordar o problema da inexorável distinção entre o texto normativo enquanto produto da atividade legislativa, de um lado, e da norma jurídica, esta como resultado de um processo de atribuição de sentido ao texto normativo.

O texto normativo, como sustenta Adeodato, "...não constitui a norma jurídica, mas apenas fornece um ponto de partida para sua construção diante do caso"¹⁹. Assim, entre o texto normativo e a norma jurídica encontra-se a interpretação, que, longe de apartá-los, busca unir uma coisa e outra.

É tido como premissa de nossas considerações, premissa esta que orientará todo o desenvolvimento do tema, o fato de que norma jurídica e texto normativo não se confundem: a primeira é uma construção lingüística, que se dá com fundamento no segundo. A norma jurídica está além do mero plano sintático da linguagem²⁰, no qual se localiza o texto, que também será chamado, aqui, de "enunciado".

Neste contexto podemos afirmar, citando Humberto Ávila²¹, que "*Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos*". Desta assertiva pode-se afirmar que "...os

¹⁹ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: (Neo)Constitucionalismo: ontem, os Códigos.Hoje, as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, Vol. 1, n. 2, p. 01.

²⁰ "A sintaxe, segundo Carnap, é a parte da semiótica que, prescindindo dos usuários e das designações, estuda as relações dos signos entre si". (WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 40)

²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”²².

Canotilho²³ também destaca esta necessidade de interpretação para a formulação normativa ao enfatizar a atribuição de significados ao texto constitucional pelo intérprete, contribuindo para a quebra do dogma de que caberia à interpretação somente revelar um significado que estaria “escondido” no texto, ao afirmar que “a interpretação jurídico-constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição”.

Resumindo bem a distinção entre o texto normativo e a sua construção significativa, a saber, a norma jurídica, transcreve-se o ensinamento de Revorio, em tradução livre:

Pode-se entender por “disposição” qualquer enunciado que forma parte de um documento normativo, isto é, qualquer enunciado do discurso das fontes; “norma” seria qualquer enunciado que constitua o sentido ou significado de uma ou várias disposições ou fragmentos de disposições. A disposição seria portanto o texto, o conjunto de palavras que formam uma oração, enquanto que a norma seria seu significado, isto é, o resultado de sua interpretação. Interpretar é, com efeito, atribuir sentido ou significado a um texto normativo. Não pode haver norma sem prévia atividade interpretativa; nem se pode falar mais de disposição (senão de norma) para se referir ao resultado de tal atividade ou processo. Do ponto de vista da interpretação, as disposições constituem seu objeto, e as normas seu resultado.²⁴

²² ÁVILA, Humberto, Op. Cit, p. 22.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 19XX, p. 1170.

²⁴ Segue o original: “Puede entenderse por “disposición” cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, esto es, cualquier enunciado del discurso de las fuentes; “norma” sería cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. La disposición sería por tanto el texto, el conjunto de palabras que forman una oración, mientras que la norma sería su significado, esto es, el resultado de su interpretación. Interpretar es, en efecto, atribuir sentido o significado a un texto normativo. No puede haber norma sin previa actividad interpretativa; ní puede hablarse ya de disposición (sino de norma) para referirse al resultado de dicha actividad o proceso. Desde el punto de vista de la interpretación, las disposiciones constituyen su objeto, y las normas su resultado”. (REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, p. 36).

Esta concepção da norma enquanto produto da interpretação do enunciado, contudo, requer alguns esclarecimentos. O fato de estar além do plano sintático da linguagem, porém, não retira da norma jurídica um estrutura sintática mínima, vez que toda norma será construída pelo intérprete na forma lógica de antecedente e consequente, ligados por um elo de imputação. Assim, “normas [...] têm caráter hipotético, quer dizer, elas ligam a uma condição genericamente determinada uma certa consequência universalmente determinada como devida”²⁵.

Cumpra ainda definir quem são os sujeitos que podem formular uma norma jurídica, com base no enunciado normativo. Neste contexto, há que se recordar a lição de Kelsen acerca da interpretação enquanto ato de vontade e ato de conhecimento. No primeiro caso, há uma interpretação voltada à aplicação da norma, o que ocorre, por exemplo, quando um Tribunal Constitucional realiza o controle de constitucionalidade de normas infra-constitucionais. Já no segundo caso, a interpretação destina-se somente ao conhecimento da conduta estabelecida como permitida, proibida ou obrigatória a partir do enunciado legal²⁶.

Assim, a norma pode ser formulada tanto por pessoas investidas de competência para sua aplicação (juízes decidindo casos concretos, particulares formulando contratos, parlamentares formando leis, administradores editando decretos, dentre outros) quanto por indivíduos que pretendem somente conhecer o conteúdo normativo formulável com base no enunciado. No primeiro caso, haverá normas postas e, no segundo, normas pressupostas, meramente pensadas, como leciona Kelsen²⁷:

Finalmente, deve notar-se que uma norma pode ser não só o sentido de um ato de vontade mas também - como conteúdo de sentido - o

²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 342.

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 393.

²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 10.

conteúdo de um ato de pensamento. Uma norma pode não só ser querida, como também pode ser simplesmente pensada sem ser querida. Neste caso, ela não é uma norma posta, uma norma positiva. Quer isto dizer que uma norma não tem de ser efetivamente posta – pode estar simplesmente pressuposta no pensamento.

É curial que os sentidos somente podem ser construídos mediante a atividade hermenêutica do ser humano, que põe em funcionamento as engrenagens do sistema jurídico através da interpretação articulada dos enunciados, gerando, assim, a norma jurídica. A vagueza²⁸ e a ambigüidade²⁹ das palavras (enquanto *indicadores*), ao tornar difícil a definição de qual seria o objeto *indicado*³⁰, dificultam sobremaneira a decisão acerca de qual significado atribuir ao texto, outorgando uma aparente arbitrariedade ao intérprete.

Não é objeto de nossas considerações a busca incessante por critérios universais que devam orientar todo e qualquer intérprete em sua atividade atributiva de significado ao enunciado legal ou constitucional, muito embora seja salutar ressaltar que o intérprete não é totalmente livre em sua atividade de formulação normativa: normas e enunciados são duas realidades distintas, mas diretamente dependentes³¹. Cientes desta limitação, restringimos nossa análise aos critérios

²⁸ Segundo Luis Alberto Warat, “um termo é vago, em sentido *lato*, nos casos onde não existe uma regra definida quanto à sua aplicação.” (WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 76).

²⁹ A ambigüidade é aqui considerada como a possibilidade de atribuição de vários significados razoáveis ao mesmo signo. Veja-se, a respeito, o exemplo de Carl Schmitt, que conseguiu apontar nove significados possíveis para a palavra “lei fundamental”. (SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 63.)

³⁰ Estes dois elementos (indicador e indicado) compõem o signo, enquanto realidade bifásica neles decomponível. Enquanto o indicador, em nossos estudos, será sempre o texto presente no papel (também chamado de suporte físico), o indicado será o objeto do mundo material ao qual ele faz referência. (WARAT, op. cit., p. 39). A grande dificuldade está, justamente, na construção desta “ponte” entre enunciado (indicador) e significado (indicado).

³¹ Neste sentido aponta Revorio, em tradução livre: “Desde logo, não há dúvidas de que a distinção apontada não implica que disposição e norma tenham uma existência independente; ao contrário, ambas estão estreitamente relacionadas (como, além do âmbito jurídico, ocorre com o ‘significante’ e os ‘significados’ que este expressa): a norma necessita do ‘suporte’ da disposição para existir, e a disposição encontra seu sentido porque permite expressar uma ou várias normas. Mas isso não permite renunciar a esta distinção, já que a pesar da inter-relação aludida, disposição e normas são conceitos e realidades diferentes, o que, como veremos, não está desprovido de consequências”. No original: “Desde luego, no hay duda de que la distinción apuntada no implica

utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, na outorga de sentido aos enunciados constitucionais e legais, especificamente quanto à edição das chamadas “decisões interpretativas” no âmbito do controle de constitucionalidade em abstrato.

Ademais, como veremos a seguir, de acordo com o momento histórico e o local em que se situa a atividade do hermeneuta, a interpretação poderá ter maior ou menor liberdade em relação ao seu ponto de partida, os textos normativos, resumindo-se, no mais das vezes, a uma disputa entre os Poderes Legislativo e Judiciário acerca do monopólio da última palavra na definição do Direito.

2.1 PERCURSOS DA VINCULAÇÃO DOS CONCEITOS DE “LEI” E “NORMA” NOS SISTEMAS ROMANO-GERMÂNICOS

É fato inegável que o tratamento dos institutos “lei” e “norma” como algo idêntico é uma realidade no pensamento jurídico tradicional brasileiro, em muito decorrente da influência romano-germânica na formação de nosso sistema. Durante muito tempo não houve, no ensino jurídico nacional, uma preocupação em se distinguir o texto “seco” de legislação da construção interpretativa que a partir dele pode ser formulada³². Esta desvinculação conceitual que, alerte-se, não representa uma total independência entre texto e norma, é um dos avanços mais significativos do constitucionalismo contemporâneo, consistindo em verdadeiro pressuposto das

que disposición y norma tengan una existencia independiente; al contrario, ambas están estrechamente relacionadas (como, más allá del ámbito jurídico, sucede con el “significante” y el o los “significados” que éste expresa): la norma necesita el “soporte” de la disposición para existir, y la disposición encuentra su sentido porque permite expresar una o varias normas. Pero ello no permite renunciar a esta distinción, ya que a pesar de la interrelación aludida, disposición y norma son conceptos y realidades diferentes, lo cual, como veremos, no está desprovisto de consecuencias”. (REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, pp. 36-37).

³² Como exemplo, vide a definição de norma de José Afonso da Silva: “Normas constitucionais são todas as regras que integram uma constituição rígida”. A identidade entre texto e norma, no caso, é inegável (SILVA. José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.44 de 270)

decisões interpretativas elaboradas pelas Cortes Constitucionais europeias, como anota Bofill³³.

Em razão desta “tradição”, torna-se comum a repetição, não somente pelos estudantes como também pelos aplicadores do Direito em geral, do conhecido brocardo romano segundo o qual “*in claris cessat interpretatio*”, ou “a interpretação cessa na clareza” a induzir a equivocada idéia da desnecessidade de interpretação quando o texto fosse “óbvio”. Todavia, mesmo Carlos Maximiliano³⁴, autor tradicional acerca da hermenêutica jurídica, já reconhecia que para saber se “a regra é clara” seria imprescindível empreender atividade exegética.

Ainda sobre esta pretensa obviedade significativa do texto “claro”, Bofill³⁵ aduz, em tradução livre, que

... a possibilidade de aplicar um texto sem interpretação, naqueles casos de meridiana clareza do significado, de “literalidade” incontestável, tem sido uma ilusão tenazmente defendida desde uma perspectiva teórica (daí brocados romanos como o '*in claris non fit interpretatio*' ou o '*interpretatio cessa in claris*') que facilmente se desbarata ao constatar

³³ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 33. No mesmo sentido: VEGA, Augusto Martín de La. **La sentencia constitucional em Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal**. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales. 2003, p. 135 (NR 99).

³⁴ “Que lei é clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma. Para se concluir que não existe atrás de um texto claro uma intenção efetiva desnaturada por expressões impróprias, é necessário realizar prévio labor interpretativo. Demais, se às vezes à primeira vista se acha translúcido um dispositivo, é pura impressão pessoal, contingente, sem base sólida. Basta recordar que o texto da regra geral quase nunca deixa de pressentir a existência de exceções; logo, o alcance de um artigo de lei se avalia confrontando-o com outros, isto é, com aplicar o processo sistemático de interpretação.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1965, p. 49)

³⁵ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p.38. No original: “Como veremos, la posibilidad de aplicar un texto sin interpretación, en aquellos casos de meridiana claridad de significado, de ‘literalidad’ incontestable, ha sido una ilusión tenazmente defendida desde una perspectiva teórica (de ahí brocárdicos como el '*in claris non fit interpretatio*' o '*interpretatio cessa in claris*') que fácilmente se desbarata al constatar que la ‘claridad’ o la ‘automaticidad’ en la comprensión y aplicación de un texto es objeto y resultado de una previa operación interpretativa”.

que a “clareza” ou “automaticidade” na compreensão e aplicação de um texto é objeto e resultado de uma prévia operação interpretativa.

A identificação dos conceitos de “norma” e “texto legal” remonta à própria origem do Estado. Como aponta Bobbio, antes do advento do monopólio estatal da produção jurídica, desfrutava o juiz de enorme liberdade para a resolução das contendas a ele postas, pois podia formular a norma do caso concreto tanto com base na equidade quanto com fundamento nas normas ditadas pela sociedade³⁶.

Com o advento do Estado enquanto entidade centralizadora da produção jurídica, cria-se uma primeira limitação ao trabalho hermenêutico judicial. Não caberia mais ao juiz escolher se aplicaria o “Direito Natural” ou o “Direito Positivo”, vinculado que estava, dada sua condição de agente do Estado, às leis dele emanadas.

O conceito teórico do Estado como o conhecemos e que importou nesta limitação da liberdade judicial surge na Europa, pela transposição do modelo feudal (que propiciava a livre criação social do Direito em razão da descentralização do poder) para o modelo Absolutista.

Com o absolutismo, unificam-se os territórios antes dispersos pelo feudalismo e concentra-se o poder na mão de um único escolhido, que passa a exercê-lo sem que pudessem lhe ser impostos quaisquer limites. O juiz, nesta oportunidade,

³⁶ “Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-las das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios eqüitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam “fontes do direito”. O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios eqüitativos e de razão (direito natural).” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodríguez. São Paulo: Ícone, 1995, p. 28.)

passava a ser visto como mero executor da vontade do soberano, já que este era o detentor do poder.

Posteriormente, com a evolução dos controles sobre o poder estatal e a consagração das doutrina contratualista, que viria a consolidar o dogma da Separação de Poderes, a liberdade judicial para a interpretação sofre novo desfalque, haja vista, de um lado, a supremacia do Poder Legislativo sobre os demais, presente na doutrina de Locke³⁷, e de outro lado a visão do juiz como mero executor da lei, na famosa frase de Montesquieu.

Neste sentido se destaca a lição de Tavares³⁸: “A passagem para uma ‘soberania popular’ incluiu (e compeliu) a identificação do Direito com a lei”. E prossegue: “Assim, apenas a lei era admitida como legítima restrição às liberdades (naturais) do Homem”.

Acreditava-se, no que tange à lei enquanto ato oriundo do Legislativo, que ela nada mais era que a materialização de uma decisão já tomada no âmbito do direito natural, quando da passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil. Como aponta Jeveaux³⁹, “Imaginava-se que o legislador era já o intérprete de um direito natural (ideal) preexistente, razão por que o juiz devia cumprir um papel mediador de silogismo entre a lei escrita e casos particulares”.

Na visão de Montesquieu, que foi fundamental para a propagação do dogma da Separação de Poderes na Europa Continental, a lei seria instrumento de libertação, vez que evitaria a tirania inerente ao tratamento casuístico através da

³⁷ GOUGH, J. W. A separação de Poderes e Soberania. In: QUIRINO, Célia Galvão e SOUZA, Maria Tereza Sader R. de. **O pensamento político clássico**. T.A. Queiroz Editor Ltda, 1980, p. 199.

³⁸ TAVARES, André Ramos. **Teoria de Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 30.

³⁹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 62.

instituição da regulamentação impessoal da conduta humana. Interpretar a lei com liberdade consistiria, nesta visão, em agir de forma arbitrária e, conseqüentemente, tirânica⁴⁰. Segundo Piçarra,

Havia sido o arbítrio do legislador-juiz ou do juiz-legislador a conduzir à exigência de separação orgânico-pessoal entre função legislativa e função judicial, como forma de lhe pôr fim. Em Montesquieu, enquanto comungando dos ideais iluministas, a exigência radicaliza-se e assume um carácter estritamente normativo, ainda que exposta em enunciados prescritivos: ao poder judicial, orgânica e pessoalmente separado, deve ficar vedado todo o poder criador do Direito, como garantia contra aquele arbítrio⁴¹.

Criado o Estado de Direito, assim entendido aquele no qual existe limitação do Poder por normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais⁴², há um predomínio natural, em sua conformação política, da classe social que lutou contra o arbítrio e levantou a bandeira da liberdade, da igualdade e da fraternidade: a burguesia.

Este predomínio político burguês, que acabava por refletir a hegemonia econômica já detida por aquela classe, confere ao Estado uma faceta eminentemente neutra em sua atuação, ficando assim conhecido como Estado Liberal. Dentro desta concepção, o Estado é um mal necessário, cuja atuação deve ficar restrita àquelas atividades que sejam ou desinteressantes para os particulares, ou inviáveis para estes, como a garantia da soberania territorial e da segurança interna.

⁴⁰ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional:** um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 90.

⁴¹ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional:** um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 98.

⁴² Aponta PEREZ LUÑO, em tradução livre, que “Há um estreito nexo de interdependência genética e funcional entre o Estado de Direito e os Direitos Fundamentais, já que o Estado de Direito exige e implica para sê-lo a garantia dos direitos fundamentais, enquanto que estes exigem e implicam, para a sua realização, do Estado de Direito”. No original: “... se da un estrecho nexo de interdependencia genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho” (PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 19.).

Dentro deste contexto do Estado liberal, a força política burguesa (que era garantida, dentre outros elementos, pelo voto censitário) formulava um aparelho estatal eminentemente neutro, que não deveria atuar no campo privado sob pena de quebra da igualdade formal entre os homens. Esta forte concepção ideológica induzia o juiz, agente estatal que era, a atuar da mesma forma, ou seja, sob os auspícios de uma suposta neutralidade.

Neste contexto, relevante é a lição de Bonavides⁴³:

A burguesia precisava de liberdade, e o Estado liberal-democrático, assentado naquele formalismo jurídico que em Kant chegara à sua formulação mais acabada, era um Estado destituído de conteúdo, neutralizado para todo ato de intervenção que pudesse embaraçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo, o qual, como soberano, cingira a Coroa de todas as responsabilidades sociais.

A neutralidade judicial dominante neste período, longe de significar somente a imparcialidade e a idoneidade necessárias para o labor judicante, trazia embutida a idéia segundo à qual não caberia ao juiz “interpretar” a lei, mas somente aplicá-la. Dentro de um procedimento lógico, o juiz deveria localizar na legislação a premissa maior, identificar no caso concreto a premissa menor e com base nisto tão somente revelar aos jurisdicionados a solução de seu caso concreto, que já estava, previamente, resolvido pela lei.

Inerente a tal neutralidade judicial é a consideração da interpretação como algo estranho à atividade do juiz, numa chamada “função de bloqueio” a que alude Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁴⁴

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 68.

⁴⁴ “Para efeito de uma hermenêutica constitucional voltada para o Estado de Direito concebido como um estado mínimo, reduzido em suas funções, a interpretação tinha uma orientação de bloqueio - *interpretação de bloqueio* - conforme princípios de legalidade e estrita legalidade como peças fundantes da constitucionalidade”. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 12).

Esta “herança” do Estado Liberal somente pôde começar a ser relativizada com sua derrocada e o advento do Estado Social de Direito, causada, dentre vários motivos, pela opressão generalizada causada pela “liberdade” liberal. Esta concepção de “liberdade” permitia que pessoas totalmente desiguais no âmbito econômico fossem tratadas de forma igual pelo Estado, protegidas por contratos altamente desequilibrados. Tal concepção formal de igualdade somente favorecia a burguesia, que se via permitida a explorar a mão de obra trabalhadora como bem entendesse⁴⁵.

Somente com o notório esgotamento do Estado Social após a I Guerra Mundial passou-se a uma preocupação normativa com a segunda etapa da tríade da declaração francesa, a saber, a igualdade. Os Estados Nacionais capitalistas se viram forçados a garantir direitos mínimos para os trabalhadores, sob pena de inflarem revoluções comunistas como a que ocorreu em 1917, na Rússia, fomentada pelo já clássico Manifesto Comunista de 1848, ou mesmo revoluções de nítido caráter social, como as que ocorreram no México e na Alemanha, dando origem às Constituições de 1917 e 1919 destes países, marcos do novo tipo de Estado nascente: O Estado Social de Direito.

Perez Luño nos fornece alguns exemplos de países que adotaram Constituições marcadas pelo chamado modelo ocidental de constitucionalismo social⁴⁶ que

⁴⁵ O ensinamento de Paulo Bonavides reflete bem esta perspectiva: “A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolução social”. E prossegue: “E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generaliza-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”. (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed, 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42)

⁴⁶ O modelo ocidental de constitucionalismo social é aquele iniciado com a Constituição Mexicana de 1917 e convertido em paradigma pela Constituição Alemã de Weimar de 1919. Tal modelo tem como característica a tentativa de conciliação normativa entre os tradicionais direitos de índole individual e os novos direitos de índole coletiva. Já o chamado modelo oriental de constitucionalismo social foi o iniciado pela Constituição da República Socialista Federativa Soviética Russa de 1918, e que conferia supremacia aos direitos de índole coletiva sobre os de

seguiu como tendência no século XX a partir do I pós-Guerra, também adotada por países recém-saídos de regimes totalitários: Espanha (1931), França (1946), Itália (1947), Alemanha (1949), Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978).

Como anota Raul Machado Horta⁴⁷:

Cumpria, agora, indicar não só o que o Estado não poderia fazer, mas, também, as coisas que o Estado é obrigado a fazer, pois há obrigações positivas que se impõem ao Estado. Há coisas que ele é obrigado a prestar. [...] A liberdade-autonomia, a liberdade-resistência, núcleo indevassável da pessoa humana e oponível ao poder, que a ameaçava e cumpria ser limitado, se completava pela liberdade-participação, que convertia o Estado em instrumento ativo da prestação de obrigações objetivas.

Com esta mudança de perspectiva estatal, convertendo-se o Estado neutro liberal num Estado ativo social, tornou-se natural que os juízes passassem a ter uma maior liberdade de interpretação, vez que agora estavam escudados em dispositivos constitucionais que, além de garantir “liberdades abstratas”, pretendiam também implementar “liberdades concretas”.⁴⁸ O paradigma estatal havia sido alterado.

Assim, pode-se afirmar que o advento do Estado Liberal, calcado na supremacia do Poder Legislativo dominado pela burguesia, representou um primeiro momento no qual haveria identidade necessária entre lei e norma. O perfil neutro do Estado Liberal visava à preservação de um *status quo* social já estabelecido, o que contribuía enormemente para a timidez judicial na interpretação da lei. Cabia ao juiz tão somente aplicar a lei e fazer valer os contratos celebrados entre “iguais”.

índole individual. (HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, pp. 220-221).

⁴⁷ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 215.

⁴⁸ Conforme nomenclatura de Georges Burdeau, citada por HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 215.

Num segundo momento, com o advento do Estado Social de Direito, alterou-se a concepção do Estado, agora incumbido de atuar positivamente sobre a conduta humana, garantindo uma igualdade que não se implementa de forma automática. O Judiciário, neste contexto, passou a usufruir de uma maior liberdade interpretativa, dada a utilização, pelos novos textos constitucionais, de expressões de baixa densidade semântica. Basta lembrar dos comandos segundo o qual a dantes sagrada propriedade passaria a se sujeitar ao “interesse público” ou “interesse geral”, presentes nas Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919⁴⁹.

Abre-se, assim, um primeiro espaço para a desvinculação dos conceitos de lei e norma, a partir da maior flexibilidade interpretativa conferida pelos enunciados constitucionais do Estado Social de Direito, no que pode ser chamado de um movimento por uma “interpretação de legitimação”, em oposição a uma “interpretação de bloqueio”, seguindo a nomenclatura utilizada por Ferraz Jr.⁵⁰

2.2 A AUTONOMIA DA NORMA EM RELAÇÃO AO TEXTO NORMATIVO NA ORIGEM DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A forte vinculação entre os conceitos de lei e norma que se verificou nos sistemas de tradição romano-germânica não se repetiu nos sistemas jurídicos de tradição anglo-saxã. E isto se pôde constatar já no berço do controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do poder público, nos Estados Unidos da América.

⁴⁹ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, pp. 217-218.

⁵⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 19.

Embora não se desconheça que inúmeros precedentes históricos⁵¹ colaboraram, em gradual sucessão de acontecimentos, para a formulação do que hoje se conhece como controle de constitucionalidade, não se pode negar a enorme contribuição da Suprema Corte Americana para a sua consolidação, materializada pelo famoso precedente *Marbury vs. Madison*.

Vários fatos históricos são relevantes para o correto entendimento acerca do que levou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América a pronunciar a inconstitucionalidade da seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, naquela sessão de julgamento de 1803.

O primeiro deles e um dos mais curiosos consiste no fato de que John Marshall, o famoso *Chief Justice* da Suprema Corte Americana à época da decisão, e que liderou o voto de seus pares na solução do caso, havia sido Secretário de Estado do ex-presidente John Adams⁵². Ainda no governo deste é que ocorreu a nomeação de Marshall para o cargo na Suprema Corte, função que passou a acumular com a de Secretário de Estado.

Há ainda que se estabelecer o contexto do julgamento, como bem o fez Sergio Fernando Moro:

Thomas Jefferson, republicano e antifederalista, havia derrotado John Adams, federalista, na eleição presidencial de 1800 e iria tomar posse em 04 de março de 1801. Em fevereiro, o Congresso, então dominado pelos federalistas, aprovou o “Judiciary Act” de 1801, que dobrou o número de juízes federais e autorizou a nomeação de 42 juízes de paz para o

⁵¹ Como acertadamente ponderou Mauro Capelletti, “...a necessidade de impor um limite ao próprio legislador, e de torna-lo *efetivo* através de um controle judicial, é uma necessidade profundamente radicada na história, mesmo antiga, da civilização humana”. (CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. – reimpressão. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999, p. 45)

⁵² COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 70. Não parece ser à toa que Coelho classifica o célebre precedente da Suprema Corte Americana como um “despudorado caso de politicagem”.

Distrito de Columbia. John Adams, em final de mandato, indicou federalistas para os cargos, sendo as nomeações finalmente confirmadas pelo Senado Federal em 03 de março de 1801. Boa parte dos juízes de paz não chegou a ser empossada antes do início do mandato de Jefferson, tendo este ordenado a seu Secretário de Estado, James Madison, que deixasse de entregar os documentos necessários para tal. No final de 1801, um dos indicados aos cargos de juiz de paz, William Marbury, ingressou com “writ of mandamus” na Suprema Corte, para que ela ordenasse a Madison que o empossasse, o que fez com base na seção 13 do “Judiciary Act” de 1789, que conferia à Corte competência originária em mandados contra autoridades federais.⁵³

A Suprema Corte passou dois longos anos sem analisar o pleito de Marbury em razão de recesso imposto pelo próprio Congresso Americano⁵⁴. Temia-se que, caso fosse reconhecido seu direito à nomeação como juiz de paz, a Corte caísse em desprestígio, ante às afirmações públicas do Executivo no sentido de que não cumpriria a decisão. A Presidência chegou mesmo a afirmar que o provimento do *mandamus* de Marbury provocaria uma crise entre os Poderes do Estado, o que seria danoso para a jovem nação americana, então com menos de 30 anos de existência.

Como destaca Barroso, além da ameaça do Executivo não cumprir a decisão caso lhe fosse desfavorável, a Suprema Corte também se via pressionada em razão da deflagração, pelo Legislativo Americano, de processo de *impeachment* de alguns juízes ligados politicamente ao governo anterior, o que poderia significar, em caso de descontentamento daquele Poder, na perda do cargo titularizado pelo próprio Marshall⁵⁵.

John Marshall, que havia sido, na condição de Secretário de Estado, o autor da nomeação de Marbury à qual se reclamava cumprimento pelo *mandamus*

⁵³ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004, p. 22.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

finalmente o levou a julgamento em 1803. Invertendo a ordem de julgamento, Marshall analisou primeiro o mérito, no qual afirmou que Marbury tinha direito à nomeação como juiz de paz, considerando ainda como adequada a espécie de ação manejada pelo requerente, para depois acolher uma preliminar de incompetência absoluta da Suprema Corte para analisar o caso.

Todavia, para que pudesse fazê-lo, Marshall precisou primeiro pronunciar a inconstitucionalidade da seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, invocado por Marbury e que determinava que a competência originária para a análise de ações contra os secretários de Estado seria da Suprema Corte.

Para aferir a competência da Corte em pronunciar a inconstitucionalidade das leis em geral e do citado artigo de lei em particular, Marshall argumentou que a Suprema Corte Americana estava no ápice do sistema Judiciário e que, por conseqüência, caberia àquele Tribunal preservar a supremacia da Constituição, aplicando-a a todos os casos.

Eis alguns trechos relevantes de tal decisão:

Si o Congresso ficasse com liberdade de dar a este Tribunal jurisdição de segunda instancia onde a Constituição impõe que sua jurisdição será originária, e jurisdição originária onde a Constituição dispõe que será de segunda instancia, a distinção de jurisdição feita pela Constituição é forma vasia de substancia.[...]

Não se presume que uma clausula inserta na Constituição seja destinada a não produzir nem um efeito, e, pois, tal interpretação é inadmissível, salvo quando for imposta literalmente. [..]

Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e para que esses limites não possam se tornar confusos ou apagados, a Constituição é escripta. Para que fim os poderes são limitados e em que intuito se confia à escripta essa delimitação, si a todo tempo esses limites podem ser ultrapasados por aquelles que se quis refreiar? A distinção entre um governo de limitados ou de ilimitados poderes se extingue desde que taes limites não confinem as pessoas contra quem são postos e desde que actos prohibidos e actos permittidos sejam de igual obrigatoriedade. É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a

Constituição *veta* qualquer deliberação legislativa incompatível com ella: ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários.⁵⁶

Registre-se que, quanto à competência para considerar uma lei inconstitucional, John Marshall não foi tão criativo quanto aparenta, pois os fundamentos da decisão proferida em *Marbury vs. Madison* foram em quase sua totalidade coincidentes com a argumentação encetada por Alexander Hamilton na edição nº 78 do Federalista, cujos trechos pertinentes seguem abaixo:

A integral independência das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Ao qualificar uma Constituição como limitada, quero dizer que ela contém certas restrições específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confiscos, leis *ex post facto* e outras similares. Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na prática através das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis.

[...]

Não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Conseqüentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem⁵⁷.

Ademais, embora não se tivesse notícia da consideração de uma lei como inconstitucional pela Suprema Corte Americana, a idéia do controle de constitucionalidade não era tão nova assim. Em seu próprio voto no caso *Marbury vs. Madison*, Marshall menciona uma lei de 1792 que foi considerada inconstitucional na jurisdição ordinária, o que levou o Legislativo a posteriormente

⁵⁶ LOBO, Américo. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Trad. Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, p. 23/25.

⁵⁷ HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2005, p. 471.

revogá-la⁵⁸. Também se pode citar, como precedentes anteriores ao de 1803, a decisão do caso *Holmes vs. Walton*, em 1780 pela Suprema Corte de New Jersey e o caso *Commonwealth vs. Caston*, em 1782, pela Suprema Corte da Virgínia⁵⁹.

Também contribuiu para a adoção da providência o fato de os juízes americanos já estarem acostumados com a idéia de subordinação das leis à observância de uma “lei superior”, vez que, antes da independência daquele país, em 1776, as leis estabelecidas pelas colônias deveriam seguir os ditames das leis inglesas, sob pena de invalidade⁶⁰.

Acerca da estabilidade da idéia de inconstitucionalidade à época do célebre julgamento, releva também lembrar que, conforme destaca Jevaux⁶¹, já sob a égide da Constituição Francesa de 1795 existia um órgão constituído com a finalidade precípua de realizar o controle de constitucionalidade, a saber, o *Jury Constitutionnaire*, teorizado pelo abade Emmanuel Joseph Sieyès em sua

⁵⁸ “Convem lembrar que em 1792 se aprovou uma resolução legislativa mandando directamente ao Secretario da Guerra inscrever na lista de pensionistas todos os officiaes e soldados inválidos que lhe fossem indicados em relatórios dos Tribunaes do Circuito; essa deliberação foi julgada inconstitucional na parte concernente aos tribunaes: alguns juizes, porém, cuidando poder cumprir essa deliberação no carácter de comissarios, procederam esta qualidade aos termos da lei e do relatório. Essa lei, por ter sido julgada inconstitucional nos circuitos, foi revogada e estabeleceu-se um systema diverso; mas a questão, si as pessoas que já tinham sido indicadas pelos juízes, como comissários, estavam ou não habilitadas, graças ao relatório, a ser inscriptas na lista de pensionistas, era uma questão legal, submettida curialmente á decisão dos tribunaes, posto que incumbisse ao chefe de um dos departamentos inscrevel-as no rol dos pensionistas”. (LOB, Américo. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Trad. Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903pp. 19-20)

⁵⁹ CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. – reimpressão. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999., pp. 62-63.

⁶⁰ CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed (reimpressão). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, pp. 60-61.

⁶¹ JEVEAUX, Geovany. **Direitos Adquiridos em Face da Constituição**: proposta de um novo paradigma. Rio de Janeiro: tese de doutorado. Universidade Gama Filho. 2003, p. 16.

“segunda fase”. Órgão semelhante (*Sénat Conservateur*) foi produzido com a Constituição Francesa de 1799⁶².

Por fim, pode-se registrar ainda o caso *Hylton v. United States*, de 1796, em que, segundo Sergio Resende de Barros, a Suprema Corte “sustentava a constitucionalidade de um ato legislativo de forma tal, que não deixava dúvida de que o teria declarado inconstitucional, se estivesse convencida disso”.⁶³

Firmada a competência da Suprema Corte para pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei que violasse ditames constitucionais, Marshall aplicou-a no próprio julgamento, considerando assim inconstitucional o *Judiciary Act* de 1789, cuja seção 13 estabelecia a competência originária daquele Tribunal para a análise de *writs* impetrados em face de atos de Secretários do Executivo Federal.

E fez isso fundado na argumentação de que, tendo a Constituição regulado a competência da Suprema Corte, somente normas constitucionais poderiam versar sobre a matéria, sob pena de permitir que uma lei ordinária se sobrepusesse sobre a Constituição.

Os termos literais da Constituição Americana de fato permitiam tal interpretação, conforme se infere do artigo III, seção 2, parcialmente transcrita abaixo:

Em todas as questões relativas a Embaixadores, outros Ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed (reimpressão). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 95.

⁶³ BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **As vertentes do Direito Constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Brasília: América Jurídica, 2002, pp. 596-597.

sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer⁶⁴.

Porém, o que releva para nossa investigação é o fato de que, embora a inconstitucionalidade em si da norma ampliativa de competência decorresse de interpretação literal e simples do dispositivo constitucional, a competência da Corte para controlar a constitucionalidade das leis não era assim tão clara. Esta competência precisou ser desenvolvida mediante uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, o que demandou uma enorme liberalidade interpretativa por parte da Corte.

Pode-se afirmar sem medo que Marshall afirmou a competência para o controle de constitucionalidade de leis “sem qualquer apoio em texto expresso da Constituição Americana”.⁶⁵

Por outro lado, embora naquela decisão não se tivesse invocado especificamente a vontade dos “founding fathers”⁶⁶ no julgado, não se pode desprezar como aspecto relevante o fato de as lições já citadas de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay apontarem acerca da necessidade de limitações à liberdade legislativa do Congresso. Este dado adquire maior relevo ainda ao se constatar que John Marshall havia sido aluno de James Madison (um dos co-autores do “Federalista”), em um curso de Filosofia Natural por ele ministrado⁶⁷. Também releva saber que Marshall tinha boas relações com Alexander Hamilton⁶⁸ (outro co-autor do “Federalista”) e que havia participado, na condição de representante

⁶⁴ COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, p. 354.

⁶⁵ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004, p. 23.

⁶⁶ Ou “pais fundadores”, expressão utilizada para tentar se referir à vontade das personalidades que colaboraram na redação da Declaração de Independência e da própria Constituição Americana. Trata-se, como visto, de referência à finalidade buscada com a norma.

⁶⁷ LOBO, Américo. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Trad. Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, p. VII.

⁶⁸ LOBO, Américo. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Trad. Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, p. VII..

da Virginia, da Convenção de 1778 que resolveu acerca da adoção da Constituição Federal⁶⁹.

Assim, a decisão que fundou o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos e serviu de inspiração para uma gama enorme de países, implicou necessariamente numa desvinculação entre texto e norma, dando origem naquele país ao chamado “ativismo judicial”, doutrina segundo a qual o juiz não deve estar diretamente vinculado à literalidade da lei, doutrina diametralmente oposta ao “originalismo”, assim entendido o “...método de interpretação constitucional que atribui autoridade vinculante ao texto da constituição, tal como era entendido no momento em que foi adotada, ou às intenções daqueles que a adotaram”⁷⁰.

Assim, nos Estados Unidos da América a desvinculação dos conceitos de texto normativo (v.g. o texto constitucional) e norma jurídica em si decorreu não da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, mas sim do advento do controle de constitucionalidade das leis, vez que a decisão do caso *Marbury vs. Madison* se apoiava em construção interpretativa baseada no texto constitucional americano⁷¹ e não em uma “interpretação evidente” daquele texto.

2.3 A TRADIÇÃO BRASILEIRA

⁶⁹ Ibidem, p. IX.

⁷⁰ BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 56.

⁷¹ Registre-se que o advento do Estado Social nos Estados Unidos foi até mesmo combatido pelos juízes da Suprema Corte na chamada “Era Lochner”, em que invalidaram inúmeras leis intervencionistas no domínio econômico, inclusive as promulgadas no âmbito do “New Deal” de Roosevelt, como aponta Moro: “A Suprema Corte, dominada pela doutrina do liberalismo econômico, que predominava no pensamento político-econômico ao final do século XIX, passou a invalidar sistematicamente qualquer legislação de intervenção no domínio econômico, o que atendia aos interesses das corporações comerciais e industriais em franca ascensão. Essa fase histórica do constitucionalismo norte-americano ficou conhecida como a Era Lochner, devido ao caso *Lochner v. New York*, de 1905. Neste, a Corte invalidou lei do Estado de Nova York que fixava jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria, entendendo que o ato normativo interferia desarrazoadamente na liberdade de contrato assegurada entre empregados e empregadores”. (MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004, pp. 29-30).

Na tradição brasileira a distinção entre texto e norma ainda é uma grande novidade, rejeitada ou ignorada pela grande maioria dos estudiosos das áreas jurídicas específicas. Assim ocorre, acredita-se, devido ao fato de tanto a produção jurídica em si (atividade de criação do direito, seja em âmbito abstrato, seja em âmbito concreto) quanto a produção científica, em grande parte, ainda estarem impregnadas pelo paradigma liberal-individualista⁷².

A adoção deste paradigma não foi de exclusivo intento brasileiro, mas decorrente da colonização portuguesa e a respectiva necessidade de adoção de um estilo de pensamento jurídico para ser ministrado nas faculdades de Direito. Inexistindo produção intelectual própria no Brasil, importou-se todo o pensamento jurídico da metrópole europeia. Na Portugal do Século XVIII, identificava-se o estudo do direito com o estudo das leis, de forma que o ensino jurídico brasileiro desenvolveu-se fundamentado no argumento de autoridade e na tendência para o formalismo⁷³.

No Brasil de então vigia o paradigma da filosofia da consciência, aliado ao modelo de Estado Liberal. Este duplo modelo se institucionalizou através das codificações, valorizando um modo de atuação jurídica ainda calcado na crença de que existe sempre uma única interpretação correta para um dado caso abstratamente considerado, concepção esta que está ligada à obsoleta escola da Exegese⁷⁴.

Daí a tendência para ignorar as atuais abordagens do chamado “giro linguístico”, priorizando a perspectiva da filosofia da consciência, encarando a linguagem

⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 33.

⁷³ SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 292.

⁷⁴ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 317.

como uma ponte entre sujeito e objeto, quando, na verdade, tratar-se-ia de ente criador de ambos. Como aponta Streck⁷⁵

...em face da prevalência do paradigma epistemológico da filosofia da consciência (em seus vários desdobramentos de Descartes a Kant, Fichte, Schelling, Hegel, Husserl e Betti – este pela sua importância e direta influência no campo da interpretação jurídica – só para citar os principais), não é temerário afirmar que, no *campo jurídico* brasileiro, a linguagem ainda tem um caráter secundário, *como terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de essências e corretas exegeses dos textos legais*. Essa lógica do sujeito, é dizer, o ser é sempre em função do sujeito, que provém de Descartes, é rompida pela viragem lingüística, mormente por Wittgenstein, e pela ontologia heideggeriana. Lamentavelmente – e aí está assentada uma das faces da crise paradigmática -, *o campo jurídico brasileiro continua sendo refratário a essa viragem lingüística*.

Neste contexto, calha tecer ainda alguns comentários sobre a (pseudo?) influência da obra de Hans Kelsen, exímio expoente do positivismo jurídico, sobre a tradição jurídica brasileira, máxime no que tange à interpretação da lei. Não se pode ignorar o fato de ser lugar comum no ensino jurídico brasileiro identificar Kelsen com representantes da Escola da Exegese.

As principais considerações⁷⁶ de Kelsen a respeito da interpretação são encontradas na segunda edição de sua mais famosa obra, *Teoria Pura do Direito*. O citado capítulo se inicia com a distinção entre as chamadas interpretações autêntica e não-autêntica, passando pela necessária indeterminação presente no ato de aplicação do Direito, os métodos de interpretação e retomando a distinção do ato de interpretação enquanto “ato de conhecimento” e “ato de vontade” (cisão já presente na distinção entre interpretação não-autêntica e autêntica).

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 59. Dentro desse novo contexto implementado pelo giro lingüístico, valoriza-se muito mais a significação do que a essência, privilegiando-se não a pergunta “o que é”, mas a indagação “o que se quer dizer”.

⁷⁶ Como nos informa Mario G. Losano, além do capítulo da “Teoria Pura do Direito” voltado à interpretação, somente em um artigo (*Zur theorie der Interpretation*, publicado na *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 1934, p. 9-17) são encontradas considerações de Kelsen sobre o tema que, ainda assim, em nada discrepam daquelas constantes em sua obra mais conhecida. (LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho:** evolución y puntos cruciales. Trad. de Jorge Guerrero R. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editora Temis, 1992, p. 113).

Desde logo já se pode perceber que Kelsen considerava a aplicação da norma jurídica ao caso concreto como uma atitude muito mais de vontade do que de mera aplicação, haja vista a necessidade de o aplicador reduzir a indeterminação normativa. Para tanto, Kelsen trabalhou com a idéia de uma moldura significativa, contextualizada em seu sistema normativo escalonado.

Segundo Kelsen, o sistema deve sempre deixar uma margem, menor ou maior, conforme o direito positivo, “... de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.⁷⁷ Esta livre apreciação corresponde a uma indeterminação do significado da norma decorrente do texto e desde já afasta Kelsen das concepções mecanicistas de aplicação “automática” e “unívoca” do Direito.

Kelsen distingue esta indeterminação em dois momentos: a indeterminação intencional, em que se estipulam expressamente as opções do aplicador; e a indeterminação não- intencional, em que o agente deve preencher o conteúdo de uma norma cuja indeterminação decorre da vagueza de seu significado.

Dentro do primeiro grupo estariam as normas que, ao regularem a criação de outras normas, colocassem expressamente opções possíveis ao aplicador, devendo o mesmo escolher entre elas segundo critérios estabelecidos no direito positivo. Tal indeterminação seria consciente, pois o Legislador sabe que não pode prever todo e qualquer acontecimento⁷⁸.

⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 388.

⁷⁸ Hans Kelsen explica esta espécie de indeterminação com o seguinte exemplo: A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas – podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo. (KELSEN, **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 389.)

Já, no segundo grupo, a indeterminação se dá não em função da vontade da autoridade que pôs a norma superior, mas em virtude de os signos utilizados pela mesma no enunciado normativo serem plurissignificativos, admitindo várias interpretações possíveis⁷⁹. Kelsen explica:

Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis.

No mesmo contexto, vislumbra-se como exemplo de indeterminação intencional a situação na qual deve-se aplicar uma norma que determina que as propriedades cuja utilização não atenderem ao *interesse social* devam ser desapropriadas.

Ora, se o aplicador do Direito possui um espaço de “livre apreciação”, inclusive no que tange à liberdade de preenchimento do que Kelsen chama de “moldura” (esta decorrente da indeterminação presente na orientação legislativa), parece-nos um tanto quanto claro que citado autor nada tem a ver com a Escola da Exegese.

Dentro de nossa análise, nos parece que a teoria da interpretação de Kelsen serve muito mais para uma maior liberdade no ato de aplicação do Direito, através do preenchimento dos significados normativos abstratos de acordo com o caso concreto, do que para uma concepção jurídica que restringe o juiz a mera aplicação mecânica da lei.

Ora, é chegado o momento de mudar a vetusta tradição brasileira da sacralização do texto normativo como suposto veiculador prévio de todas as soluções de litígios (o que remonta ao Estado Liberal) para encará-lo como importantíssimo ponto de partida da atividade de formulação normativa. Assumida

⁷⁹ 60 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 389.

esta perspectiva, cabe ao Judiciário brasileiro um papel de interpretação compromissada da Constituição e das leis a ela sujeitas, de forma a viabilizar a plena implementação do Estado Democrático de Direito desejado pelo Constituinte de 1988⁸⁰.

Esta digna missão judicial, todavia, tende a gerar atritos com as funções Executiva e Legislativa, desgaste este que será melhor analisado no capítulo seguinte e consiste em um dos motivos remotos da formulação inicial das decisões interpretativas pelos Tribunais Constitucionais.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 53.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DECISÕES INTERPRETATIVAS

3.1 A IDÉIA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A definição sobre o que se deva entender por “jurisdição constitucional” passa pela resposta a algumas indagações, sejam elas relativas à própria etimologia da expressão, sejam atinentes às diferentes influências (romano-germânica e anglo saxã) que colaboram na fixação de seu significado no meio jurídico pátrio.

Etimologicamente falando, a jurisdição constitucional poderia ser encarada como espécie da qual “jurisdição” é gênero, esta última aqui entendida como a competência para interpretar com definitividade as normas jurídicas aplicáveis a um caso sob análise. Assim, a jurisdição constitucional importaria na competência que é outorgada a determinados órgãos para a interpretação das normas constitucionais que venham a ser relevantes para um dado caso.

Logo, é inerente à jurisdição constitucional a atribuição de interpretar as normas constitucionais e fazê-las incidir com índole de definitividade, no que se faz implícita a possibilidade de pronunciar uma norma infra-constitucional como incompatível com a Constituição e, por conseqüência, inconstitucional. Não se ignora que a jurisdição constitucional possa, na visão de alguns, englobar outros assuntos afins⁸¹, mas nos parece que a interpretação da Constituição com definitividade e o conseqüente controle da constitucionalidade das leis por órgão

⁸¹ Esta é a posição de Cappelletti, para quem “...o tema do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *verfassungsgerechtbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada ‘justiça constitucional’ e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importantes”. (CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. – reimpressão. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999, pp. 23-24). Na opinião de Tavares, a expressão “Justiça Constitucional” seria preferível a “Jurisdição Constitucional”, por possibilitar a perquirição acerca de aspectos de legitimidade democrática que estariam excluídos no caso de uma análise meramente restrita à “jurisdição”. (TAVARES, André Ramos. **Teoria de Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 146)

independente e desvinculado da criação normativa infra-constitucional se destaca como aspecto primordial⁸². Reforça-se esta posição ao se lembrar que a Jurisdição Constitucional é concebida como uma forma especial de garantia da Carta Constitucional, chamada por Kelsen⁸³ de “garantia jurisdicional da Constituição”.

Analisando a jurisdição constitucional sob as distintas tradições que influenciaram a formação de nossas instituições constitucionais, nota-se que os sistemas jurídicos anglo-saxões a concebem com o nome de *Judicial Review*⁸⁴, ao passo que nos países de tradição romano-germânica a discussão varia, desde a definição de um “controle da constitucionalidade”, de uma “defesa da Constituição” até chegar a uma “jurisdição constitucional”.

A idéia de Jurisdição Constitucional européia se identifica com a concepção kelseniana do controle de constitucionalidade em abstrato e de forma concentrada em um único órgão, materializada inicialmente no Tribunal Constitucional Austríaco. Tal modelo viria a se expandir na Europa Continental, abarcando vários países como Portugal, Espanha, Itália e Alemanha.

⁸² Boa parte da doutrina nacional identifica a idéia de jurisdição constitucional com a guarda da Constituição e, pois, com o controle de constitucionalidade. Cf. a respeito: ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição Constitucional à brasileira: situação e limites*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: (Neo)Constitucionalismo: ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, Vol. 1, n. 2. p 2. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004, p. 20. GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Quebra de Mais um Tabu no Mundo Jurídico. Implantação e evolução da jurisdição constitucional na França. **Revista In Verbis**. Caderno de Estudos, n. 25, ano 8, p. 385. Destaca-se ainda o posicionamento de Lenio Streck, para quem a jurisdição constitucional é um mecanismo de “instrumentalização dos valores constitucionais” e de “aferição de conformidade ou não das leis ao texto constitucional”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 99).

⁸³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug e outros. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 123.

⁸⁴ ZAMUDIO, Hector Fix. **Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional**. (1940-1965). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968, pp. 12-13.

No que tange à tradição anglo-saxã, é importante asseverar que o próprio termo *Judicial Review* assume diferentes significados conforme seja concebido na Inglaterra ou nos Estados Unidos da América.

A versão inglesa de “jurisdição constitucional” surge como *Judicial Review of the Executive*, ou seja, como controle de validade dos atos de um poder específico, o Executivo. O Legislativo não era visto como foco de atenção para o controle que deveria ser feito pelo Judiciário, mas sim como parâmetro, já que as leis dele provenientes é que seriam o instrumento de constatação da licitude da atuação estatal.

Neste sentido calha transcrever o apontamento de Streck:

As primeiras constituições respondem ao esquema do princípio monárquico, através do qual, frente ao poder absoluto deste, o parlamento aparece como um limite à garantia da propriedade e da liberdade dos cidadãos; é compreensível, assim, que esse parlamento, que representa o povo e lhe representa para controlar e limitar o poder do monarca absoluto, não tenha, em princípio, nenhum tipo de limitação. Afinal, não é ele um órgão do Estado que deva submeter-se a nenhum mandato superior porque aparece primeiramente como representação do povo que tem por missão defender a liberdade e a propriedade frente ao monarca.⁸⁵

Como informa Alder⁸⁶, os fundamentos que sustentam o *Judicial Review* inglês⁸⁷ foram resumidos pelo juiz Lord Diplock em um caso famoso de 1983 (*Council of civil services unions v. Minister for the civil service*), em quatro princípios

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 96.

⁸⁶ ALDER, John. **Constitutional and administrative law**. London: Macmillan, 1999 (cap. 14 - p. 293-318).

⁸⁷ O autor citado caracteriza a *Judicial Review* Britânica como o poder da "High Court" de fiscalizar a legalidade das decisões do governo. Trata-se assim de um controle do Judiciário sobre o governo, não se admitindo a *judicial review* de decisões judiciais, como é feito nos Estados Unidos. Segundo Alder, em tradução livre, “O Judiciário não está preocupado em saber se a ação governamental é boa ou ruim, certa ou errada, mas somente em saber se ela atende a certos requisitos legais”. (Segue o original: "The courts are not concerned with the question whether government action is good or bad, right or wrong, but only whether it meets certain legal standards". (ALDER, John. **Constitutional and administrative law**. London: Macmillan, 1999, p. 293).

fundamentais: ilegalidade, irracionalidade, impropriedade procedimental e proporcionalidade. A estes fundamentos acrescenta-se um quinto no ano de 1998, a saber, a necessidade de interpretar a legislação inglesa conforme a declaração europeia dos direitos humanos⁸⁸.

Já nos Estados Unidos, o *Judicial Review* foi concebido com uma intenção muito clara de impor limites não somente ao Executivo, mas principalmente ao Legislativo, que era tido como Poder despótico em razão da experiência recente com inúmeras leis do Parlamento inglês que geravam prejuízo econômico para as então 13 colônias americanas⁸⁹.

Como bem define Williams acerca do sistema americano, em tradução livre:

a frase “judicial review” é uma expressão que exprime o papel que o Judiciário desempenha como a autoridade final na maioria, senão em todas, as questões de constitucionalidade dos atos do governo. Ele “revê” estes atos para verificar se eles se apresentam em conformidade com a Constituição⁹⁰.

Segundo tal autor, o *Judicial Review* americano se fundamenta em três idéias principais, todas elas oriundas da *common law*: a) direito natural, b) devido processo legal e c) lei escrita.

Assim, o *Judicial Review* que se desenvolveu nos Estados Unidos consistiu basicamente na “...faculdade que têm os juízes para declarar inconstitucionais as leis que contradigam a Constituição”, como informa Tinoco⁹¹.

⁸⁸ Este quinto fundamento terá importância crucial para o desenvolvimento das decisões interpretativas na Inglaterra, como veremos mais adiante.

⁸⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 16.

⁹⁰ Segue o original: “The phrase ‘judicial review’ is a shorthand expression for the role the Court plays as the final authority on most, although not all, issues of constitutionality of governmental acts. It ‘reviews’ these acts to see that they conform to the Constitution”. (WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional Analysis**. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, p. 1)

⁹¹ TINOCO, Jorge Ulisses Carmona. **La Interpretación Judicial Constitucional**. México (D.F): Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1996, p. 124.

Ademais, a diferença entre as concepções de *Judicial Review* dos americanos para com os ingleses é tão grande que os primeiros chegam a asseverar, como o faz Williams, que embora tenha servido de inspiração para o sistema americano, o *Judicial Review* inglês não seria sequer passível de tal denominação⁹².

Esta disparidade aparente de concepções acerca da jurisdição constitucional só demonstra que não há, na ciência jurídica, conceitos imutáveis e estanques, mas sim institutos que se adaptam ao meio social em que aplicados e que mudam de significado conforme a evolução dos tempos.

Podemos resumir nosso entendimento ao que venha a ser considerado como a “Jurisdição Constitucional” com a transcrição do ensinamento de Adeodato⁹³:

Ao conjunto de interpretações, argumentações e decisões apreciadas pelo Judiciário, em questões que envolvem os textos constitucionais, dá-se a denominação de jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*). Observe-se que a jurisdição constitucional, por sua vez, é também composta de textos, decisórios, os quais vêm somar-se aos textos do livro constitucional e servir de partida para novas interpretações, argumentações e decisões.

Logo, para os fins deste trabalho, a expressão “jurisdição constitucional” deve ser entendida como a competência específica para a preservação da Supremacia da Constituição, instrumentalizada pelo controle em definitivo da constitucionalidade

⁹² Em tradução livre: “é justo dizer que nós desenvolvemos o princípio do judicial review da common law inglesa. Embora a Inglaterra tenha similitudes em termos de história, filosofia e instituições governamentais, ela não desenvolveu o conceito de Judicial Review”. Segue o original: “It is fair to say that we developed the principle of judicial review out of the common law of England. Although England has a similar history, governmental philosophy, and governmental institutions, it did not develop a concept of judicial review”. (WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional Analysis**. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, p. 2)

⁹³ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: (Neo)Constitucionalismo: ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, Vol. 1, n. 2. p. 02.

das normas jurídicas infra-constitucionais, feitas por órgão distinto⁹⁴ e independente⁹⁵ daquele que formula as normas infra-constitucionais.

Como visto, esta aptidão para o controle de constitucionalidade importa necessariamente na sujeição de um Poder (o Legislativo) a outro (o Judiciário) ou a um órgão externo (Tribunal Constitucional), ainda que esta sujeição ocorra em razão da observância da Constituição. Assim, a jurisdição constitucional, entendida como preservação da Supremacia Constitucional através do controle de constitucionalidade, importa num conflito potencial entre Poderes, como veremos a seguir.

3.2 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE COMO POTENCIALIZADOR DO CONFLITO ENTRE OS PODERES

Como visto no capítulo anterior, o controle jurisdicional de constitucionalidade se consolida nos Estados Unidos da América, em decisão que foi marcada pela necessidade de construção da legitimidade da intervenção de um Poder⁹⁶ sobre o

⁹⁴ Na lição de Kelsen, “...não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional”. (KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug e outros. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150).

⁹⁵ Como observa Favoreau, “Qualquer instituição, cuja existência, funcionamento ou atribuições arrisquem-se a serem desprezados pelo legislador ou pelo governo, não pode ser considerada como uma Corte Constitucional, nem como uma jurisdição constitucional” (FAVOREAU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 27). Também se destaca o apontamento de Tinoco, para quem, em tradução livre “...se faz necessário contar com um adequado sistema de seleção, nomeação e responsabilidade, acordes com o papel central que os juízes constitucionais desempenham na evolução e eficácia da ordem jurídica constitucional de um Estado, de tal forma que os permita levar a cabo seu trabalho de forma independente, imparcial e responsável”. Segue o original: “...se hace necesario contar con un adecuado sistema de selección, nombramiento y responsabilidad, acordes con el papel central que los jueces constitucionales desempeñan en la evolución y eficacia del orden jurídico constitucional de un Estado, de tal forma que les permita llevar a cabo su labor de manera independiente, imparcial y responsable.” (TINOCO, Jorge Ulisses Carmona. **La Interpretación Judicial Constitucional**. México (D.F): Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1996, p. 129.)

⁹⁶ Embora não se desconheça a impropriedade técnica da utilização da expressão “Poder” para designar as tradicionais funções executiva, legislativa e judicial (já que o “Poder”, em si, seria

outro, por não decorrer de texto expresso da Constituição. Também foi visto que a decisão de *Marbury vs. Madison* foi proferida em contexto institucional conturbado, em que a Corte sofria pressões tanto do Executivo quanto do Legislativo para não conceder o direito de nomeação a *Marbury*.

Nota-se então que a jurisdição constitucional já surge no contexto do conflito dos chamados “Poderes” da República, Executivo, Legislativo e Judiciário. Não seria absurdo afirmar que a jurisdição constitucional nasce sob o choque da colisão institucional entre Poderes, sempre buscando uma alternativa negociada para fazer prevalecer as decisões acerca da constitucionalidade de uma lei. Este aspecto é salientado por Tavares, que identifica como a decisão do caso *Marbury vs. Madison* foi muito mais um exercício de política do que de técnica jurídica, com o intuito de assegurar a observância da decisão pelos demais Poderes:

É curioso observar que, em sua origem norte-americana, (*Marbury vs. Madison*), o controle da constitucionalidade surge justamente como astuciosa (e escamoteada) manobra de manutenção do equilíbrio entre os poderes, com a evidente avaliação prévia dos possíveis efeitos da decisão (especialmente uma desobediência por parte do Executivo, quanto à decisão adotada pela Suprema Corte, que poderia ter fulminado na origem o desenvolvimento dessa instituição e de toda a profícua teoria que lhe seguiu).⁹⁷

De fato, em um país cujos fundamentos constitucionais estavam alicerçados em grande parte nos ensinamentos do “famoso Montesquieu”,⁹⁸ defensor de um papel minoritário dos juízes no que tange à possibilidade de interpretação do direito, não deixa de ser curioso notar como a competência para o controle de constitucionalidade prosperou. Tamanha “afronta” ao Legislativo certamente não se sustentaria na França, o que somente reforça a conclusão de que o resultado

uno e indecomponível, sendo mais adequado falar-se em “funções”), ela será aplicada aqui em razão de sua corriqueira utilização pela doutrina em geral.

⁹⁷ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 299.

⁹⁸ Assim referido por Hamilton no *Federalista* nº 78. (HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2005, p. 470)

de *Marbury vs. Madison* somente perdurou em razão da habilidade política da Suprema Corte Americana.

Muito embora se pudesse argumentar que a Corte de Marshall teria criado para si mesma uma competência não prevista no texto constitucional americano, a decisão agradou ao Executivo e, por conseqüência, ao Legislativo de então, dominado pelo primeiro.

Um dos fatores mais marcantes de *Marbury vs. Madison* consistiu na necessidade de a Suprema Corte Americana viabilizar o cumprimento de sua decisão. O contexto do caso indica que uma tentativa de imposição de uma ordem absoluta geraria um conflito institucional sem precedentes.

Considerando que o Judiciário, nas palavras de Hamilton⁹⁹, consistiria no “mais fraco dos três poderes, que nunca poderá enfrentar com êxito qualquer dos outros dois”, não seria através da imposição que as decisões judiciais desfavoráveis aos demais Poderes seriam observadas, mas sim através da persuasão. Assim fizeram Marshall e os demais componentes da Suprema Corte naquele episódio, estabelecendo a competência para controlar a constitucionalidade das leis emanadas do Poder Legislativo.

Neste contexto é que se faz pertinente a indagação de Piçarra¹⁰⁰:

Mas, este poder de controlo da constitucionalidade das leis atribuído aos tribunais não tornará o poder judicial superior ao poder legislativo, não porá em risco o princípio da separação dos poderes, já que ambos, como poderes delegados ou constituídos, têm que estar no mesmo nível?

⁹⁹ HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2005, p. 470.

¹⁰⁰ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 203.

De fato, caso se adotasse uma concepção estanque da Separação dos Poderes, como era de fato a tese de Montesquieu, o controle de constitucionalidade jamais poderia prevalecer, pois representaria uma intervenção do Judiciário sobre o Legislativo. Porém, como já visto no capítulo anterior, o controle de constitucionalidade era corolário da necessidade americana de limitar o Legislativo, permitindo assim que a Separação de Poderes concebida por Montesquieu evoluísse nos Estados Unidos, conformando-se na mais atenuada teoria dos freios e contrapesos (*checks and ballances*), na qual um Poder controla o outro.

Deste substrato, o que importa para nossa abordagem é o fato de que a pronúncia da inconstitucionalidade de uma lei, ainda que não represente em indevida intervenção de um Poder sobre o outro, traz consigo a aptidão para instalar um tensionamento entre Judiciário e Legislativo, já que o primeiro estará interferindo sobre a atividade primordial do segundo. A questão se agrava com a constatação de que os representantes do Legislativo são democraticamente legitimados pelo voto, o que não ocorre com o Judiciário¹⁰¹.

No abalizado ensinamento de Tavares, o controle de constitucionalidade em si não representaria um foco de tensão entre os Poderes. Tal foco restaria instalado tão somente quando o Judiciário limitasse o âmbito de atuação do Legislador, como faz ao estabelecer o significado das normas constitucionais. As palavras do autor são as seguintes:

O controle de leis significa apenas a transposição de instâncias para fins de determinar se um ato normativo específico permanecerá no sistema.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 104. Destaca o autor que "...é inexorável que ocorra um tensionamento entre os Poderes do Estado" em razão do controle mútuo, que se acentua no caso do controle judicial, haja vista que "...há a questão da legitimidade de o Poder Judiciário (justiça constitucional) desconstituir atos normativos do Poder Executivo e/ou declarar a inconstitucionalidade de lei votadas pelo parlamento eleito democraticamente pelo povo". (Ibidem, p. 104).

O legislador poderá resolver o dilema com base política, enquanto o Tribunal Constitucional terá por base aspectos de legitimidade constitucional (validade). Não chega a ocorrer um choque nessas circunstâncias, porque está fora do alcance do legislador o fazer cumprir determinada lei previamente aprovada. Assim, se um Tribunal deixa de cumpri-la, e se o faz com fundamento em sua inconstitucionalidade, nem por isso se pode sustentar que haja, em tais circunstâncias, um embate entre Legislativo e Tribunal Constitucional.

Contudo, quando o Tribunal faz emanar decisões que devem ser diretamente observadas pelo Poder Legislativo, como quando “reduz” o campo de atuação de determinada Casa Legislativa (em virtude de repartição federativa de competências), ou quando indica a interpretação adequada da norma constitucional (para fins de posterior atuação legislativa), as chances de um atrito multiplicam-se¹⁰².

De fato, muito embora a tendência seja que o foco de tensão entre Poderes se localize no estabelecimento do significado da Constituição pelo Judiciário, não se pode olvidar que o controle de constitucionalidade pressupõe, antes de sua realização, a fixação do parâmetro constitucional para fins de contraste com a norma controlada. Assim, mesmo que de forma indireta, o controle de constitucionalidade pode importar num tensionamento na relação institucional entre os Poderes¹⁰³.

Apesar de tal tensionamento potencial, a Suprema Corte Americana conseguiu consolidar o controle de constitucionalidade através da atuação hábil de seus membros, seja atuando com prudência na pronúncia de inconstitucionalidade, seja estabelecendo uma série de requisitos¹⁰⁴ para o conhecimento de questões a ela apresentadas, em verdadeiro exercício de auto-contenção judicial.

¹⁰² TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 309-310.

¹⁰³ Cf., a respeito, o apontamento de Miranda: “A fiscalização da constitucionalidade repugna, porque envolve a produção de actos por órgãos diversos em relação ao mesmo processo de criação legislativa, que todo deve caberá um órgão ou conjunto de órgãos naturais: o Parlamento”. (MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 45).

¹⁰⁴ Segundo Williams, são exigidos os seguintes requisitos para que uma demanda seja conhecida pela Suprema Corte Americana: a) existência de um conflito concreto, b) participação efetiva no caso concreto (*standing*) e c) existência concreta de ameaça ou de efetiva violação de direitos (*ripeness*), todos eles apreciados de forma mais ou menos discricionária. Tais requisitos seriam posteriormente jungidos e outros mais e conhecidos como “Regra de Brandeis”, já que

Um destes requisitos consiste na necessidade de que a inconstitucionalidade se manifeste em um caso concreto, o que já limita demasiadamente a abrangência da decisão judicial, evitando assim que se instaure diretamente uma oposição entre Corte e Legislador. Simbolicamente, estará a Corte decidindo um caso entre duas pessoas, como árbitro desinteressado, e não utilizando o caso concreto para desafiar os demais Poderes.

Conseqüentemente, ao se limitar a atuação a um dado caso concreto, o Judiciário não estaria revogando nenhum ato dos demais Poderes, mas somente fazendo prevalecer a Constituição e, mesmo assim, somente para aquela situação específica.

Esta concepção de atuação restritiva da jurisdição constitucional a um dado concreto foi integralmente reproduzida no Brasil com a Constituição Republicana de 1891. Sob forte inspiração americana, aquela Carta inaugurou o controle de constitucionalidade difuso em terras nacionais, conferindo ao Judiciário a possibilidade de pronunciar a inconstitucionalidade de leis somente em casos concretos postos à sua análise.

Em resposta aos que argumentavam que o controle de constitucionalidade *in concreto* importaria em intervenção do Judiciário sobre o Poder Legislativo, Rui Barbosa argumentou brilhantemente, à época, que a decisão judicial, ao só valer para cada caso concreto, não estaria afetando a lei:

Os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos outros atos do Executivo; mas a cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção, ou reparação, que

compilados pelo juiz Brandeis em 1962 no caso *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority* (WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional Analysis**. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, p. 12-14.)

demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante, que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir¹⁰⁵.

Rui Barbosa prossegue justificando que a intervenção do Judiciário é mínima no controle de constitucionalidade, vez que o ato impugnado seria mantido no sistema jurídico¹⁰⁶. Ademais, mesmo que a questão se repetisse inúmeras vezes no Judiciário, ainda assim não se poderia falar numa intervenção de um Poder sobre o outro. Este somente se realizaria

...se a derrogação fosse formal, e não apenas virtual, se operasse por via direta, em vez de indiretamente, se cancelasse o decreto em sua generalidade, quando só lhe ataca, espécie a espécie, os efeitos proibidos por lei superior¹⁰⁷.

Por outro lado, pode-se afirmar que a idéia de auto-contenção judicial americana se adaptou à frágil configuração institucional da República Brasileira com bastante força, vez que adequada a justificar um Executivo forte, como já era da tradição imperial e se foi confirmando ao longo dos anos. Daí a adoção, a princípio indiscriminada, pelo Supremo Tribunal Federal, da doutrina americana das questões políticas, verdadeira carta branca dada ao Executivo brasileiro para a violação de direitos fundamentais, como aponta Moro¹⁰⁸.

3.3 AS DECISÕES INTERPRETATIVAS COMO FORMA DE REDUZIR A TENSÃO ENTRE LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

A tensão potencial que envolve a declaração de inconstitucionalidade da lei pode ser suavizada com a adoção de determinadas regras de conduta pelo Judiciário,

¹⁰⁵ BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Atualização Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, p. 83.

¹⁰⁶ BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Atualização Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, p. 84.

¹⁰⁷ BARBOSA, Rui. **Op. cit.**, p. 95.

¹⁰⁸ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004, pp. 66-81.

como forma de deferência ao Legislativo, justificada, entre outros motivos, por uma questão de “economia interna do ordenamento jurídico”.¹⁰⁹

A adoção de tal postura pelos diversos órgãos encarregados do controle de constitucionalidade das leis em razão do conflito potencial com o Legislador foi bem descrita por Camazano, em tradução livre:

A gravidade ínsita em toda declaração de inconstitucionalidade – pelas importantes conseqüências que dela podem ser derivadas, assim como pelo simples fato de que importa na intervenção do tribunal constitucional no campo do legislador, para “corrigi-lo” – é a circunstância principal que explica por que os diversos tribunais constitucionais, e o próprio Tribunal Supremo americano, foram descobrindo e criando diversas técnicas que modulam de alguma forma a declaração pura e simples de inconstitucionalidade, especialmente naqueles sistemas que partem como princípio geral da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade.¹¹⁰

Também Sampaio¹¹¹ ensina que a adoção de decisões interpretativas “...tem uma aceitação muito generalizada no âmbito das jurisdições constitucionais”, já que busca, entre outras coisas, “...evitar conflitos com os demais poderes, especialmente com o Legislativo”.

Assim, ao partir da premissa de que o Legislador não quis violar a Supremacia da Constituição, ou seja, tomando-se por base a presunção (relativa) de constitucionalidade das leis em geral, o Judiciário deve sempre se esforçar para aproveitar ao máximo a atividade legislativa. Este esforço se materializa quando

¹⁰⁹ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 250.

¹¹⁰ Segue o original: “La gravedad ínsita en toda declaración de inconstitucionalidad – por las importantes consecuencias que de ella puedan derivarse, así como por el simple hecho de que supone la intervención del tribunal constitucional en el campo del legislador, para “corregirlo” – es la circunstancia principal que explica por qué los diversos tribunales constitucionales, y el propio Tribunal Supremo americano, han ido descubriendo y creando diversas técnicas que modulan de alguna forma la declaración pura y simple de inconstitucionalidad, especialmente en aquellos sistemas que parten como principio general de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad”. (CAMAZANO, Joaquín Brage. **La acción de inconstitucionalidad**. México (DF): Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1998, p. 233).

¹¹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 828.

são cumpridas três etapas prévias à tormentosa pronúncia de inconstitucionalidade, como nos aponta Miranda¹¹², a saber: a) havendo possibilidade de dupla interpretação de uma norma, deve-se sempre optar pelo significado que seja compatível com a Constituição; b) se o significado de um enunciado é mais amplo ou mais estrito do que o significado que seria compatível com a Constituição, deve-se ampliá-lo ou restringi-lo até se atingir um resultado constitucional; c) quando haja na mesma lei normas constitucionais e normas inconstitucionais, deve-se aproveitar as normas constitucionais e proceder à “reforma, conversão ou redução” da norma inconstitucional.

Neste contexto, ciente de que a pronúncia de inconstitucionalidade pode levar a uma instabilidade institucional, o Judiciário passa a encará-la como algo indesejado. Assim, os Tribunais buscam adotar soluções que conservem ao máximo o trabalho do Legislador, encarando a pronúncia de inconstitucionalidade como a última alternativa a ser utilizada na análise da constitucionalidade de uma lei. Pode-se até afirmar que o Judiciário passa a utilizar máximas de razoabilidade e ponderação para verificar se não há outro meio de se atingir a finalidade de conservação da Supremacia Constitucional, que não a pronúncia, pura e simples, da inconstitucionalidade.

Este outro meio para atingir a finalidade de conservação da Supremacia da Constituição, sem que se incida necessariamente num conflito entre Legislativo e Judiciário, consiste justamente na adoção de decisões interpretativas, que se situam no limiar entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade, como afirma Bofill¹¹³, em tradução livre:

¹¹² MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 250.

¹¹³ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 30. Segue o original: “No seria exagerado afirmar que la decisión interpretativa asume, en este cuadro, una preciada función al servicio de la estrategia general de neutralización (e incluso negación) de los conflictos propia de las democracias occidentales en su afán de no poner en peligro un horizonte de immutable estabilidad.”

Não seria exagerado afirmar que a decisão interpretativa assume, neste quadro, uma estimada função ao serviço da estratégia geral de neutralização (e sua pressuposta negação) de conflitos, própria das democracias ocidentais em seu afã de não colocar em perigo um horizonte de estabilidade imutável.

Como veremos mais adiante, o desenvolvimento de tais meios alternativos à pronúncia de inconstitucionalidade possui especificidades de acordo com os países que o adotam. Porém, o mero fato de se buscar uma terceira via à mera solução “constitucionalidade/inconstitucionalidade” em todos estes países demonstra que a adoção de decisões interpretativas é uma decorrência da própria idéia de controle de constitucionalidade.

Faz-se mister, neste momento, definir o que venha a ser entendido por “decisão interpretativa”, instituto que vem sendo apontado por nós e pela doutrina como meio de evitar o tensionamento entre Poderes que é inerente à pronúncia de inconstitucionalidade de uma lei.

Em maior ou menor grau, todo e qualquer ato de aplicação do direito pressupõe uma prévia interpretação. Ainda que implicitamente, ao praticar um ato civil, administrativo, legislativo ou judicial, o sujeito interpreta os limites de sua atuação (que atos jurídicos pode praticar, e sob qual forma). Assim, o administrador responsável por um concurso sabe que o respectivo Edital deve ser publicado em diário oficial, porque assim determina uma norma que rege sua conduta. Da mesma forma ocorre com o parlamentar que propõe uma Lei Complementar, no que tange à obtenção da maioria qualificada para sua aprovação, assim como com o juiz que sabe que deve fundamentar todas as suas decisões. Como bem destaca Avilés¹¹⁴, “...a interpretação, para os juristas, constitui um processo que

¹¹⁴ AVILÉS, María del Carmen Barranco. **Derechos y decisiones interpretativas**. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 26. No original: “...la interpretación, para los juristas, constituye un proceso que permite la aplicación de la disposición general al caso concreto. Permite, en definitiva, el paso de los textos a las normas.”

permite a aplicação da disposição geral ao caso concreto. Permite, em definitivo, a passagem dos textos às normas”.

Da mesma forma, ao se falar em uma “decisão”, podemos estar fazendo referência tanto a um ato subjetivo, relativo à atividade de escolha do intérprete acerca de um significado ou outro a ser atribuído ao texto normativo, quanto ao produto ou resultado de tal ato prévio de escolha.

Ressalte-se que as “decisões” de que nos ocuparemos não consistem nos procedimentos prévios à escolha do significado a ser atribuído ao enunciado normativo (processo), mas sim no resultado de tal decisão prévia, assim considerado quando emitido no exercício da jurisdição constitucional (produto).

Igualmente, quando falamos em “decisões interpretativas” não nos referimos a toda e qualquer decisão da jurisdição constitucional que tenha, previamente, realizado uma interpretação (vez que tal procedimento, como visto, é inexorável para viabilizar todo e qualquer ato de aplicação de normas jurídicas¹¹⁵), mas sim àquelas decisões que, ao apreciar a constitucionalidade de uma determinada norma, não atuam sobre o texto normativo, atingindo tão somente o significado dele decorrente, seja fixando um único significado (=norma) compatível com a Constituição, seja excluindo um dos significados possíveis do texto, por incompatibilidade com a Lei Maior. Assim, com as decisões interpretativas o texto normativo permanece inalterado, mas o entendimento possível daquele texto passa por restrições de maior ou menor monta, especialmente quando a decisão possui efeito vinculante, ocasião em que a interpretação aplicada do texto

¹¹⁵ No mesmo sentido é o ensinamento de Bofill, citando Crisafulli (tradução livre): “...todas as decisões da jurisdição constitucional são interpretativas, já que a fixação das distintas variantes conceituais que oferece o texto legislativo é pressuposto do exame de constitucionalidade”. Segue o original: “...todas las decisiones de la jurisdicción constitucional son interpretativas, ya que el desglose de las distintas variantes conceptuales que ofrece el texto legislativo es presupuesto del examen de constitucionalidad”. (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 37)

constitucional servirá como parâmetro das futuras análises das normas inferiores¹¹⁶.

Destaca-se também, a respeito, o relevante conceito fornecido por Revorio¹¹⁷, em tradução livre, que reflete os aspectos aqui evidenciados com clareza:

De acordo com o exposto, entendo por sentenças interpretativas aquelas, proferidas num procedimento de inconstitucionalidade, cuja conclusão, *deixando inalterado o texto da disposição, declara explícita ou implicitamente que ao menos uma das normas, ou parte dela, que dele derivam conjunta ou alternativamente, não são acordes com a Constituição.*

Nas palavras de Tinoco, em tradução livre, “através deste tipo de sentenças se harmoniza a lei com a Constituição, dirigindo a interpretação em função de sua constitucionalidade”.¹¹⁸

Como vimos no capítulo anterior, este trabalho tem como premissa a inexistência de identidade entre texto normativo (enunciado) e norma jurídica (significado),

¹¹⁶ Neste sentido é o ensinamento de Avilés, em tradução livre: “Efetivamente, as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional, a través dos distintos procedimentos de controle de constitucionalidade, concluem com a atribuição de um significado às normas constitucionais, com a peculiaridade de que este significado se converte em parâmetro a partir do qual se analise a constitucionalidade das normas inferiores e que a partir desse momento deve ser observado pelos restantes operadores jurídicos como a interpretação correta da Constituição”. Original: “Efectivamente, las decisiones interpretativas del tribunal constitucional, a través de los distintos procedimientos de control de constitucionalidad, concluyen con la atribución de un significado a las normas constitucionales, con la peculiaridad de que este significado se convierte en el parámetro desde el que se enjuicia la constitucionalidad de las normas inferiores y que desde ese momento debe tenerse en cuenta por los restantes operadores jurídicos como interpretación correcta de la Constitución”. (AVILÉS, María del Carmen Barranco. **Derechos y decisiones interpretativas**. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 95.)

¹¹⁷ No original: “De acuerdo con lo dicho, entiendo por sentencias interpretativas aquéllas, recaídas en un procedimiento de inconstitucionalidad, cuyo fallo, *dejando inalterado el texto de la disposición, declara explícita o implícitamente que al menos una de las normas, o parte de ella, que de él derivan conjunta o alternativamente, no son acordes con la Constitución.*” (REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, p. 68.)

¹¹⁸ Segue o original: “A través de este tipo de sentencias se armoniza la ley con la Constitución, dirigiendo la interpretación en función de su constitucionalidad”. (TINOCO, Jorge Ulisses Carmona. **La Interpretación Judicial Constitucional**. México (D.F): Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1996, p. 128.)

pelos motivos já expostos oportunamente. Lembramos apenas que o texto legislativo enquanto enunciado (artigos, incisos e parágrafos da lei enquanto letras escritas no papel) é a matéria prima a partir da qual será formulado um determinado significado, após atividade interpretativa. Este significado obtido com a interpretação é que consiste na norma jurídica.

Neste contexto, o controle de constitucionalidade em abstrato, enquanto ato de conservação da Supremacia da Constituição, se faz não somente sobre as leis (textos), mas também sobre o significado possível advindo delas (normas). Esta forma de ver o fenômeno jurídico é que justifica a adoção das decisões interpretativas, vez que estas não atuam sobre o texto (enunciado), mas sobre o significado dele decorrente (norma).

Assim, o controle abstrato de constitucionalidade se dá sempre com a finalidade de analisar a compatibilidade de uma determinada norma com a Constituição e, se for o caso, expulsa-la do ordenamento jurídico. Na aplicação das técnicas clássicas de controle, consistente na pronúncia de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, a decisão judicial incide, diretamente, sobre o texto que fundamenta a formulação da norma tida por inconstitucional, seja para mantê-lo, seja para suprimi-lo do sistema jurídico. Já nas técnicas de decisão interpretativa, que serão mais bem detalhadas à frente, a decisão incide sobre os significados possíveis do texto normativo (ou seja, sobre as normas jurídicas propriamente ditas), restringindo a liberdade do intérprete, sem passar pela alteração do texto, fixando assim um ou mais sentidos¹¹⁹ que sejam compatíveis com a Constituição, ou excluindo um ou mais significados com ela incompatíveis.

¹¹⁹ É possível haver mais de uma opção compatível com a Constituição, assim como mais de uma opção incompatível. É o caso da liberdade de imprensa, que pode ser encarada como: 1) vedação absoluta a qualquer tipo de censura, 2) direito que admite: 2.1) auto-restrição ou auto-censura, 2.2) censura por conselhos profissionais jornalísticos, 2.3) censura por direito de resposta, 2.4) censura reparatória (danos morais).

É claro que a adoção de decisões interpretativas fica limitada àquelas situações em que seja possível verificar no mínimo dois significados passíveis de serem atribuídos a um dado texto normativo. Porém, a utilização de termos ambíguos e vagos pelo legislador ordinário contemporâneo apresenta-se como uma tendência indiscutível, razão pela qual a adoção de decisões interpretativas pela jurisdição constitucional tende também a se consolidar como uma via a ser escolhida com frequência exponencialmente maior.

Ao deixar intocado o trabalho do Legislador, através da adoção de decisões interpretativas em lugar da pronúncia da inconstitucionalidade, busca-se evitar o conflito entre os Poderes Legislativo e Judiciário, facilitando desta forma a observância das decisões proferidas no controle de constitucionalidade em abstrato através de uma “composição institucional”.

Veremos no capítulo seguinte como estas formas alternativas de decisões ligadas ao controle de constitucionalidade evoluíram nos diferentes sistemas jurídicos, sejam os influenciados pela idéia da *common law* (anglo saxões), sejam os sistemas de tradição romano-germânica.

4 AS DECISÕES INTERPRETATIVAS NO ESTRANGEIRO

Definido no capítulo anterior o que se deve entender por “decisões interpretativas” para as finalidades deste trabalho, passa-se a descrever como ocorreu o desenvolvimento destas formas de decisão proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade das leis nos diferentes países que a adotaram.

Referida descrição, que se fará com base em autores estrangeiros¹²⁰, tem por finalidade contextualizar as decisões interpretativas do STF em relação ao posicionamento adotado pelas Cortes Constitucionais de outros países, seja da tradição romano-germânica (Europa Continental), seja da *Common Law* (Inglaterra e Estados Unidos).

Assim, o estudo do Direito Comparado assume relevância para o presente trabalho, haja vista a conveniência de analisar, confrontar e comparar as distintas concepções de “decisões interpretativas” de cada jurisdição constitucional estrangeira com a formulação que se perpetuou no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro¹²¹.

Com efeito, referida comparação se justifica em razão de viabilizar a identificação das diferentes influências que atuaram, mediata e imediatamente, na formação do

¹²⁰ Como autor-base para o conhecimento das decisões interpretativas nos países europeus e nos EUA, adotou-se a completa obra de Héctor Bofill (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 430p.). Como complementação para a compreensão do sistema italiano, foi utilizada também a obra de Augusto Martín de la Vega (VEGA, Augusto Martín de La. **La sentencia constitucional em Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal**. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales. 2003, 429p.) e como complementos gerais do sistema europeu, os trabalhos de Francisco Revorio (REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, 342p.) e de Louis Favoreau (FAVOREAU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, 131p.).

¹²¹ Consoante lição de Dantas, “...só quando estamos procedendo análises, confrontando e comparando semelhanças e dessemelhanças entre sistemas e/ou institutos, é que se constitui o verdadeiro e correto objeto material do *Direito Comparado*. (DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: Introdução. Teoria e Metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 153.)

entendimento jurisprudencial de nossa Suprema Corte acerca da aplicação de modalidades de decisão como a aqui estudada.

Ressaltamos, todavia, que a abordagem do direito alienígena no presente capítulo tem intuito meramente descritivo. A atividade de confrontação entre as concepções estrangeira e a pátria ocorrerá em capítulo subsequente, no qual se analisarão as decisões interpretativas no Direito Brasileiro.

4.1 ORIGEM HISTÓRICA DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS

Como pondera Bofill, a literatura existente acerca das decisões interpretativas na Europa não tem se preocupado com os antecedentes históricos da gradual formação da referida técnica decisória, limitando-se a abordar diretamente o problema, com algumas referências à “interpretação conforme à Constituição”, considerada a técnica interpretativa de aplicação mais antiga na Europa¹²².

Mesmo com pouca produção científica sobre o tema, as referências existentes apontam no sentido de terem as decisões interpretativas se desenvolvido de forma pioneira nos Estados Unidos da América, como derivação da necessidade de interpretação das leis “*in harmony with the Constitution*”, de forma a harmonizar a construção legislativa com a Supremacia Constitucional.

Neste sentido, afirma Bofill¹²³ que

¹²² BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 85-86.

¹²³ Segue o original: “En síntesis, el acuerdo histórico al que llegan los autores consiste en reconocer que el precedente de la interpretación conforme aparece por primera vez en el modelo norteamericano, para añadir, en segundo lugar, que el desarrollo de esta técnica en Europa no responde a una recepción de la jurisprudencia de la Supreme Court sino que deriva de las propias necesidades del control de constitucionalidad.” (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 86.)

Em síntese, o acordo histórico a que chegam os autores consiste em reconhecer que o precedente da interpretação conforme aparece pela primeira vez no modelo norte-americano, para acrescentar, em segundo lugar, que o desenvolvimento desta técnica na Europa não consiste numa recepção da jurisprudência da Suprema Corte Americana, mas sim deriva das próprias necessidades do controle de constitucionalidade.

Assim, a adoção de decisões “intermediárias” pelos sistemas de jurisdição constitucional europeu surge mais como uma necessidade intrínseca de conciliação entre o controle de constitucionalidade e o Legislador do que uma importação do modelo americano. Como afirma Revorio¹²⁴, em tradução livre, “o fenômeno das decisões interpretativas vem imposto pela realidade, pela prática dos Tribunais Constitucionais”.

Na Europa aponta-se como primeiro precedente interpretativo a decisão do Tribunal Constitucional Suíço de 8 de julho de 1908, no que seguiu anos mais tarde o precedente do Tribunal Constitucional Alemão de 28 de abril de 1921. Tais decisões foram proferidas em épocas nas quais a jurisdição constitucional ainda engatinhava em tais países: o Tribunal Suíço tinha sua competência de controle limitada às leis cantonais e quanto ao Tribunal Alemão, sequer se reconhecia a possibilidade de efetuar qualquer controle de constitucionalidade, situação que somente viria a se alterar com a decisão de 4 de novembro de 1925¹²⁵.

Mas, segundo Bofill¹²⁶, a “idade de ouro” das decisões interpretativas consistiu na época da expansão dos Tribunais Constitucionais pela Europa, após a Segunda Guerra Mundial. Neste contexto, registra-se a adoção de decisões interpretativas nos Tribunais da Áustria e da Alemanha em 1951 e na Corte Constitucional Italiana, em 1956.

¹²⁴ Segue o original: “El fenómeno de las sentencias interpretativas viene impuesto por la realidad, por la práctica de los Tribunales Constitucionales”. (REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, p. 22.)

¹²⁵ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 87-88.

¹²⁶ BOFILL, **op. cit.**, pp. 89-90.

Em seqüência, passa-se à análise das decisões interpretativas nos países europeus e no Estados Unidos, com a abordagem conforme estes pertençam à tradição anglo-saxã (*common law*) ou romano-germânica (*civil law*).

Esta abordagem diferenciada se justifica em razão da grande diferença acerca do tratamento das decisões interpretativas por cada uma das tradições. Enquanto a escola continental européia busca a todo custo uma justificação teórica e uma delimitação precisa das hipóteses em que o Tribunal Constitucional pode utilizar a decisão interpretativa, ainda presos ao dogma de que os juízes somente aplicam o Direito sem doses criativas, os anglo-saxões, por outro lado, admitem abertamente o papel judicial na formação das normas. Segundo aponta Boffil¹²⁷ acerca desta última tradição, em tradução livre

O relevante nestes sistemas [anglo-saxões] não é o fato de que o juiz constitucional modifique a lei sob o pretexto de acomodá-la aos preceitos constitucionais (ou ao Tratado de Direitos Humanos, no Reino Unido), senão que, através do juízo sobre a lei, os juízes atribuam significados à própria Constituição.

Como sabido, a liberdade hermenêutica investida nos juízes de tradição anglo-saxã é muito maior do que na escola romano-germânica, em que a lei é hodiernamente vista como expressão da vontade geral e, como tal, intocável.

Passemos, então, à análise do desenvolvimento das técnicas interpretativas de decisão no estrangeiro para que, posteriormente, possamos compará-lo com o desenvolvimento empreendido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

¹²⁷ Segue o original: “Lo relevante en estos sistemas no es que el juez de constitucionalidad modifique la ley bajo el pretexto de acomodo a los preceptos constitucionales (o a la *Human Rights Act*, en Reino Unido) sino que, a través del juicio sobre la ley, los jueces asignen significados a la propia Constitución.” (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 26.)

4.2 AS DECISÕES INTERPRETATIVAS NO DIREITO ANGLO-SAXÃO

4.2.1 Estados Unidos da América

No que tange ao controle de constitucionalidade e os limites da atuação da Corte Constitucional acerca da interpretação das normas vigentes, os juristas americanos não têm por costume levantar questionamentos ligados aos limites das alterações da substância da lei frente ao Legislador. Em razão da forte tradição da *common law*, os americanos se ocupam de pontos relativos à legitimidade da Suprema Corte em estabelecer o significado dos enunciados constitucionais. Alguns motivos para que a intervenção em si do juiz sobre o significado do enunciado posto pelo Legislador ordinário não seja tão debatida no sistema americano são apontados por Bofill¹²⁸.

A primeira dela é a existência do *stare decisis*, ou sistema dos precedentes, segundo o qual o significado das leis é diuturnamente complementado pelos significados introduzidos pelos juízes, pressupondo-se então que os juízes têm papel decisivo no ato de criação das normas jurídicas. Os questionamentos se somente se iniciam quando o juiz atribui um significado à norma constitucional e com base nele se sobrepõe ao Legislador. Assim, em vez de se ocupar da questão dos limites da atuação do Tribunal enquanto legislador positivo ou negativo (debate que é tradicionalmente travado na Europa Continental) os americanos preferem focar o problema do maior ou menor ativismo da Suprema Corte na interpretação da Constituição.

Outra razão consiste no diferente papel da lei nos diferentes sistemas. Enquanto na tradição romano-germânica o Legislador tem liberdade de inovação, nos

¹²⁸ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 236-239.

sistemas anglo-saxões o produto da atividade Legislativa (*statutes*) se subordinam à *common law*. Daí a distinção entre a interpretação e a construção da lei:

Em outras palavras, a construção é diferente da interpretação continental porque o papel das leis é diferente: no *common law* a lei resta modulada pela estrutura das regras jurisprudenciais enquanto que, no *civil law*, extrai-se que da promulgação de uma nova lei há sobretudo uma vontade de mudança na matéria, não sujeita a nenhuma condição jurisprudencial prévia (e, conseqüentemente, pouco suscetível de modulação por parte dos futuros atos de aplicação judicial).¹²⁹

Também assumiu papel relevante para o diferente enfoque do sistema americano o fato de o controle de constitucionalidade ser realizado pela análise de casos concretos, em contraposição ao modelo kelseniano clássico, adotado na Europa, que analisa a constitucionalidade em abstrato. Neste caso, a inconstitucionalidade da lei não a retira do sistema, mas somente gera sua inaplicabilidade num dado caso específico. Ao realizar o controle de constitucionalidade sempre em função de um caso concreto, a Suprema Corte Americana termina por não ter de se preocupar com os efeitos *pro futuro* da eventual pronúncia de inconstitucionalidade, já que a regra do *stare decisis* demanda que a repetição da decisão da Corte se dê sobre casos “idênticos”. Assim, “...as circunstâncias que os juízos futuros contenham podem conduzir a uma distinção relevante que altere a forma de interpretar a lei”¹³⁰.

Por último, há ainda que destacar a adoção pela Suprema Corte da chamada “avoidance doctrine”, segundo a qual ela deveria evitar ao máximo a análise de questões constitucionais como forma de deferência ao legislador democrático. Tal

¹²⁹ Segue o original: “En otras palabras, la *construction* es diferente a la interpretación continental porque el papel de las leyes es diferente: en el *common law* la ley queda modulada por el armazón de las reglas jurisprudenciales mientras que, en el *civil law*, de la promulgación de una nueva ley se extrae ante todo una voluntad de cambio en la materia no sujeta a ninguna condición jurisprudencial previa (y, por supuesto, poco susceptible de modulación por parte de los futuros actos de aplicación judicial)” (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 238.)

¹³⁰ Segue o original: “...las circunstancias de los juicios futuros contengan pueden conducir a una distinción relevante que altere la forma de interpretar la ley”. (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 238)

doutrina se consolidou no voto proferido pelo juiz Brandeis no caso *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority*, conforme já mencionado anteriormente, no que se convencionou denominar de “regras Brandeis”.

Tais regras visavam padronizar a atuação da Suprema Corte no que tange ao conhecimento das questões de constitucionalidade a ela levadas e são em número de sete, consistindo no seguinte: 1) a controvérsia deve ser autêntica e atual, impedindo meras consultas sobre a constitucionalidade da lei; 2) o conflito deve ser real, autêntico e vital, ou seja, deve-se analisar a questão de constitucionalidade para a resolução de uma lide concreta; 3) a regra formulada não pode ultrapassar os limites do caso concreto, restringindo assim o alcance da decisão; 4) somente se deve analisar os fundamentos constitucionais se não for possível resolver o caso com base em fundamentos legais; 5) o recorrente deve demonstrar claramente que da inconstitucionalidade resulta um prejuízo real à sua esfera jurídica; 6) não se analise a questão de constitucionalidade se o recorrente for beneficiado com a lei impugnada; 7) quando é posta em questão a validade de uma lei do Congresso, ainda que exista uma séria dúvida sobre sua constitucionalidade, deve o Tribunal decidir, em primeiro lugar, se é possível uma construção ou interpretação flexível da lei, mediante a qual possa ser evitada a questão de constitucionalidade¹³¹.

A sétima regra espelha com precisão o teor do posicionamento da Suprema Corte sobre o assunto. Cabe todavia registrar que não se trata de uma escolha entre a declaração de inconstitucionalidade e a declaração de constitucionalidade, mas sim uma opção por analisar a lei sob um enfoque que impeça a própria consideração acerca de sua constitucionalidade.

¹³¹ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 240-243.

Como bem resume Bofill¹³², em tradução livre,

Não é difícil intuir como por trás desta reserva na análise de aspectos de constitucionalidade ressoam os ecos de doutrinas que, na tradição do constitucionalismo americano, predicam uma restrição no controle exercido pelos juízes, cujo ponto culminante, uma vez passados todos os filtros do julgamento, consiste em declarar a inconstitucionalidade da lei.

Existe assim uma dúvida acerca da legitimidade do *judicial review* implementado pela Suprema Corte, dúvida esta que a acompanha desde o nascimento do controle de constitucionalidade e que incide em maior ou menor grau conforme o momento histórico vivenciado, gerando, mais notoriamente a partir do julgamento do caso *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority* (1936), uma auto-limitação de sua competência para a intervenção sobre as normas infra-constitucionais. É lícito inclusive afirmar que esta atitude restritiva corresponde já a um modelo bastante diferente daquele proposto por Marshall em 1803.

Assim, embora o *judicial review* tenha nascido através de uma decisão que interpretou a Constituição com boas doses de ativismo e teleologia, reputando como existente naquela Carta norma não prevista expressamente (a competência para o controle da constitucionalidade das leis), a Suprema Corte apresentou grandes dificuldades para consolidá-la, em razão da discussão acerca da legitimidade da Corte em interferir no produto do Legislador, que foi assim resumida por Brito¹³³: “Como se justifica, e até que ponto, que uma norma constitucional indeterminada seja concretizada pelo juiz e não pelo legislador, ou – dito de outro modo – pelo juiz sem referência às intenções do legislador?”.

¹³² Segue o original: “No es difícil intuir como detrás de esta reserva en el planteamiento de aspectos de constitucionalidad resuenan los ecos de doctrinas que, en la tradición del constitucionalismo americano, predicam una restricción en el control ejercido por los jueces, cuyo punto culminante, una vez pasados todos los filtros del enjuiciamiento, consiste en declarar la inconstitucionalidad de la ley”. (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 246)

¹³³ BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 108.

Esta discussão, como ensinam José Ribas Vieira et all,¹³⁴ não terminou com o caso *Marbury vs. Madison*, “...haja vista que o Século XIX foi marcado por uma intensa luta política quanto ao papel prevalente – ou não – da Corte Suprema (Poder Judiciário) sobre os demais órgãos constitucionais”.

Os mesmos autores colaboram para delimitar o contexto político em que se encontrou inserta a Suprema Corte após o estabelecimento do controle de constitucionalidade das leis:

Depois dessa decisão de Marshall no caso já mencionado *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte, até 1865, só havia cassado uma lei e um *Act* processual (e, mesmo assim, apenas parcialmente, e por duas vezes). Só após a Guerra de Secessão (em termos revolucionários, muito mais importante do que a Guerra da Independência), com a vitória da União e o seu fortalecimento, é que a Suprema Corte passou efetivamente a controlar a constitucionalidade de leis, tanto federais como estaduais, que contrariassem a Constituição Federal.¹³⁵

Logo, a edição das Regras Brandeis, em especial a sétima regra, segundo a qual somente se deve recorrer à análise da constitucionalidade de uma lei se não for possível decidir a questão sob outros fundamentos, surge exatamente num contexto de fortalecimento da política de auto-contenção (*self-restraint*), fundada na crença de que a Corte se expõe a uma crise de legitimidade a cada vez que busca invalidar uma lei por inconstitucionalidade.

Porém, é imperioso destacar que a aplicação das citadas regras, que consolidam a “avoidance doctrine”, ou “doutrina da evitação”, terminam por impedir o real debate acerca do significado dos enunciados constitucionais, vez que a Corte, por maior que seja sua autoridade de zelar pela Constituição, terminará resolvendo o caso concreto sob outro enfoque que não o constitucional.

¹³⁴ VIEIRA, José Ribas (coord.) et all. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da Jurisdição Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Out/dez. 2003. Ano 40, n 160, p. 225.

¹³⁵ IEIRA, José Ribas (coord.) et all. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da Jurisdição Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Out/dez. 2003. Ano 40, n 160, p. 226.

Daí a crítica certa de Bofill, para quem a mera análise da constitucionalidade da lei “...não equivale de *per se* a desafiar o legislador, invalidando a lei e paralisando o debate constitucional até que não se promova a sempre árdua reforma da Constituição”¹³⁶.

Este excesso de cuidados levou a Suprema Corte até mesmo a forçar uma interpretação distorcida da lei para evitar que se analisasse sua constitucionalidade. Exemplo claro disso, como informa Bofill¹³⁷, foram os casos *United States vs. Seeger* (1965) e *Welsh vs. United States* (1970).

Em ambos os casos se pretendia que a Corte analisasse a compatibilidade de uma lei de 1948 que definia os limites da objeção de consciência, elemento hábil a dispensar o cidadão da obrigatoriedade de prestar serviço militar. A legislação questionada limitava a objeção àquelas pessoas que alegassem em razão da crença em um Ser Supremo da qual derivassem deveres de conduta para com os outros seres humanos, no que deixava de fora aqueles que objetassem em razão de convicções religiosas outras (v.g. ateísmo) ou mesmo convicções morais e filosóficas.

No julgamento do primeiro caso mencionado Seeger praticava religião que não se fundava em um Ser Supremo, mas que, mesmo assim, pregava o não-alistamento. Para evitar entrar na questão de saber se a lei seria constitucional ou não, em razão da restrição do direito à liberdade de religião, decidiu a Suprema Corte que a interpretação a ser dada à legislação questionada não deveria ser

¹³⁶ Segue o original: “Que la Corte valore la constitucionalidad de la ley no equivale *per se* a que desafie al legislador invalidando la ley y paralizando el debate constitucional hasta que no se promueva la siempre ardua reforma de la Constitución”. (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 255.)

¹³⁷ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 257.

centrada na questão da crença ou não em um Ser Supremo, mas sim na sinceridade da crença sustentada pelo opositor.

Tal interpretação deveria ser adotada porque segundo Bofill¹³⁸, em tradução livre:

Uma interpretação da lei centrada na menção ao “Ser Supremo” restringiria o livre exercício da liberdade religiosa (reconhecida na Primeira Emenda da Constituição Americana) e significaria uma discriminação entre diferentes formas de expressão que violaria o direito à igual proteção e a cláusula do devido processo legal.

Já no segundo caso, *Welsh* não apunha nenhum fundamento religioso, mas sustentava ser beneficiário do direito de não se alistar por razões morais. A Suprema Corte, também sem analisar a constitucionalidade da lei, reputou que deveria ser dada uma interpretação flexível à lei, novamente enfatizando que o fator preponderante para determinar se a pessoa poderia ser dispensada deveria ser a profundidade da convicção moral.

Ocorre que a citada lei não autorizava a dispensa por motivos morais, mas somente por motivos religiosos. Daí a crítica do juiz Harlan, para quem o Legislador havia excluído explicitamente as razões morais da possibilidade de dispensa, de forma que a aplicação da sétima regra Brandeis não poderia chegar ao cúmulo de alterar por completo o sentido da lei.

Com a decisão da Suprema Corte no caso *Welsh vs. United States*, chegou-se a um grave paradoxo que será verificado como lugar comum na adoção de decisões interpretativas: para evitar uma consideração sobre a constitucionalidade da atuação do Legislador, o que geraria uma intervenção indesejada entre um Poder

¹³⁸ Segue o original: “Una interpretación de la ley centrada en la mención al “Ser Supremo” coartaría el libre ejercicio de la libertad religiosa (reconocida en la Primera Enmienda de la Constitución Americana) y significaría una discriminación entre diferentes formas de expresión religiosa que violaría el derecho a la igual protección y la cláusula del proceso debido.”. (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 258).

e outro, toma-se atitude de intervenção ainda mais grave, que é a manipulação do significado da lei para fazer nela constar o que não está escrito, em atividade que bem poderia ser nominada de “hipocrisia interpretativa”.

Em suma, as decisões interpretativas surgem nos Estados Unidos sob o pálio da necessidade de mínima intervenção da Suprema Corte sobre o trabalho do Legislador e se consolidam tecnicamente a partir da edição das regras Brandeis, no caso *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority*. Porém, as decisões interpretativas aplicadas pela Suprema Corte Americana não seguem a lógica da conformação constitucional (interpretação das leis em conformidade com a Constituição), mas sim da “doutrina da evitação” (*avoidance doctrine*), consubstanciada na regra Brandeis nº 7, perante a qual a Corte evita a análise da questão constitucional, preferindo uma interpretação flexível sob o pretexto de não intervir no labor Legislativo.

A adoção da “doutrina da evitação”, porém, acaba por gerar as próprias conseqüências que se buscava evitar com a não análise da questão constitucional, pois a Suprema Corte termina por intervir mais ainda no Legislativo quando transmuda a lei e inclui significados nela não previstos do que quando declara sua inconstitucionalidade.

4.2.2 Inglaterra

As decisões interpretativas são um fenômeno recentíssimo na Inglaterra. E assim ocorre porque embora referido país seja o berço do *Judicial Review*, não consistia ele num verdadeiro controle de constitucionalidade, mas sim controle de legalidade dos atos praticados pelo Poder Executivo.

Como relata Alder¹³⁹, o *Judicial Review* britânico é definido como o poder da "High Court" de fiscalizar a legalidade das decisões do governo. Segundo tal autor, a justificativa teórica deste sistema de controle de legalidade sofreu algumas mutações ao longo dos anos.

Assim, a justificativa inicial do *Judicial Review* reside na noção de que as autoridades detentoras do poder devem agir conforme os "valores morais básicos" de forma a respeitar a justiça, os direitos individuais e a racionalidade. A noção de legalidade (*rule of law* - império da lei) dá suporte a esta justificativa, na medida em que demanda que a autoridade justifique seus atos com base em um ato geral e abstrato previamente aprovado pelo Legislativo.

No final do século XIX, mudou-se esta justificativa para a manutenção da legalidade, fundada na concepção de que o Parlamento era a origem de todo o poder, sob nítida influência da idéia de soberania representativa.

Nesta segunda fase é que se desenvolveu a doutrina do *ultra vires*, de forma que o papel do *Judicial Review* seria restrito a garantir a observância do que estava literalmente posto na lei, não cabendo ao Judiciário perquirir acerca da justiça da decisão governamental. Esta doutrina predominou no período que foi da I Guerra Mundial até o início dos anos 60.

A partir dos anos 60 chegou-se à terceira etapa de desenvolvimento do sistema, quando o Judiciário passou a adotar um maior ativismo, tendo como marco o caso *Ridge v. Baldwin* (1964). Com este julgamento deu-se uma ampliação dos poderes do Judiciário, que passou inclusive a controlar órgãos públicos que normalmente estariam fora de sua esfera de abrangência. Tal ativismo é o que atualmente prevalece na Inglaterra.

¹³⁹

ALDER, John. **Constitutional and administrative law**. Londres: Macmillan, 1999, p. 293.

Neste contexto de ampliação de sua esfera de competência é que o sistema britânico passou a receber os influxos dos Tratados Internacionais de proteção de direitos humanos, máxime daquele que instituiu a Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH), de 1951, que sofreu grande ampliação com a instituição da possibilidade de ações de cidadãos individuais serem conhecidas pela Comissão Europeia de Direitos do Homem, o que ocorreu em 1966.

Com a influência internacional da CEDH, que passou a vincular a legislação interna dos países europeus, inclusive com a imposição de condenações pela Comissão, passou-se a adotar técnicas decisórias de adequação da legislação vigente aos preceitos internacionais, mesmo nos países em que não há propriamente uma Constituição rígida e, conseqüentemente, um controle de constitucionalidade, como na Inglaterra.

Porém, esta influência da CEDH na interpretação e conformação da legislação interna inglesa não se deu de uma hora para a outra, somente se consolidando a partir de 1998, em que foi aprovado o *Human Rights Act*, que passou a determinar expressamente a vinculação do direito interno inglês para com aqueles preceitos internacionais. Antes disso vigorava a máxima segundo a qual um Tratado internacional não adotado pelo Legislador não faz parte do Direito Inglês, reservando-se ao CEDH papel de mera influência indireta nas considerações dos julgadores, e ainda assim somente em caso de ambigüidade da lei¹⁴⁰.

Este papel secundário do CEDH no direito interno inglês gerava um paradoxo apelidado de “lavar a roupa suja no estrangeiro”¹⁴¹. Isto porque a Inglaterra

¹⁴⁰ Apesar disso, havia posição minoritária no sentido de que os Tratados de Direitos Humanos consistem em costume internacional e, como tal, estariam incorporados à *common law* inglesa, permitindo assim sua aplicação pelo juiz. (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 218-219)

¹⁴¹ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 218.

admitia, desde 1966, a possibilidade de recursos individuais à Comissão Europeia de Direitos Humanos em caso de violação das garantias da CEDH. Assim, ao negar aplicabilidade interna ao Tratado, abria-se a oportunidade de que as violações a direitos fundamentais fossem discutidas perante tribunais internacionais, o que não é bom para a imagem de qualquer país.

Com a aprovação do *Human Rights Act*, de 1998, solucionam-se as dúvidas e a CEDH ganha aplicabilidade interna, devendo ainda os juízes levar em consideração as opiniões consultivas do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e da Comissão Europeia de Direitos Humanos. Porém, mais do que simplesmente autorizar a aplicação dos dispositivos da Convenção, citado ato instituiu ainda várias regras destinadas a facilitar a conformação da legislação interna com os preceitos internacionais.

Como afirma Bofill¹⁴², em tradução livre:

Neste sentido, os artigos dedicados à interpretação conforme da legislação perante a CEDH, a constatação de incompatibilidade da mesma legislação quando a interpretação conforme não seja possível e as medidas institucionais tendentes à reparação da incompatibilidade da legislação com a CEDH, ocupam uma posição preeminente no conjunto de disposições da *Human Rights Act*.

Dispõe o artigo 3º do *Human Rights Act* que “de acordo com as possibilidades, a legislação primária e subordinada deve ser lida e aplicada de uma forma que seja compatível com os direitos da Convenção” (tradução livre)¹⁴³.

¹⁴² Segue o original: “En este sentido, los artículos dedicados a la interpretación conforme de la legislación al CEDH, la constatación de la incompatibilidad de la misma legislación cuando la interpretación conforme ya no es posible y las medidas institucionales tendentes a la reparación de la incompatibilidad de la legislación con el CEDH, ocupan una posición preeminente en el conjunto de disposiciones de la *HRA*.” (BOFILL, BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 220.)

¹⁴³ Segue o original: “So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights”. (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 221)

A interpretação conforme a CEDH prevista no citado artigo 3º não se aplica somente nos casos de ambigüidade, mas sim em todas as situações em que seja possível fazer a adaptação hermenêutica da lei às disposições Convencionais, sejam elas anteriores ou posteriores à *Human Rights Act*. Caso esta adaptação não seja possível, deve-se proceder, como última alternativa, à declaração de incompatibilidade da lei com a CEDH. Porém, a prática inglesa tem demonstrado que, em razão das tradições da *common law*, mesmo quando a conformação hermenêutica da lei não pareça possível, ainda assim se prefere utilizá-la através de uma “construção”.

Logo, pode-se verificar que a introdução da interpretação conforme no direito inglês se deu em razão de influências internacionais, mais especificamente aquelas decorrentes da unificação européia, vindo a se tornar uma das dimensões relevantes do *judicial review* inglês, como afirma Alder¹⁴⁴, em tradução livre:

Uma outra dimensão foi recentemente acrescentada à *judicial review*, na forma de um desejo de sujeitar o Poder Público aos direitos humanos fundamentais estabelecidos na Convenção Européia de Direitos do Homem (CEDH). A Seção 6 do Ato dos Direitos Humanos de 1998 estabelece que a ação governamental que violar um direito garantido na convenção é ilícita e tal Ato demanda que toda a legislação seja interpretada em conformidade com a CEDH.

Mesmo quando seja impossível a “construção” normativa a chamada “declaração de incompatibilidade” possui efeitos limitadíssimos. Esta limitação já se torna patente ao se verificar que, enquanto o dever de conformação se estende a todos

¹⁴⁴ Segue o original: “A further dimension has recently been added to judicial review in the shape of a desire to subject government powers to the fundamental human rights set out in the ECHR. S. 6 of the Human Rights Act 1998 states that government action which violates a convention right is unlawful and the Act requires all legislation to be interpreted to conform to the ECHR.” (ALDER, John. **Constitutional and administrative law**. Londres: Macmillan, 1999, p. 294.)

os juízes, somente os órgãos judiciais de cúpula¹⁴⁵ podem pronunciar a incompatibilidade. Ademais, a lei continua válida e em vigor mesmo após a pronúncia, devendo aguardar que o legislador a modifique.

Como resume Bofill¹⁴⁶, em tradução livre: “Os juízes, em sua interpretação da lei, podem declarar a incompatibilidade entre a lei e a Convenção, mas a confirmação desta incompatibilidade e sua reparação se transfere às demais instituições”.

Caracteriza-se assim a supremacia do Parlamento na conformação das normas inglesas com as da CEDH, refletindo a tradicional supremacia parlamentar que desde há muito se estabeleceu naquele país.

A pronúncia de incompatibilidade é tão restrita que chega ao cúmulo de sequer vincular as partes do processo em que foi constatada a contradição entre lei interna e CEDH. Com a adoção de tal entendimento geram-se dois efeitos adversos: a) desestimula-se a alegação de incompatibilidade, dada a inexistência de benefício material para a parte tutelada pelo CEDH e, conseqüentemente, b) continua-se necessitando de recorrer ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos para fazer valer um direito fundamental.

Esta situação paradoxal incentiva, por outro lado, a adoção da interpretação conforme, a qual gera efeitos práticos para as partes do caso concreto, tutelando mais o direito subjetivo do que o objetivo. Porém, como observa Bofill, este “favorecimento” da interpretação conforme perante a pronúncia de

¹⁴⁵ Tais órgãos, segundo Bofill, são os seguintes: a) House of Lords, b) Judicial Committee of the Privy Council, c) Courts-Martial Appeal Court, d) High Court inglesa e e) High Court of Justiciary e Court of Session (estes na Escócia). (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 225)

¹⁴⁶ Segue o original: “Los jueces, en su interpretación de la ley, pueden estimar la incompatibilidad entre la ley con el Convenio pero la confirmación de esta incompatibilidad y su reparación se traslada al resto de instituciones”. (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 216.)

incompatibilidade pode levar a uma prática de deformação interpretativa que leve a retorcer o enunciado legal até extremos desproporcionais¹⁴⁷.

Uma vez constatada a incompatibilidade, cabe ao Ministro da área respectiva propor ao Parlamento as alterações necessárias à lei, usufruindo ambos os agentes envolvidos (Executivo e Legislativo) de larga discricionariedade no que tange à correção da lei, sem vinculação aos termos da decisão judicial, mas controlados somente pela opinião pública.

Nota-se que a Inglaterra desenvolve as decisões interpretativas sob a influência da interpretação conforme a CEDH, adotando um sistema interno que favorece a utilização da interpretação conformadora em vez da pronúncia de incompatibilidade que, mesmo quando ocorra, somente gerará efeitos após a aprovação de uma “lei de correção” pelo Parlamento, após a proposta do Ministro da área respectiva.

4.3 AS DECISÕES INTERPRETATIVAS NO DIREITO CONTINENTAL EUROPEU

Como já mencionado anteriormente, o sistema de jurisdição constitucional da Europa Continental difere substancialmente da prática dos países de *common law*, haja vista a novidade que representa para os primeiros a atuação do juiz na efetiva formulação normativa quando interpreta enunciados legais. Enquanto nos países de tradição anglo-saxã a formulação normativa pelo juiz é algo trivial e comum, nos países da escola romano-germânica esta atuação sempre foi vista com suspeição, em razão da rigidez da Separação de Poderes na formulação de Montesquieu, que relegava papel secundário ao Judiciário.

¹⁴⁷ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p .229.

Assim, uma das maiores discussões em torno das decisões interpretativas no Direito Continental Europeu consistirá nos limites de atuação dos Tribunais Constitucionais na interpretação dos enunciados constitucionais e legais e até que ponto é viável a atuação de tais Cortes como legisladores positivos. Passaremos a analisar as especificidades de cada país a seguir.

4.3.1 Alemanha

A Alemanha é, de longe, o país cuja doutrina acerca das decisões interpretativas mais influência gerou sobre a doutrina e jurisprudências brasileiras¹⁴⁸. E assim afirmamos porque tem sido lugar comum na doutrina nacional a afirmação da “interpretação conforme a Constituição” (espécie de decisão interpretativas) como conseqüência do desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão.

Cumpra aqui lembrar da advertência de Virgílio Afonso da Silva¹⁴⁹:

Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada nesse cenário, já que, por razões desconhecidas, *tudo* o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis. No âmbito da interpretação constitucional o caso pode ser considerado como ainda mais peculiar, já que não se trata da recepção de um modelo teórico *enraizado e sedimentado* em um determinado país. É possível que se suponha que os “novos” métodos de interpretação constitucional sejam métodos longamente desenvolvidos pela doutrina jurídica alemã e aplicados sistematicamente pelo Tribunal Constitucional daquele país. Não o são. Nesse caso, não se pode falar de uma “importação” de um *modelo alemão* de interpretação constitucional. E por uma razão óbvia: um tal modelo não existe.

¹⁴⁸ A referência à “interpretação conforme à Constituição” majoritariamente como *Verfassungskonforme Auslegung* (denominação dada na Alemanha), embora outros tantos países tenham experiências até mais antigas com decisões interpretativas demonstra tal influência.

¹⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 116-117.

Vejamos então como se desenvolveu o debate acerca das decisões interpretativas naquele país.

A vigente Constituição Alemã, também conhecida como Lei Fundamental de Bonn e promulgada em 1949, confere ampla liberdade ao Legislador para estabelecer quais serão os efeitos das sentenças do Tribunal Constitucional. Estabelece o artigo 94.2 daquela Carta que

Lei federal regulará a organização e o funcionamento do Tribunal Constitucional Federal, definindo os casos em que suas decisões terão força de lei. A lei poderá exigir, como pressuposto para as reclamações constitucionais, que se tenha esgotado as demais vias judiciais e poderá estabelecer procedimento especial para a aceitação da reclamação¹⁵⁰.

Logo, nota-se que o Tribunal Constitucional Alemão possui uma grande liberdade no que tange ao estabelecimento dos efeitos de suas decisões, a começar pela permissão Constitucional, ratificada pelo Legislador.

Até 1970 a Lei que regulava o Tribunal Constitucional estabelecia a eficácia vinculante das decisões por ele proferidas, mas estabelecia a nulidade como único efeito possível da pronúncia de inconstitucionalidade. Com a reforma daquele ano, da qual participaram ativamente os juízes do Tribunal Constitucional, foram estabelecidas mais duas modalidades de decisão, a saber: a) a declaração de compatibilidade e b) a declaração de incompatibilidade, ambas com “força de lei” (após publicação no Diário Oficial), para utilizar a linguagem da Constituição daquele país.

¹⁵⁰ ALEMANHA, Constituição (1949). Promulga a Constituição da República Federal da Alemanha. Disponível em http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art_19.html, acesso em 11.05.06.

A reforma de 1970, como registra Bofill¹⁵¹, veio somente institucionalizar uma prática que já se verificava de fato na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Segundo Favoreau, os juízes do Tribunal Constitucional alemão desde longa data hesitam quanto a pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei, o que pode ser considerado o resultado da grande força que sempre se deu à idéia de lei, enquanto manifestação da vontade geral na Europa:

De fato, mesmo com essas correções, o juiz constitucional hesita em fazer anulações: observamos, por exemplo, que de 1951 até o final dos anos 1970, não houve mais do que cinco casos de anulação total de leis, e mesmo os casos de anulação parcial não são muito numerosos. Que certas decisões, ditas “*de anulação parcial qualitativa*”, consistem, sem amputar o texto, em declarar que a lei é nula na medida em que ela se aplica a uma situação; assim, por exemplo, uma legislação sobre o transporte de pessoas é declarada nula quanto aos táxis e aos carros de aluguel, mas continua válida para os outros meios de transporte.

A partir de 1955 o Tribunal adotou uma outra técnica, visando a evitar a anulação pura e simples praticada por outras Cortes Constitucionais: a técnica da *interpretação conforme*. A lei é mantida em vigor com a condição de que sua interpretação seja conforme àquela dada pelo juiz constitucional¹⁵².

Porém, a intenção do legislador não era de somente chancelar a autonomia da Corte, mas limitá-la em tanto quanto possível, de certa forma corrigindo uma “distorção” gerada pela inércia do Legislador.

A partir da promulgação da reforma de 1970 o Tribunal Constitucional passou a melhor estruturar suas decisões no que tange à forma. Assim, a interpretação da lei em conformidade com a Constituição, que já era aplicada pelo Tribunal desde decisão proferida em 7 de maio de 1953¹⁵³, passa a ser transcrita no dispositivo da decisão, o que antes não ocorria: caberia ao intérprete verificar a fundamentação para “descobrir” a interpretação tida por constitucionalmente

¹⁵¹ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 93.

¹⁵² FAVOREAU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, pp. 72-73.

¹⁵³ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 109.

compatível. Como ensina Mendes¹⁵⁴, “Em virtude de sua manifesta falta de clareza essa referência aos fundamentos da decisão na parte dispositiva é veementemente criticada na doutrina”.

Também a partir da reforma o Tribunal passou a utilizar com muito mais frequência a mera “declaração de incompatibilidade”, também conhecida como “pronúncia de inconstitucionalidade sem nulidade”, chegando a se equiparar em número às pronúncias de inconstitucionalidade com nulidade.

A reforma de 1970, todavia, não estabeleceu quais seriam os efeitos das declarações de compatibilidade e de incompatibilidade. Como afirma Bofill, em tradução livre:

A conseqüência da “não nulidade” se entende aqui como confirmação da constitucionalidade de uma interpretação do preceito e, eventualmente (embora nem sempre) como expulsão de algumas interpretações derivadas da disposição analisada (o que se dá, por exemplo, mediante uma leitura *a contrario* da interpretação qualificada como constitucional). Na declaração de compatibilidade podem conviver, pois, *duas conseqüências* que seriam contraditórias no plano dos enunciados (manter o enunciado e expulsá-lo no mesmo momento) mas que parecem aceitáveis em face da pluralidade de interpretações que o enunciado permite.¹⁵⁵

Assim, ao utilizar estas novas técnicas decisórias que fogem ao dogma da nulidade da lei inconstitucional, abre-se ao Tribunal Constitucional uma porta para

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. Ano 1, n. 4, Julho-Setembro de 1993, p. 14.

¹⁵⁵ Segue o original: “La consecuencia de la “no nulidad” se entiende aquí como confirmación de la constitucionalidad de una interpretación del precepto y, eventualmente (aunque no siempre) como expulsión de algunas interpretaciones derivadas de la disposición enjuiciada (lo que se realiza, por ejemplo, mediante una lectura *a contrario* de la interpretación calificada como constitucional). En la declaración de compatibilidad pueden convivir, pues, *dos consecuencias* que serían, sin más, contradictorias en el plano de los preceptos (mantener el precepto y expulsarlo a la vez) pero que parecen aceptables a tenor de la pluralidad de interpretaciones que el precepto segrega.” (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 95.)

que sopesse as conseqüências de suas decisões e, através de tais critérios de “política constitucional”, aplique uma ou outra conseqüência.

Na Alemanha o entendimento acerca dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade contraria a regra geral dos Tribunais Constitucionais Europeus, de índole kelseniana, pois associa a inconstitucionalidade à nulidade, dotando-se a decisão de eficácia *ex tunc*, além de força de lei e eficácia vinculante¹⁵⁶.

Dentre deste contexto o Tribunal Constitucional Alemão desenvolveu, ainda que de forma incerta e assistemática, uma distinção entre a nulidade total e a nulidade parcial. No primeiro caso, a inconstitucionalidade acarretaria a expulsão do texto integral da lei do sistema, ao passo que na segunda situação a inconstitucionalidade estaria limitada a determinados enunciados, sejam artigos ou mesmo parágrafos e incisos, como afirma Bofill¹⁵⁷.

É fato que em qualquer sistema jurídico em que haja jurisdição constitucional a maior parte das pronúncias de inconstitucionalidade que recaem sobre o texto normativo tendem a ser parciais, a não ser que a lei como um todo não tenha, por exemplo, obedecido ao processo legislativo necessário à sua aprovação, ou no caso de a declaração de inconstitucionalidade parcial tornar os demais dispositivos da lei inúteis, por serem dependentes do dispositivo inválido¹⁵⁸. Assim,

¹⁵⁶ Como anota Gilmar Ferreira Mendes, inclusive citando farta jurisprudência e doutrina alemãs, o efeito erga omnes está ligado à questão da retirada da norma jurídica do Ordenamento, ao passo que o efeito vinculante consistiria na proibição de contrariar a decisão do Tribunal. (MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 11 mai. 2006.)

¹⁵⁷ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 98.

¹⁵⁸ Ensina Gilmar Mendes que esta situação se verifica quando “o Tribunal constata que uma parte da lei é inconstitucional e que a parte hígida, por ser dependente, não pode subsistir”. (MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte

mais importante do que distinguir a inconstitucionalidade total da parcial é diferenciar a inconstitucionalidade parcial quantitativa da qualitativa.

A inconstitucionalidade parcial quantitativa corresponde ao conceito citado acima, ou seja, supressão de partes do enunciado normativo (palavras isoladas, ou mesmo artigos e incisos). Como tal ela atua diretamente sobre o enunciado enquanto texto legislativo e indiretamente sobre a norma jurídica formulável com base em tal enunciado, assemelhando-se assim à inconstitucionalidade total.

Como aponta Mendes¹⁵⁹, como o objeto da pronúncia de inconstitucionalidade é a norma, “...a rigor, não existe *declaração parcial de nulidade de uma norma*, mas *declaração parcial de nulidade de uma lei*.”

Já a inconstitucionalidade parcial qualitativa consiste, assim como a quantitativa, em supressão de partes das diversas normas passíveis de formulação com base no enunciado contrastado (e não de todas as normas – daí a razão de ser “parcial”). Porém, neste caso a decisão da Corte Constitucional atua diretamente sobre a norma jurídica, sem afetar o enunciado legislativo. Nestas situações, a lei permanece inalterada, mas com a redução de seu âmbito significativo, dele sendo excluídas as normas formuláveis que estariam em desconformidade com a Constituição e que, portanto, seriam inconstitucionais. Como não atua sobre o texto legislativo, mas sim sobre seu significado, afirma-se que se trata de inconstitucionalidade “sem redução de texto”.

Apresenta-se como limite à aplicação da inconstitucionalidade parcial qualitativa a chamada “vontade evidente do Legislador”. Assim, a inconstitucionalidade parcial qualitativa demanda duas etapas de atuação. Na primeira, verifica-se a existência

Constitucional Alemã. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. Ano 1, n4, Julho-Setembro de 1993, pp 7-30. P.9)

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 232.

de vários significados possíveis de um mesmo texto legislativo. Na segunda, considera-se um ou mais destes significados como inconstitucionais. Porém, se estiver manifestamente demonstrado que a vontade do Legislador foi manifestada justamente no sentido que viria a ser excluído por inconstitucionalidade, mantém-se o significado inalterado. E assim ocorre porque nestes casos é possível contrariar a presunção de que o Legislador não quis violar a Constituição.

Logo, dentre o rol de espécies de inconstitucionalidade parcial, somente aquela que se efetua sem redução de texto (qualitativa) nos interessa, visto que se amolda ao conceito de “decisão interpretativa” com que trabalhamos. As demais pronúncias de inconstitucionalidade (a total e a parcial quantitativa), por atuarem diretamente sobre o texto normativo, não podem ser enquadradas como “decisões interpretativas”.

No que tange à distinção legislativa constante da reforma de 1970 entre “declarações de incompatibilidade” e “declarações de compatibilidade”, a princípio nos interessam somente as últimas, visto que as declarações de incompatibilidade não podem ser enquadradas no conceito de “decisões interpretativas” adotado neste trabalho.

Dentre as “declarações de compatibilidade” a prática alemã distingue duas técnicas, a saber: a) sentenças apelativas e b) sentenças de interpretação conforme. Como tal, ambas consideram as normas analisadas como basicamente constitucionais, distinguindo-se assim das “declarações de incompatibilidade”, em que há o reconhecimento da inconstitucionalidade, mas não há aplicação da nulidade.

As sentenças apelativas são aplicáveis sempre que o Tribunal Constitucional se depare com situação em que a norma confrontada não viola a Constituição, mas pode vir a fazê-lo no futuro próximo caso a regulação legislativa não seja

modificada. A utilização de tal técnica resulta em uma recomendação ao Legislador para que modifique a situação de possível inconstitucionalidade no futuro, sem que se possa falar em uma vinculação deste, que detém ampla liberdade para a alteração normativa.

Em tais modalidades de sentenças a doutrina alemã reconhece a existência de verdadeira colaboração institucional entre Tribunal e Legislador, razão pela qual é tratada com maior deferência em relação às pronúncias de inconstitucionalidade sem nulidade (“declarações de incompatibilidade”), já que nestes casos a omissão do Legislador em “corrigir” a norma já inconstitucional importa numa posterior pronúncia de nulidade da lei¹⁶⁰.

Já sobre a modalidade de “declaração de compatibilidade” conhecida como interpretação conforme cumpre destacar o comentário de Currie¹⁶¹, em tradução livre:

As decisões da Corte Constitucional, que são em sua maioria declaratórias na forma, são vinculante a todos os órgãos governamentais, e a muitas delas é atribuída força de lei. Mas a Corte desenvolveu um conjunto de decisões pragmáticas para redução do atrito no exercício da jurisdição constitucional. Primeiro, como a Suprema Corte Americana, a Corte Alemã freqüentemente vai mais além para reinterpretar uma lei questionável, de forma a assegurar sua conformidade com a Constituição (“verfassungskonforme Auslegung”). O resultado é freqüentemente o mesmo que se obteria no caso de pronúncia de inconstitucionalidade, mas dessa forma poupa-se o desgaste com o Legislativo ao se privilegiar

¹⁶⁰ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 106-107. O autor referido, todavia, discorda deste posicionamento, por entender que em ambos os casos há interferência sobre a liberdade do Legislador.

¹⁶¹ Segue o original: “Decisions of the Constitutional Court, which are mostly declaratory in form, are binding on all organs of government, and many of them are given the force of law. But the Court has developed a panoply of pragmatic tools to reduce the friction in the exercise of judicial review. First, like our Supreme Court, the German court often goes out of its way to construe a questionable statute so as to assure its conformity with the constitution (“verfassungskonforme Auslegung”). The result is often the same as if the statute had been struck down, but legislative feelings are spared by indulging the presumption that lawmakers are sensitive to their constitutional obligations.” (CURRIE, David P. **The constitution of the Federal Republic of Germany**. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, pp. 28-29).

a presunção de que os legisladores são sensíveis com seus deveres constitucionais.

A interpretação conforme enquanto “declaração de compatibilidade” se assemelha à pronúncia de nulidade qualitativa, ou parcial sem redução de texto, pelo fato de em ambas se utilizar a fórmula “*soweit*”¹⁶², que corresponde ao acréscimo de uma condição para que se implemente a conseqüência a que chega o Tribunal.

Qual seria então a diferença entre tais formas de decisão? Reportamo-nos, mais uma vez, à escurreita observação de Bofill¹⁶³, em tradução livre:

Note-se que quando em sede de nulidade parcial qualitativa se introduz a fórmula “*soweit*” (assim “*für nichtig-erklärt soweit*”, declarada nula desde que...) se nega um caso ou um conjunto de casos como constitucionalmente conformes mas, ao mesmo tempo, o resto de opções constitucionais permanecem abertas (se elimina um número concreto de possibilidades mas se admite um número infinito de novas interpretações). Do contrário, quando se declara a compatibilidade de um preceito legal com a Lei Fundamental, mas com reservas (assim “*vereinbar soweit...*”, compatível desde que...) se salva a constitucionalidade da disposição mas as possibilidades de interpretação constitucional se reduzem somente à interpretação estabelecida pelo Tribunal Constitucional.

Assim, enquanto na pronúncia de nulidade qualitativa sem redução de texto há a exclusão de um significado possível do enunciado normativo, deixando em aberto demais possibilidades interpretativas, na declaração de compatibilidade mediante interpretação conforme há o estabelecimento de um único significado constitucionalmente admissível, o que importa na exclusão de todos os demais

¹⁶² Que corresponde a “desde que”, “contanto que”.

¹⁶³ Segue o original: “Nótese que cuando en sede de nulidad parcial cualitativa se introduce la fórmula “*soweit*” (así “*für nichtig-erklärt soweit*”, declarada nula en tanto que...) se niega un caso o un conjunto de casos como constitucionalmente conformes pero, al mismo tiempo, el resto de opciones constitucionales quedan abiertas (se eliminan un número concreto de posibilidades pero se admite un número infinito de nuevas interpretaciones). En cambio cuando se declara la compatibilidad de un precepto legal con la Ley Fundamental pero con reserva (así “*vereinbar soweit...*”, compatible en tanto que...) se salva la constitucionalidad de la disposición pero las posibilidades de interpretación constitucional se reducen sólo a la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional.” (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 108.)

significados que não aquele estabelecido pelo Tribunal Constitucional e, conseqüentemente, na redução das possibilidades de construção hermenêutica sobre aquela disposição de lei.

No primeiro precedente do Tribunal Constitucional Alemão acerca da utilização da interpretação conforme a Constituição (antes mesmo da regulação legislativa da “declaração de compatibilidade”) assentou-se que não seria necessária a pronúncia de inconstitucionalidade do enunciado analisado, desde que fosse possível interpreta-lo de acordo com a Lei Fundamental. Aplicou-se assim a máxima segundo a qual em caso de dúvida a interpretação em conformidade com a Constituição seria preferível à aplicação da inconstitucionalidade/nulidade, fundado que estaria no princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Esta presunção, na opinião do Tribunal, estaria mais ligada a uma questão técnica (presunção de validade dos atos jurídicos em geral) do que política (respeito ao legislador democrático), diferenciando-se assim dos fundamentos utilizados pelos americanos¹⁶⁴.

Outros princípios foram, posteriormente, apresentados como justificadores do uso da técnica, como o “princípio de conservação de normas”, derivado da idéia de segurança jurídica e da necessidade de se evitarem vazios normativos, partindo do pressuposto que a pronúncia de inconstitucionalidade com a nulidade da lei e sua retirada do sistema deixaria a situação por ela versada sem regulamentação. Essa argumentação, todavia, somente se apresentaria válida nos casos de inconstitucionalidade total que, como vimos, são minoria dentre as decisões da Corte.

Também se pode considerar equivocada a vinculação da interpretação conforme com a idéia de segurança jurídica na medida em que se verifica que com sua

¹⁶⁴ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 108, p. 110.

utilização torna-se mais imprecisa a determinação da norma jurídica aplicável, seja pela não alteração do texto legislativo, seja pela tradição da Corte até a reforma de 1970¹⁶⁵, no sentido de não especificar no dispositivo de suas decisões o teor interpretativo escolhido, limitando-se a reportar, genericamente, para a fundamentação.

Posteriormente, evoluiu na Alemanha a concepção da interpretação conforme como técnica interpretativa de controle, justificada pela Supremacia da Constituição, cuja guarda cabe ao Tribunal Constitucional.

Acerca da técnica de interpretação conforme à Constituição, cumpre transcrever a clara exposição de Larenz¹⁶⁶, no sentido de que o Tribunal Constitucional Alemão

Declarou em muitos acórdãos que uma disposição só é inconstitucional e, portanto, inválida, quando não pode ser interpretada “em conformidade com a Constituição”. Examina-se, por conseguinte, em primeiro lugar se uma interpretação, reconhecida como inconstitucional, é, de acordo com os “métodos de interpretação tradicionais”, a única possível – e então a disposição é inválida – ou se também é possível que resulta uma interpretação conforme à Constituição. Se uma interpretação, que não contradiz os princípios da Constituição, é possível segundo os demais critérios de interpretação, há-de preferir-se a qualquer outra em que a disposição viesse a ser inconstitucional. A disposição é, então, nesta interpretação, válida. Disto decorre, então, que de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. “Conformidade à Constituição” é portanto, um critério de interpretação.

No que diz respeito aos limites da utilização da declaração de compatibilidade mediante interpretação conforme na Alemanha, a jurisprudência do Tribunal

¹⁶⁵ Como destaca Bofill, em tradução livre, “...todo o esforço codificador de 1970 se produz por medo de que a interpretação conforme viole os aspectos elementares do princípio da segurança jurídica”. Segue o original: “...todo el esfuerzo codificador de 1970 se produce por miedo a que la interpretación conforme vulnere los rasgos elementales del principio de seguridad jurídica”. BOFILL, op. Cit., p. 111.

¹⁶⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 479-480.

Constitucional estabelece que sua utilização não pode alterar o sentido unívoco da lei, ou mesmo a finalidade buscada pelo Legislador.

Segundo Mendes¹⁶⁷,

Ao legislador democrático confiou-se, primordialmente, o poder de conformação jurídica do complexo das relações relevantes da vida, de modo que a interpretação conforme à Constituição pode ser vista, do ponto de vista jurídico-funcional, como um princípio de *autolimitação judiciária (judicial self-restraint)*.

O *Bundesverfassungsgericht* consagra essa orientação de índole jurídico-funcional na medida em que reconhece que, tanto a expressão literal, quanto os propósitos perseguidos pelo legislador impõem limites à interpretação conforme a Constituição.

O primeiro limite se apresenta como verdadeira falácia, pois como já visto anteriormente a interpretação literal da lei é mera etapa inicial de um processo de interpretação mais amplo, de forma que falar em “sentido unívoco” de uma disposição legislativa nos parece uma idéia um tanto quanto ultrapassada e contraditória com os próprios fundamentos justificadores das decisões interpretativas.

No que tange à referência à finalidade buscada pelo Legislador, a tarefa de buscá-la não é fácil, a começar pela definição do que se venha a entender por tal finalidade. Assim ocorre porque é possível se interpretar tal exigência como *intentio legis* (vontade objetiva da norma) ou como *intentio legislatoris* (vontade subjetiva do legislador).

O Tribunal Alemão tem se inclinado pela segunda opção¹⁶⁸, o que motiva nova diferenciação para abarcar as situações em que é fácil ter acesso aos debates

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. Ano 1, n. 4, Julho-Setembro de 1993, p. 15.

legislativos, como no caso de leis recentes, dos casos em que o passar do tempo torna quase impossível a aferição desta intenção, como na situação de leis antigas. Quanto a estas últimas, o limite em tela (se considerado pelo aspecto subjetivo) é totalmente inaplicável, dada a impossibilidade material em se saber a finalidade legislativa perseguida.

Por outro lado, mesmo nos casos de leis novas fica a dúvida: no que consistiria o aspecto determinante da vontade do legislador? Em um processo legislativo há diversos momentos de manifestação parlamentar acerca do mérito da lei e da finalidade buscada, tais como debates em comissões, no plenário, apresentação de relatórios, substitutivos e outros. Isto gera a possibilidade, inclusive, de manifestações díspares que causam a total impossibilidade de determinar uma finalidade unívoca, o que gera a necessidade de, mais uma vez, interpretar tal vontade através do seu produto, ou seja, o texto legislativo.

Por tal razão há autores, como Konrad Hesse¹⁶⁹, para quem a referência à vontade do Legislador é mero argumento de retórica da Corte para a justificação da cautela empregada na aplicação da declaração de compatibilidade mediante interpretação conforme.

Acerca dos efeitos da decisão, há séria discussão na doutrina alemã acerca do alcance da vinculação interpretativa, se limitada ao dispositivo da decisão ou se ampliada também para os seus fundamentos jurídicos. A discussão torna-se ainda mais complexa quando o Tribunal Constitucional deduz no dispositivo uma remissão genérica aos fundamentos da decisão.

¹⁶⁸ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 108, p. 114.

¹⁶⁹ HESSE, Konrad Apud BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 116.

Prevalece na doutrina alemã um posicionamento eclético, segundo o qual deve prevalecer o dispositivo da decisão, consistindo a fundamentação, todavia, em importante fator de interpretação do dispositivo¹⁷⁰.

Um problema gerado pela incerteza na determinação dos limites da vinculação hermenêutica consiste no fato de que na interpretação conforme estabelece-se uma única interpretação constitucional, com a exclusão das demais possibilidades de entendimento daquele enunciado. Chega-se assim ao “ponto obscuro” de saber se mesmo as interpretações não expressamente rechaçadas pela Corte estariam, automaticamente, excluídas da possibilidade de interpretação.

Já Bofill afirma que uma solução para o caso seria a prevalência “temperada” do dispositivo, outorgando-se efeitos vinculantes também aos fundamentos na medida em que eles sejam necessários ao estabelecimento da interpretação que é conforme a Constituição¹⁷¹, dando a entender que interpretações não expressamente rejeitadas pela Corte não seriam vinculantes.

Pudemos verificar que, na experiência alemã, formularam-se duas técnicas distintas de decisões interpretativas. A primeira, nulidade parcial qualitativa sem redução de texto, que é tecnicamente uma pronúncia de inconstitucionalidade, representou evolução do conceito de “nulidade parcial” enquanto oposição à “nulidade total” da lei, importando assim no condicionamento da inconstitucionalidade à exclusão de um ou mais significados passíveis de atribuição ao texto. A segunda, “declaração de compatibilidade” mediante interpretação conforme a Constituição, é tecnicamente uma pronúncia de constitucionalidade, condicionada a uma determinada e específica interpretação do enunciado legal que o torna compatível com a Constituição, excluindo-se as demais possibilidades hermenêuticas.

¹⁷⁰ BOFILL, op. cit., p. 121.

¹⁷¹ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 122.

4.3.2 Suíça

As decisões interpretativas surgem na Suíça dentro de um contexto no mínimo peculiar: o Tribunal Federal Suíço, desde 1874, está habilitado para realizar o controle de constitucionalidade somente das leis cantonais. Quanto às leis federais, a Constituição estabelece a total vinculação da Corte, prevalecendo o entendimento de que a análise da compatibilidade ou não da legislação federal para com a Lei Fundamental está depositada nas mãos do Legislador.

Esta tradição foi reproduzida na Constituição Suíça de 1999, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2000. Não obstante na ocasião da revisão que gerou esta Carta tenha sido discutida a implementação do controle de constitucionalidade das leis federais pelo Tribunal Federal, a idéia não foi acolhida¹⁷².

Contribuiu para a manutenção da tradição secular da primazia do Legislador acerca do controle de constitucionalidade uma concepção deveras estrita do dogma da Separação de Poderes, à semelhança do entendimento de Montesquieu, somada a um grande respeito pelo Legislador democrático, motivada principalmente pela constante utilização de instrumentos de consulta popular para a validação das leis federais, como o referendo.

Porém, a subtração das leis federais da competência de controle do Tribunal Federal tem assento em fatos históricos mais remotos, mais especificamente nos conflitos nos Cantões iniciados em 1830 pela minoria protestante governante e a maioria católica governada. Destes conflitos resultam inúmeras reformas nas Constituições Cantonais, nas quais se consagram a eleição direta associada com instrumentos de fortalecimento da participação popular na tomada de decisões

¹⁷² BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 124-125.

fundamentais de governo. Como afirma Bofill¹⁷³: “O temor na reprodução de tais revoltas [...] provocou o reforço da autoridade federal e a instauração de mecanismos de controle sobre as medidas adotadas pelos governos cantonais”.

Assim, o Tribunal Federal Suíço já nasce com sua competência limitada à verificação de validade exclusivamente das leis cantonais, servindo mais como instrumento político de preservação da estabilidade da federação do que como forma de conservação da Supremacia Constitucional.

Porém, esta vedação acerca do controle das leis federais não impediu que, com o passar do tempo, o Tribunal Federal passasse a adotar decisões que visavam interpretar as leis federais em conformidade com a Constituição Suíça. Se durante muito tempo perdurou o entendimento acerca do qual a Constituição de 1874 proibia completamente a análise da validade de leis federais, a partir dos anos setenta do século XX se implementou uma distinção entre proibição de exame e proibição de inaplicação, distinção que se manteve na Constituição de 1999.

Assim, atesta Bofill¹⁷⁴, em tradução livre, que “ao reconhecer que o Tribunal possui uma mínima margem de análise, se abre uma fissura pela qual desliza a interpretação conforme”, de forma que “o Tribunal continua aplicando a disposição, mas somente sob aquela interpretação que resulta constitucional”.

Outra situação que permitiu a conformação das leis federais perante a Constituição Suíça corresponde à limitação do Tribunal Federal também aos

¹⁷³ Segue o original: “El temor a la reproducción de estas revueltas (uno de cuyos puntos álgidos fue la participación del Cantón de Basilea en 1833) provocó el refuerzo de la autoridad federal y la instauración de mecanismos de control sobre las medidas adoptadas por los gobiernos cantonales.” (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 124-125).

¹⁷⁴ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 128. Segue o original: “Al reconocer que el Tribunal tiene un mínimo margen de juicio, se abre la fisura por la que se desliza la interpretación conforme. El Tribunal continua aplicando la disposición, pero sólo bajo aquélla interpretación que resulta constitucional.”

Tratados Internacionais. Segundo a norma do artigo 191 da Constituição de 1999, tanto as leis federais quanto os Tratados Internacionais seriam determinantes para o Tribunal, que restaria por eles vinculado.

Desta forma, assim como ocorre na Inglaterra, a Convenção Européia de Direitos do Homem (CEDH) desempenha papel importantíssimo no desenvolvimento da competência do Tribunal Federal, já que a primazia do Direito Internacional autorizaria a invalidação de uma lei federal com ele contrastante.

Também é permitido o controle da validade do direito federal em duas outras situações, a saber: a) quando o Executivo extrapola de sua competência delegada pelo Legislativo, no caso de elaboração de leis delegadas e b) quando atos infra-legais federais violam alguma norma constitucional. Neste último caso, o Tribunal encontrou uma apropriada via de inaplicação indireta das leis federais, já que sem regulamentação a maioria das normas legais resta ineficaz¹⁷⁵.

Por outro lado, mesmo nos casos em que o Tribunal Federal reste limitado pela vedação de inaplicação das leis federais, encontra ele uma forma de limita-las, através da técnica de interpretação conforme a Constituição.

Os fundamentos da interpretação conforme na Suíça coincidem com aqueles presentes na prática constitucional alemã, vez que a base teórica do instituto foi majoritariamente importada daquele país¹⁷⁶. Porém, algumas diferenças de contexto amoldam a técnica à praxe suíça.

Assim, em razão da vedação de inaplicação de leis federais, o Tribunal Federal não conhece a pronúncia de inconstitucionalidade parcial qualitativa em relação às

¹⁷⁵ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 131.

¹⁷⁶ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 132.

leis federais, desencorajando sua utilização em relação às leis cantonais e restando como única solução interpretativa a adoção da interpretação conforme.

Por outro lado, a presença de forte intervenção popular na elaboração das leis cantonais confere a estas uma legitimidade especial, de forma que se apresenta plenamente justificável a adoção de uma deferência ao Legislativo, ao contrário do que acontece na Alemanha, em que a remissão à “vontade do Legislador” possui uma conotação muito mais retórica

Neste sentido é o apontamento de Bofill¹⁷⁷, em tradução livre:

Um fator a ter em conta no controle de constitucionalidade das leis cantonais e na análise do fenômeno da interpretação conforme neste ponto é o considerável número de lei cantonais aprovadas com intervenção direta da cidadania, coisa que explica a preferência dos Tribunais por proceder à interpretação constitucionalmente conforme da lei cantonal em vez de inaplicá-la e que marcaria uma nova diferença (nem sempre apreciada) entre a instituição da interpretação conforme tal como se entenda na Alemanha e tal como se entende na jurisdição suíça.

Por outro lado, os limites à utilização da interpretação conforme de leis federais são muito mais amplos na Suíça do que na Alemanha. E assim ocorre porque, se no sistema germânico a rejeição à interpretação conforme tem como conseqüência a pronúncia de inconstitucionalidade da lei, no ordenamento suíço ocorre o contrário: a lei se mantém aplicável no sistema. Assim, a liberdade de conformação desfrutada pelo Tribunal Federal Suíço é muito maior, pois do contrário litigimar-se-ia uma violação à Constituição.

¹⁷⁷ Segue o original: “Un factor a tener en cuenta en el control de constitucionalidad de las leyes cantonales y en el análisis del fenómeno de la interpretación conforme en este punto es el considerable número de leyes cantonales aprobadas con intervención directa de la ciudadanía, cosa que explica la preferencia de los Tribunales por proceder a la interpretación constitucionalmente conforme de la ley cantonal en vez de inaplicarla y que marcaría una nueva diferencia (y no siempre apreciada) entre la institución de interpretación conforme tal como se entiende en la RFA y tal como se entiende por la jurisdicción helvética.” (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 133.)

Logo, é lícito concluir que o sistema suíço desenvolve meios de analisar as leis federais, contornando a proibição constitucional de sua suspensão. Neste contexto as decisões interpretativas são proferidas mediante a técnica de interpretação conforme a Constituição, importada da Alemanha mas adaptada às peculiaridades do país, em especial em relação à sua utilização com limites mais amplos acerca da lei federal, como forma de compensar a impossibilidade constitucional de sua inaplicação, e como forma de deferência ao legislador acerca das leis cantonais, graças à forte intervenção popular legitimadora do processo legislativo local.

4.3.3 Itália

O sistema de jurisdição constitucional Italiana aparece como aquele em que se adotou as formas mais requintadas e diversas de decisões interpretativas, nem tanto em razão de qualquer apego a distinções acadêmicas, mas sim em função das constantes necessidades de adaptação de suas decisões à realidade institucional do país.

A Itália, neste quesito, apresentou-se como antítese do modelo italiano no que tange à positivação. Enquanto a reforma de 1970 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão buscou incorporar ao sistema jurídico as decisões interpretativas daquela Corte, o sistema Italiano se caracteriza pela abstenção normativa quanto a elas¹⁷⁸.

A Corte Constitucional Italiana se instala após ser criada pela Constituição de 1948 no contexto da expansão dos Tribunais Constitucionais Europeus após a Segunda Guerra Mundial. A normatização constitucional dos efeitos das decisões da Corte se deu no sentido de que as pronúncias de inconstitucionalidade teriam

¹⁷⁸ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 143.

eficácia *erga omnes*, conforma o artigo 136 daquela Carta, mas seus efeitos seriam *ex nunc*.

Nesta formatação constitucional o controle de constitucionalidade do Tribunal se realizava de forma concentrada, mas sempre tendo em vista um caso concreto, vez que caberia ao juiz do caso delimitar a questão de constitucionalidade e remetê-la para resolução da Corte.

A demora na instalação da Corte, como observa De la Vega¹⁷⁹, propiciou um prévio desenvolvimento doutrinário acerca da natureza jurídica do Tribunal e dos efeitos possíveis das decisões que, ao contrário da sentença de inconstitucionalidade, rejeitasse a questão constitucional, denominada sentença “di rigetto” ou “desestimatorias”. Formou-se rapidamente opinião jurídica comum no sentido de que tais decisões não possuiriam eficácia vinculante em relação a órgãos judiciais distintos daquele que remeteu a questão de constitucionalidade.

Após a instalação do órgão destaca Favoreau que um dos momentos chave da definição de suas competências ocorreu quando se verificou a possibilidade de controlar não somente o texto, como também o significado dele decorrente:

Foi decidido, desde a primeira sentença de 1956, que as leis anteriores à entrada em vigor da Constituição são passíveis de controle. Contudo, somente um controle do conteúdo, pois não é o caso, evidentemente, de sancionar a violação de regras de forma que não existiam no momento em que as leis foram votadas. Em seguida, admitiu-se que podem ser controlados não apenas o conjunto de um texto, mas também algumas disposições como “as regras que podem ser deduzidas pela interpretação de uma ou várias disposições, mesmo que não estejam escritas literalmente em nenhuma delas”.¹⁸⁰

¹⁷⁹ VEGA, Augusto Martín de La. **La sentencia constitucional em Italia**: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales. 2003, pp. 37-38.

¹⁸⁰ FAVOREAU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 82.

Fixando-se rapidamente a idéia da autonomia relativa entre enunciado e norma jurídica, esta última enquanto resultado da interpretação do primeiro, tornou-se fértil o terreno teórico para a adoção de decisões interpretativas. Mas isso somente viria a ocorrer tempos depois e de forma pouco pacífica.

Antes mesmo da instalação do Tribunal causa polêmica a tese de Calamandrei, datada de 1950, no sentido de que as decisões de rejeição (“desestimatorias” ou “ri rigetto”) corresponderiam a uma interpretação autêntica a, logo, atingiriam status de norma constitucional, o que conferiria eficácia *erga omnes* a tais pronunciamentos.

Rapidamente surgem obras no mesmo ano combatendo tal posicionamento, em especial as de Garbagnati e Azzariti, no sentido de que o controle de constitucionalidade previsto na Constituição deveria ter índole jurisdicional e, como tal, estar vinculado a um caso concreto, o que impediria a eficácia da sentença de rejeição para outros processos senão aquele caso individual analisado pela Corte. Argumenta ele também que o artigo 136 da Constituição somente prevê a eficácia *erga omnes* para as sentenças que reconhecem a inconstitucionalidade (estimatoria), defendendo assim interpretação literal do dispositivo¹⁸¹. A nomeação de Azzariti para a presidência da Corte contribui para a permanência de tal entendimento, reportando-se à sentença de rejeição mera eficácia “de fato” sobre outros processos, mas sem qualquer vinculação jurídica.

Este entendimento acerca da inexistência de eficácia jurídica vinculante da decisão de rejeição da questão constitucional começou a causar problemas quando o Tribunal Constitucional Italiano, movido pelo mesmo motivo tradicional de deferência ao Legislador, passou a adotar decisões interpretativas, primeiramente sob a forma de sentenças interpretativas de rejeição.

¹⁸¹ VEGA, Augusto Martín de La. **La sentencia constitucional em Italia**: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales. 2003, pp. 47-49.

Neste sentido ensina Favoreau:

Logo sugeriu-se que poderia haver “sentenças interpretativas de rejeição”, isto é, sentenças declarando que o dispositivo atacado não seria inconstitucional, com a condição de que fosse adotada uma interpretação conforme os princípios constitucionais. Colocou-se imediatamente então o problema do efeito dessas decisões: como a proposta apresentada pela doutrina, de considera-las obrigatórias e ligadas ao juiz *a quo*, não foi aceita, elas foram apresentadas como precedentes “persuasivos”...¹⁸²

O desenvolvimento das primeiras sentenças interpretativas se fundou em alguns pressupostos básicos. O primeiro deles consistiu no estabelecimento de que a interpretação empreendida pela Corte não estaria vinculada à exegese decorrente do juízo *a quo* que remetera a questão constitucional, o que ocorreu a partir da Sentença nº 19, ainda em 1956¹⁸³.

O segundo pressuposto consistiu na possibilidade de que de um mesmo enunciado legislativo sejam deduzidas duas ou mais normas jurídicas distintas, podendo uma delas ser contrária e outra compatível com o sistema constitucional. Como explica De la Vega¹⁸⁴, em tradução livre:

Nesta situação, a Corte sustentou desde suas primeiras sentenças que se deveria preferir em qualquer caso a interpretação que, sendo conforme com a Constituição, permitiria a manutenção do texto legal, o que conduz num primeiro momento a uma declaração de “non fondatezza” da questão elevada [pelo juiz *a quo*] partindo de uma interpretação distinta e não conforme com a norma suprema.

¹⁸² FAVOREAU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 86.

¹⁸³ VEGA, op. cit., p. 104.

¹⁸⁴ Segue o original: “En esta situación, la Corte ha mantenido desde sus primeras sentencias que debía preferirse en todo caso la interpretación que, siendo conforme con la Constitución, permitiera el mantenimiento del texto legal, lo que conduce necesariamente en un primer momento a la declaración de 'non fondatezza' de la cuestión que se elevó partiendo de una interpretación distinta y no conforme con la norma suprema.” (VEGA, Augusto Martín de La. **La sentencia constitucional em Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal**. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales. 2003, p. 105.)

O terceiro pressuposto, que decorre do segundo, consiste na possibilidade de que a Corte se manifeste expressamente sobre normas jurídicas, e não somente sobre enunciados legislativos¹⁸⁵. A decisão, então, teria por objeto direto a interpretação do enunciado e como objeto indireto o próprio enunciado, cuja significação fora afetada.

Assim, a sentença interpretativa se desenvolve na Itália com natureza de sentença de rejeição da questão constitucional, como bem define Crisafulli, citado por De la Vega¹⁸⁶, em tradução livre:

A expressão “sentença interpretativa” foi utilizada, num primeiro momento, para designar um particular tipo de sentença de rejeição da inconstitucionalidade, fundada numa interpretação da disposição impugnada distinta daquela proposta pelo juízo *a quo* – ou pelas partes no juízo, em via de ação – mas sim aquela considerada pela Corte a mais exata e aquela capaz de fazer com que o conteúdo normativo não seja incompatível com a Constituição.

Contrariadas pela interpretação literal do artigo 136 e da inexistência de um sentimento por parte da jurisdição ordinária, de vinculação às decisões de rejeição do Tribunal Constitucional¹⁸⁷, as sentenças interpretativas de rejeição não conseguem desempenhar o papel de uniformizar o entendimento das leis perante a Constituição.

Travou-se assim intensa discussão acerca dos limites da atuação da Corte sobre a jurisdição ordinária, que se julgava detentora de autonomia para interpretar o ordenamento legal, opinando que a Corte deveria se limitar ao estabelecimento do

¹⁸⁵ VEGA, op. cit., pp. 107-108.

¹⁸⁶ Segue o original: “La expresión sentencia interpretativa ha sido en un principio utilizada para designar un particular tipo de sentencia desestimatoria, basada en una interpretación de la disposición impugnada que no es aquella propuesta por el juez a quo - o por las partes en el juicio en via de acción - , sino la considerada por la Corte - aun quando al hilo de los principios del ordenamiento -, la más exacta y aquella capaz de hacer que el contenido normativo no sea incompatible con la Constitución,(o mejor, con las normas de la Constitución o de otras leyes constitucionales cuya violación se denunciaba). (VEGA, op. cit., p. 109).

¹⁸⁷ Como veremos mais adiante, este sentimento de vinculação sempre se fez presente na jurisdição constitucional brasileira, visto que desde a fundação da República o Supremo Tribunal Federal é órgão de cúpula do Poder Judiciário.

significado dos enunciados Constitucionais¹⁸⁸. Ganhou destaque, neste contexto, os confrontos entre o Tribunal Constitucional e a Corte de Cassação.

A polêmica foi bem resumida por Jeveaux¹⁸⁹:

Esse problema teve início com a sentença constitucional (STC) n.08/1956, que tinha por objeto uma lei de 1931 (da época fascista) que conferia aos prefeitos poderes discricionários excepcionais. O TC, no propósito de salvar a lei da proclamação da inconstitucionalidade, limitou no tempo aqueles poderes e os condicionou a requisitos de necessidade e urgência e à observância da legalidade constitucional, por meio de SD interpretativa. Tal sentença foi ignorada pela administração pública, vindo o TC afirmar, na STC n. 26/1961, que o caso era de simples inobservância da administração pública, e não um problema de rebelião jurisdicional, circunstância que veio a ocorrer com a STC n. 11/1965. O incidente que deu origem a essa STC tinha por objeto o art. 392 do CPP, que era interpretado pela Corte de Cassação (CC) como excludente de algumas garantias constitucionais no procedimento sumário, entre elas a presença do advogado no interrogatório. O TC emitiu SD interpretativa, considerando o texto constitucional, contanto que interpretado no sentido de se conferir ao procedimento sumário as mesmas garantias constitucionais do procedimento ordinário. Tal sentença foi ignorada pela CC, vindo o TC, em outro incidente, a proferir a STC n. 52/1965, renovando o mesmo entendimento anterior, porém agora em sede de SE interpretativa, considerando assim inconstitucional a interpretação adotada pela CC. Todavia, a magistratura ordinária limitou a aplicação do entendimento contido na STC 52/1965 aos procedimentos sumários iniciados a partir da data de sua prolação, vindo o TC a proferir a STC n. 127/1966, na qual reafirmou que a garantia específica da presença do advogado no interrogatório se aplicava aos procedimentos sumário e ordinário, ainda quando iniciados antes da STC n. 52/1965. Não obstante, a magistratura ordinária manteve a sua interpretação anterior, surgindo assim um novo incidente, que deu origem à STC n. 49/1970, na qual o TC se limitou a reafirmar o mesmo entendimento anterior, fechando os olhos para a rebelião da magistratura ordinária.

Para Bofill¹⁹⁰, alguns fatores colaboraram para a chamada “Guerra entre Cortes”, dentre os quais se destacam: a) a formação autoritária dos juízes da Corte de Cassação, que tiveram sua formação num Estado fascista, b) o temor destes

¹⁸⁸ VEGA, Augusto Martín de La. **La sentencia constitucional em Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal.** Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales. 2003, p. 130.

¹⁸⁹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **As decisões interpretativas tomadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito constitucionalizador do direito ordinário.** Artigo Inédito. Vitória: 2006, pp. 18-19.

¹⁹⁰ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 148-149.

mesmos juízes em perderem seu poder, ante uma expansão desmesurada da área de atuação do Tribunal Constitucional, c) a existência prévia de um sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis, entre 1948 e 1955 e d) a ausência de previsão normativa acerca dos efeitos das decisões interpretativas da Corte Constitucional.

Como se infere da observação de Favoreau¹⁹¹, com a resistência da jurisdição ordinária, em especial da Corte de Cassação, tentou a Corte Constitucional conferir efeito vinculante à sua decisão interpretativa qualificando-a como de pronúncia de inconstitucionalidade, "...isto é, decisões de anulação parcial qualitativa: a interpretação condenada é declarada inconstitucional e portanto nula no dispositivo (e não mais somente nos motivos)".

Tais decisões passaram a ser adotadas sempre que a interpretação manifestada previamente numa decisão interpretativa de rejeição (sentença desestimatoria interpretativa) fosse rejeitada pelas instâncias ordinárias, o que ocorria através da nova proposição da mesma questão constitucional perante a Corte. Assim, dava-se uma oportunidade para a aplicação da interpretação conforme não vinculante. Caso rejeitada, a Corte não via nenhuma outra alternativa que não fosse a pronúncia de inconstitucionalidade para garantir a eficácia erga omnes.

Esta Como destaca De la Vega¹⁹², em tradução livre:

A sentença estimatoria interpretativa se construirá dogmaticamente como uma anulação, com eficácia *erga omnes*, via artigo 136 da Constituição,

¹⁹¹ FAVOREAU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 86.

¹⁹² Segue o original: "La sentencia estimatoria interpretativa se construirá pues dogmaticamente como la anulación, con eficacia 'erga omnes', vía art. 136 C., de la interpretación/norma deducida de la fórmula legislativa, interpretación considerada por la Corte como constitucionalmente ilegítima. A través de una obra de 'nomotizzazione' del texto legislativo, y de explicitación de los posibles significados del mismo, el Tribunal Constitucional aísla la parte 'non sana' y la declara ilegítima, de modo tal que la disposición continúe aplicándose y produciendo efectos jurídicos, con excepción de la norma juzgada como inconstitucional". (VEGA, Augusto Martín de La. **La sentencia constitucional em Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal**. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales. 2003, p. 182.)

da interpretação/norma deduzida da fórmula legislativa, interpretação considerada pela Corte como constitucionalmente ilegítima. Através de uma obra de mutilação do texto legislativo e de explicitação dos possíveis significados do mesmo, o Tribunal Constitucional isolada a parte “doente” e a declara ilegítima, de tal modo que a disposição continue se aplicando e produzindo efeitos jurídicos, com exceção da norma julgada como inconstitucional.

Todavia, a adoção da sentença interpretativa mediante pronúncia de inconstitucionalidade qualitativa não foi suficiente para debelar o conflito institucional, que somente se resolveu com a adoção da doutrina do “direito vivente”, em 1981.

Consistia a citada doutrina na deferência da Corte Constitucional não em relação ao Legislador, mas em relação à Corte de Cassação, órgão da cúpula judiciária encarregada da última palavra em matéria de leis infraconstitucionais. Por tal entendimento, a Corte Constitucional deveria ter em mente de que suas interpretações da lei frente à Constituição deveriam partir da interpretação da lei que já estivesse consolidada da Corte de Cassação, sempre que existente. Tal doutrina veio a ser adotada como princípio jurisprudencial, selando assim um armistício entre Tribunal Constitucional e Corte de Cassação¹⁹³.

Assim, caso a interpretação consolidada pela Corte de Cassação seja compatível com a Constituição, o Tribunal Constitucional a adotaria como a correta. Por outro lado, caso a interpretação advinda da Corte de Cassação fosse contrária à Constituição, o Tribunal tentaria num primeiro momento sua reversão através da sentença desestimatoria interpretativa. Caso a jurisdição ordinária insistisse com a interpretação tida por inconstitucional, o Tribunal Constitucional declararia a inconstitucionalidade do próprio enunciado que a fundamentava, como forma de

193

VEGA, op. cit., pp. 197-200.

garantir a Supremacia Constitucional¹⁹⁴, em decisões que ficaram conhecidas como “dupla pronúncia”¹⁹⁵.

Com isso o Tribunal Constitucional se consolida e passa a se sobrepor à jurisprudência da Corte de Cassação, até mesmo em razão da rapidez de suas decisões sobre as leis novas, que não permite a formação de uma jurisprudência consolidada perante aquela Corte Judicial¹⁹⁶, deixando-a à vontade para interpretar as leis infraconstitucionais. Assim, em vez de entrar em disputa pouco saudável com a jurisdição ordinária pela eficácia de suas decisões, buscou o Tribunal Constitucional uma solução negociada, prestigiando a magistratura com o “direito vivente” e optando pela pronúncia de inconstitucionalidade frente à interpretação conforme, dada a ineficácia desta última.

Outra forma de prestigiar a magistratura ordinária e que colaborou para a paz no desenvolvimento institucional posterior consistiu no incentivo da Corte para que os juízes ordinários, antes de remeter a questão de constitucionalidade, tentassem chegar a uma interpretação constitucionalmente conforme, ocasião em que não estariam obrigados a provocar a Corte, inclusive adotando esta etapa prévia (tentativa de conciliação hermenêutica entre lei e Constituição) como condição para o conhecimento da questão de constitucionalidade¹⁹⁷.

Com a consolidação de sua posição de primazia acerca da interpretação das leis face à Constituição, a Corte Constitucional Italiana desenvolve posteriormente novas formas de decisões interpretativas, como as sentenças aditivas, destinadas

¹⁹⁴ VEGA, Augusto Martín de La. **La sentencia constitucional em Italia**: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales. 2003, p. 202.

¹⁹⁵ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 155.

¹⁹⁶ BOFILL, op. cit, p. 161.

¹⁹⁷ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 158.

a solucionar omissões inconstitucionais¹⁹⁸, e as sentenças substitutivas, em que confere um significado externo ao texto legislativo, sob o pretexto de adequá-lo perante a força normativa da Constituição¹⁹⁹. Tais decisões, como espécie de decisões interpretativas, ficaram conhecidas na Itália como “sentenças manipulativas”.

Logo, pudemos verificar que as decisões interpretativas na Itália se originam sob a mesma fundamentação que nos demais países (deferência ao Legislador, conservação de normas) mas mostra desenvolvimento conturbado ante à rejeição da eficácia das decisões pela jurisdição ordinária. Este cenário demanda que a Corte desenvolva uma grande variedade de decisões (desde a sentença desestimatoria interpretativa, autêntica interpretação conforme, por não importar em pronúncia de inconstitucionalidade, passando também pela inconstitucionalidade parcial qualitativa, representada pelas sentenças estimatorias interpretativas), somente conseguindo estabelecê-las em sua totalidade quando abre algum espaço para a jurisdição ordinária com a doutrina do “direito vivente” e pela descentralização da tentativa de chegar a uma interpretação conforme para a jurisdição ordinária.

4.3.4 França

Quaisquer considerações acerca da instituição de uma jurisdição constitucional na França não podem ser feitas sem antes lembrar das grandes especificidades históricas deste país, em especial a enorme desconfiança acerca da atividade dos juízes já refletida na concepção da Separação dos Poderes de Montesquieu.

¹⁹⁸ VEGA, Augusto Martín de La. **La sentencia constitucional em Italia**: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales. 2003, p. 221.

¹⁹⁹ VEGA, op. cit., p. 222.

A Constituição de 1958 instituiu o chamado Conselho Constitucional, órgão que, embora não seja de fato a primeira instituição francesa encarregada especificamente de realizar um controle de constitucionalidade das leis²⁰⁰, consiste na primeira experiência que deu certo no campo da garantia da Supremacia Constitucional.

Tamanhas peculiaridades históricas levaram a França a criar um órgão de jurisdição constitucional cuja composição é ditada pelo Legislativo em conjunto com o Executivo²⁰¹, rejeitando também os paradigmas até então existentes para as Cortes Constitucionais, como relata Gomes²⁰²:

Por força de sua especificidade histórica e das idiossincrasias institucionais dela decorrentes, a escolha do modelo de justiça constitucional daquele país se fez em acentuado contraste com os paradigmas até então existentes na matéria – o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade *a posteriori*, difuso e verificado no caso concreto, e o modelo kelseniano, de tipo concentrado e abstrato. Os constituintes franceses de 1958 optaram pelo sistema concentrado e abstrato, porém preventivo.

Como relata Sánchez²⁰³, o Conselho realiza uma interpretação extremamente restrita acerca de sua própria competência até o ano de 1965, ano em que começou a interpretar extensivamente a Constituição, chegando ao conceito de “bloco de constitucionalidade” para englobar em seu conceito as leis orgânicas.

Em 16 de julho de 1971 o órgão toma decisão histórica e consagra de vez a interpretação extensiva da Constituição ao considerar como nela insertos a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da já

²⁰⁰ Como já mencionado anteriormente, existiram na França o Júri Constitucional e o Senado Conservador, cuja atribuição era especificamente fazer o controle de constitucionalidade das leis, ambos idealizado pelo abade Sieyès em sua segunda fase.

²⁰¹ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 140.

²⁰² GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Quebra de Mais um Tabu no Mundo Jurídico. Implantação e evolução da jurisdição constitucional na França. **Revista In Verbis**. Caderno de Estudos, n. 25, ano 8, p. 385.

²⁰³ SÁNCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 100, 1998, p. 85.

revoada Constituição de 1946 (que continha uma declaração de direitos econômicos e sociais) e também os “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” que fossem anteriores a 1946²⁰⁴.

Com a reforma constitucional de 1974, na qual se permite ao conjunto de 60 senadores ou 60 deputados a provocação do controle de constitucionalidade, cresce o volume de atividades do Conselho e, conseqüentemente, expande-se seu papel institucional. Como destaca Gomes²⁰⁵,

Na versão original da Constituição de 1958, apenas o presidente da República, o primeiro-ministro e os presidentes da Assembléia Nacional e do Senado podiam suscitar o exame da constitucionalidade de uma lei perante o Conselho Constitucional. Era evidente a ineficácia do sistema naqueles primeiros anos de vigência da constituição, eis que naquela época o sistema político era relativamente monolítico com o partido gaullista dominando inteiramente a cena política: seus líderes ocupavam a Presidência da República, a chefia de Governo e a presidência da Assembléia, só restando o Senado, que era e ainda é dominado por uma coalização de partidos centristas relativamente independentes dos gaullistas mas necessariamente adversários dos partidos de esquerda. Era natural, portanto, em um quadro institucional como esse, que a jurisdição constitucional fosse uma mera fachada, com pouco ou quase nenhum desafio jurídico às normas postas em vigência sob a inspiração de uma maioria parlamentar avassaladora e de um Governo dela emanado.

Uma das grandes conseqüências da adoção de um controle de constitucionalidade de caráter preventivo em relação às decisões interpretativas consiste na inaplicabilidade, na jurisdição constitucional francesa, do princípio de conservação de normas.

O controle preventivo permite um maior diálogo entre Legislador e Conselho Constitucional. Além do mais, não há neste sistema a possibilidade de vazio normativo, ou da situação inconstitucional não regulada durante muito tempo, de

²⁰⁴ SANCHEZ, op. cit., p. 85.

²⁰⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Quebra de Mais um Tabu no Mundo Jurídico. Implantação e evolução da jurisdição constitucional na França. **Revista In Verbis**. Caderno de Estudos, n. 25, ano 8, pp. 387-388.

forma que se tornariam desnecessárias técnicas que venham a relativizar a declaração de inconstitucionalidade²⁰⁶.

A fiscalização de constitucionalidade pelo Conselho ocorre pelo procedimento denominado de “contrôle à double détente”, ou “dupla análise”: se Conselho considera parte de uma lei inconstitucional, o governo terá as opções de a) promulgar a lei sem a parte considerada inconstitucional ou b) reenvia-la ao Parlamento para uma segunda deliberação. Porém, em casos de inconstitucionalidade total ou de as demais partes da lei serem dependentes da parte considerada inconstitucional, o conjunto do texto não poderá ser promulgado e, em caso de reenvio ao Legislativo, este deverá apreciar o projeto de lei como um todo²⁰⁷.

Esta nova deliberação do Parlamento não gera uma lei nova, mas importa numa adaptação do projeto de lei anteriormente aprovado, para que seja corrigida a inconstitucionalidade apontada pelo Conselho. Feita a correção, o projeto é novamente enviado ao Conselho Constitucional, que verificará se o resultado foi satisfatório. Esta característica do sistema evita o que Bofill chama de “malabarismos para assegurar o cumprimento das decisões da jurisdição constitucional”, praticados por outros países da Europa Continental²⁰⁸.

O Modelo francês colabora com o diálogo institucional, principalmente em razão da rapidez dos pronunciamentos, o que gera inclusive reformas constitucionais quando não há acordo entre Legislador e Conselho sobre determinada matéria²⁰⁹.

²⁰⁶ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p.186.

²⁰⁷ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 188.

²⁰⁸ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p.189.

²⁰⁹ Como informa Bofill, o número de reformas constitucionais aumentou consideravelmente na década de 90 do Século XX, a grande maioria delas motivada por decisões do Conselho

Como nos demais países da Europa não há esta celeridade, ocorre um grande intervalo entre a promulgação da lei, a declaração de inconstitucionalidade (ou a decisão interpretativa) e a atuação legislativa para sanar a inconstitucionalidade, de forma que o Legislador que aprovou a lei não é o mesmo que irá resolver o problema do vazio normativo decorrente da inconstitucionalidade²¹⁰.

Esta situação reforça o peso da pronúncia de inconstitucionalidade nos países que adotam o sistema repressivo, o que de certo modo favorece o surgimento das decisões interpretativas como solução para mitigar tais fortes conseqüências. Como destaca Bofill²¹¹, em tradução livre:

Por um lado, esta situação pode provocar que o Tribunal pronuncie, assim, menos decisões de inconstitucionalidade que as necessárias (porque o Tribunal sabe que o legislador tardará a responder) e reforça os mecanismos colaterais para impedir a pronúncia de inconstitucionalidade (com o que aumenta a dimensão interpretativa e as inseguranças derivadas de sua **plasmación** e de seus efeitos de forma que estes mecanismos concebidas como deferência ao legislador acabam na realidade freando a relação com o mesmo).

Por ser de natureza preventiva, o controle de constitucionalidade feito pelo Conselho francês está mais ligado ao processo de criação do que de interpretação, o que deixa o órgão muito mais à vontade para atribuir determinados significados constitucionais à lei, mesmo que não derivem diretamente de seus enunciados expressos. Por isso não se implementa, na França, o debate acerca dos limites do Conselho enquanto “legislador negativo”

Constitucional. (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 193.)

²¹⁰ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p.190.

²¹¹ Segue o original: “Por una parte, esta situación puede provocar que el Tribunal pronuncie, así, menos sentencias de inconstitucionalidad de las necesarias (porque el Tribunal sabe que el legislador tardará en responder) y refuerza los mecanismos colaterales para impedir el fallo estimatorio (con lo que aumenta la dimensión interpretativa y las inseguridades derivadas de su plasmación y de sus efectos al tiempo que éstos mecanismos concebidos como deferencia al legislador acaban en realidad frenado la relación con el mismo)”. BOFILL, op. cit., p. 191.

(idéia decorrente da influência kelseniana na formação das Cortes Constitucionais Europeias), vez que o órgão é visto como partícipe do processo legislativo.

As decisões interpretativas começam a ser utilizadas pelo Conselho Constitucional na forma de declarações de conformidade sob reserva, motivadas pelo próprio sistema da “dupla volta”, que garante ao Parlamento se pronunciar sobre as partes consideradas inconstitucionais pelo Conselho, após reenvio mediado pelo Presidente da República. E assim ocorre porque ao declarar a conformidade da lei com a Constituição “sob reserva” o Conselho garante a sua aprovação sem que haja necessidade de nova apreciação Legislativa, como relata Bofill, em tradução livre²¹²:

Frente a um texto ambíguo, cuja constitucionalidade textual se possa salvar, é preferível que o Conselho Constitucional estampe sua reconstrução da norma do que se expor às intrusões e desvios que, desde o ponto de vista constitucional, a lei possa sofrer por parte dos juízes no momento de sua aplicação. O objetivo passa por tornar explícito um modo de utilização do preceito que seja respaldado pelo conjunto de operadores com a mesma intensidade *como se tivesse emanado do legislador*, mas com o conhecimento de que o legislador não se ocupará de concordar com as ressalvas introduzidas ou de contribuir com novas relativizações e advertindo que o Conselho não poderá jamais ser convocado a conhecer de decisões judiciais que contrariem suas indicações.

Ainda que no sistema francês não se justifiquem as idéias de conservação de normas e da presunção de constitucionalidade como justificadoras das decisões interpretativas, a pronúncia de inconstitucionalidade da lei (integral ou parcial) é vista também com uma certa gravidade, em razão de inexistirem mecanismos

²¹² Segue o original: “Ante un texto ambiguo, cuya constitucionalidad textual puede salvarse, es preferible que el Consejo Constitucional estampe su reconstrucción de la norma que exponerse a las intrusiones y desviaciones que, desde el punto de vista constitucional, la ley pueda sufrir por parte de los jueces en el momento de su aplicación. El objetivo pasa por hacer explícito un modo de utilización del precepto que sea respaldado por el conjunto de operadores con la misma intensidad *como si hubiese emanado del legislador* pero todo ello sabiendo que el legislador no se ocupará de asentir a las reservas introducidas o de contribuir con nuevas matizaciones y advirtiéndole que el Consejo no podrá ser jamás llamado a conocer de decisiones judiciales que contravengan sus indicaciones”. (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p.197).

seguros de reparação, vez que o Presidente da República pode simplesmente optar por promulgar a lei sem acionar o sistema da “dupla análise”.

Outro fator que influencia a adoção das decisões interpretativas pelo Conselho Constitucional corresponde ao fato, a princípio contraditório, de que tais decisões dão mais prestígio ao órgão do que o sistema da dupla análise. E assim ocorre porque caso o Legislador, após a primeira análise que aponta a inconstitucionalidade, saná-la tão só parcialmente, o Conselho ficaria numa situação pouco confortável de ter de declarar novamente a inconstitucionalidade e forçar nova apreciação do Parlamento, que poderia, novamente, não sanar satisfatoriamente o projeto de lei. Isto geraria um impasse institucional pouco desejado.

Pelo contrário, em razão de as decisões interpretativas, perante o Conselho, não importarem numa pronúncia de inconstitucionalidade, sua adoção importa na finalização do processo legislativo, com a promulgação da lei cujo texto, embora aberto a várias significações, deverá ser interpretado na forma estabelecida pelo Conselho Constitucional²¹³.

Assim, no sistema francês as decisões interpretativas se justificam muito mais por uma atuação conformadora do Conselho Constitucional visando garantir a Supremacia da Constituição do que qualquer concepção de deferência ao Legislador.

Ao longo de sua atuação, o Conselho Constitucional formulou basicamente três espécies de decisões interpretativas, a saber: a) conformidade sob reserva de

²¹³ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 201.

interpretação neutralizante, b) conformidade sob reserva de interpretação construtiva e c) conformidade sob reserva de interpretação diretiva²¹⁴.

Esta divisão é relatada por Favoreau²¹⁵ no sentido de que poderiam ser decisões de pronúncia de inconstitucionalidade, “mas o Conselho Constitucional tem preferido cada vez mais adaptar as disposições atacadas à Constituição, através de uma interpretação construtiva, neutralizante ou diretiva”.

A conformidade sob reserva de interpretação neutralizante ocorre sempre que o Conselho pretenda ou impor uma única interpretação como a constitucionalmente correta (ocasião em que se denomina “interpretação neutralizante positiva”) ou descartar uma ou mais interpretações que sejam inconstitucionais (denominada “interpretação neutralizante negativa”), mantendo, em ambas as ocasiões, a integralidade do texto. Trata-se de exclusão, na expressão do Conselho de “significados envenenados”, em maior ou menor grau²¹⁶. Trata-se de fenômeno análogo às decisões de declaração de conformidade sobre interpretação conforme, de um lado, e nulidade parcial qualitativa sem redução de texto, de outro, adotadas pelo Tribunal Constitucional Alemão. Na França, ambos os fenômenos (exclusão de um ou mais significados e estabelecimento de um único significado constitucionalmente compatível) são abarcados na mesma classificação.

As decisões de conformidade sob reserva de interpretação construtiva são utilizadas pelo Conselho para condicionar a constitucionalidade da lei a um outro requisito que não está expressamente previsto em seu texto. Ainda que importem

²¹⁴ Segundo Bofill a sistematização das espécies de decisões interpretativas proferidas pelo Conselho deve ser creditada a Favoreau. (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 202)

²¹⁵ FAVOREAU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 98.

²¹⁶ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 205.

em verdadeira atividade de reelaboração legislativa, estas decisões são amplamente aceitas na França, haja vista a posição do Conselho como participante do processo legislativo²¹⁷.

Já as decisões de conformidade sob reserva de interpretação diretiva consistem na prática do Conselho de enviar mensagens claras à Administração, aos juízes e ao Legislador acerca da “interpretação correta” da lei. Como constata Bofill²¹⁸, tais decisões não passam de interpretações neutralizantes positivas “reforçadas” com uma ordem específica acerca de sua utilização. Por sua vez, quando dirigidas ao Legislador consistem em verdadeiras pronúncias de inconstitucionalidade. Quando emitidas tendo como destinatários os aplicadores da lei (juízes e Administração) ela reflete a necessidade do Conselho persuadir os demais agentes à observância da interpretação estabelecida, haja vista que não há instrumento jurídico que lhe permita revisar a validade dos atos administrativos e judiciais perante a interpretação constitucionalmente conforme.

Esta necessidade, porém, não surgiu em razão de um confronto institucional como o ocorrido na Itália entre a Corte Constitucional e a Corte de Cassação, mas sim em razão de explicitar aos diversos órgãos estatais a necessidade de observância da Constituição. Colaboram para a eficácia das decisões do Conselho a clara determinação da interpretação a ser seguida (sem remissões genéricas aos fundamentos, como ocorre freqüentemente na Alemanha) e a expressa menção, na decisão, acerca dos órgãos a ela sujeitos. Por outro lado, também convergem para sua observância a idéia de colaboração entre a jurisdição constitucional e as distintas ordens judiciais existentes, em que a jurisdição ordinária vê como estranha às suas funções considerações sobre a constitucionalidade de uma lei,

²¹⁷ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 206.

²¹⁸ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 207.

assim como seria estranho ao Conselho decidir questões criminais, por exemplo²¹⁹.

Assim, podemos concluir que as decisões interpretativas na França resumem-se a duas verdadeiras espécies: a) decisões de conformidade sob reserva de interpretação neutralizante (que podem ser positivas, quando estabelecem um único significado possível, ou negativas, quando excluem um ou mais significados da lei), que englobam as chamadas “interpretações diretivas” e b) decisões de conformidade sob reserva de interpretação construtiva, na qual são atribuídos significados a lei que não decorrem de seu enunciado, mas a tornam compatível com a Constituição.

4.3.5 Espanha

Dentre os países europeus aqui analisados, a Espanha é aquele que tem a mais tardia instituição de uma jurisdição constitucional nos moldes austríacos, a saber, mediante a criação de um Tribunal Constitucional pela Constituição de 1978. Este relativo “atraso” na instituição de uma Corte Constitucional permitiu, porém, que a Espanha absorvesse grande influência das experiências dos demais países europeus, em especial as desenvolvidas na Alemanha, na Itália e na França.

Podemos afirmar que a influência francesa se manifestou no que tange à criação, pelo Tribunal Constitucional Espanhol, de um “bloco de constitucionalidade”, aproveitando a idéia francesa de que existiriam normas constitucionais além do texto formal da Constituição. Porém, enquanto o bloco francês foi formulado como reação à omissão da Carta daquele país acerca de direitos fundamentais, o “bloque de la constitucionalidad” espanhol buscou elevar ao nível constitucional as

²¹⁹ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 211.

normas legais acerca da organização e divisão de competências dos territórios autônomos, deixados de fora do texto Constitucional de 1978²²⁰.

Esta liberdade do Tribunal Espanhol favorece sobremaneira a formulação de decisões de cunho interpretativo, que já não eram nenhuma novidade no continente europeu. Estas vêm inclusive a ser expressamente definidas pela Corte em pronunciamento de 13 de fevereiro de 1981 (STC nº 5/81), como

...aquelas que rejeitam uma demanda de inconstitucionalidade ou, o que é o mesmo, declaram a constitucionalidade de um preceito impugnado na medida em que se interprete que o sentido que o Tribunal Constitucional considera como adequado à Constituição ou não se interprete no sentido (ou sentidos) que considera inadequados.²²¹

Para Bofill²²², em tradução livre, as decisões interpretativas podem ser entendidas como “introdução de condições por parte do Tribunal Constitucional para admitir a constitucionalidade do preceito”, atuando como “filtro protetor” da atividade legislativa ao evitar a pronúncia de inconstitucionalidade.

Dessa forma, dificulta-se que o legislador venha a se pronunciar sobre a questão, mantendo o Tribunal Constitucional sempre a última palavra acerca da interpretação da lei, o que não ocorre quando há pronúncia de inconstitucionalidade, em que fica aberta a possibilidade de atuação legislativa para editar novas normas substituindo aquelas fulminadas pelo Tribunal.

²²⁰ SÁNCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 100, 1998, p. 97.

²²¹ Segue o original: “...aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados”. (CAMAZANO, Joaquín Brage. **La acción de inconstitucionalidad**. México (DF): Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1998, p. 234.)

²²² Segue o original: “En un sentido, parece que las decisiones interpretativas (entendidas esquemáticamente, como introducción de condiciones por parte del Tribunal Constitucional para admitir la constitucionalidad del precepto) actúan como filtro protector de la actividad legislativa en tanto que evita precipitados pronunciamientos de inconstitucionalidad sobre disposiciones con rango de ley.” (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 274)

Bofill²²³ opina que a jurisdição constitucional deve fomentar o debate institucional não somente após a inconstitucionalidade, mas também antes de confrontar a lei perante a Constituição. Para tal autor, em tradução livre, "...a construção de significados constitucionalmente adequados depende de um incessante diálogo institucional", até mesmo como forma de evitar objeções democráticas à legitimidade do Tribunal Constitucional.

Para o mesmo autor²²⁴, também a deferência ao legislador justifica a adoção das decisões interpretativas na Espanha, somada que seja a um "argumento de economia", ligado a um juízo de proporcionalidade segundo o qual seria menos custoso para a convivência das instituições alterar a significação da lei para que se torne adequada perante a Constituição do que pronunciar sua inconstitucionalidade e aguardar a atuação legislativa posterior.

Também se fundamentam as decisões interpretativas pela necessidade de conformação dos atos estatais com os preceitos da norma fundamental do Estado, como ressalta Peralta, em tradução livre²²⁵:

Por isso, a Constituição, como norma fundamental do Estado, exige, por sua própria condição, uma interpretação conforme às suas disposições de todo o ordenamento jurídico, tanto sob um aspecto jurídico-formal, em razão de sua superior hierarquia normativa, como em razão de um aspecto jurídico-material, através de seu conteúdo substancial referido à

²²³ Segue o original: "...la construcción de significados constitucionalmente adecuados depende de un incesante diálogo institucional." (BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 277)

²²⁴ BOFILL, op. cit., p. 280.

²²⁵ Segue o original: "Por lo tanto, la Constitución, como norma fundamental del Estado, exige, por su propia condición, una interpretación conforme a sus disposiciones de todo el ordenamiento jurídico, tanto desde un aspecto jurídico-formal, a causa de su superior jerarquía normativa, como desde un aspecto jurídico-material, a través de su contenido substancial referido al orden de valores que positiva y sistematiza y que, como hemos estudiado, constituye el fundamento legitimador de todo el orden jurídico-político estatal." (PERALTA, Ramon. **La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado**. Madrid: Servicio publicaciones facultad de derecho de Madrid, 1994, p. 124.)

ordem de valores que positiva e sistematiza e que, como estudamos, constitui o fundamento legitimador de toda a ordem jurídico-política estatal.

Assim, as decisões interpretativas na Espanha se desenvolvem principalmente relacionadas à atividade do Tribunal Constitucional na tutela dos direitos fundamentais mediante o recurso de amparo, em especial quanto a interpretação de leis pré-constitucionais em relação ao direito à igualdade,²²⁶ à adaptação de leis sancionadoras (penais e administrativas) aos ditames constitucionais (evitando, assim, um efeito “despenalizante” da pronúncia de inconstitucionalidade)²²⁷.

Por outro lado, uma das conseqüências de se utilizar das decisões interpretativas basicamente quando da apreciação de recursos de amparo corresponde justamente à inexistência de força vinculante da decisão e respectivos fundamentos, vez que se está por decidir um caso concreto em que a lei é analisada somente de forma incidental.

De fato, a Constituição Espanhola distingue a competência para o recurso de inconstitucionalidade da competência para o conhecimento do recurso de amparo, em seu artigo 161, 1, alíneas “a” e “b”, em tradução livre²²⁸:

Artigo 161. 1. O Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e é competente para conhecer:

²²⁶ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 301, 309.

²²⁷ BOFILL, op. cit., p. 301, 317.

²²⁸ Segue o original: “Artículo 161. 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53,2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.” (ESPAÑA, Constituição (1978). Promulga a Constituição do Estado Espanhol. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/CONSTITUCION.htm>, acesso em 12.05.2006)

a) do recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com nível de lei, interpretada pela jurisprudência, caberá a esta, mas a sentença ou sentenças contrárias não perderão o valor de coisa julgada.

b) do recurso de amparo pela violação dos direitos e liberdades referidas no artigo 53,2 desta Constituição, nos casos e formas que a lei estabelecer.

Assim, embora a lei possa, em tese, estabelecer que a decisão do recurso de amparo possua a mesma eficácia vinculante da decisão do recurso de inconstitucionalidade, prevalece o entendimento acerca da circunscrição destes efeitos somente ao caso concreto, por se tratar de questão incidental para a solução da demanda, como relata Jeveaux²²⁹.

Para Bofill, a decisão interpretativa na Espanha tem ainda outros papéis relevantes, como a promoção de um “equilibrismo institucional” (preservando assim as relações com o legislador), o funcionamento como um sistema de filtragem das fontes internacionais perante o direito interno e como instrumento de pedagogia constitucional²³⁰.

Escrevendo sobre o sistema espanhol, mas inspirado no sistema e na doutrina italianos²³¹, Revorio propõe uma classificação das decisões em geral do Tribunal Constitucional, abarcando inclusive as decisões interpretativas, sob dois critérios distintos, o formal e o material. Pelo primeiro, classificam-se tais pronunciamentos de acordo com o conteúdo da decisão e pelo segundo se dá a classificação de acordo com os efeitos que ela produz sobre o enunciado analisado.

²²⁹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **As decisões interpretativas tomadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito constitucionalizador do direito ordinário**. Artigo Inédito. Vitória: 2006, p. 25.

²³⁰ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 381, 384, 391.

²³¹ Segundo o autor, assim ocorre porque “...as fontes predominantemente utilizadas, junto à jurisprudência constitucional e a doutrina de nosso país, são italianas”. Segue o original “...las fuentes predominantemente utilizadas, junto a la jurisprudencia constitucional y la doctrina de nuestro país, son italianas”. (REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, p. 22)

Assim, pelo critério formal haveria dois grandes grupos de decisões, a saber, as 1) decisões desestimatorias e 2) as decisões estimatorias. Assim, enquanto nas primeiras há a princípio um não conhecimento da questão de constitucionalidade ou a pronúncia da constitucionalidade do enunciado, nas segundas há basicamente uma pronúncia de inconstitucionalidade.

Dentro do primeiro grupo, pode-se distinguir entre 1.1) decisões desestimatorias simples, que correspondem aos pronunciamentos emitidos quando a questão constitucional não é conhecida ou quando se proclama a constitucionalidade do enunciado; 1.2) decisões desestimatorias interpretativas, que corresponde a uma pronúncia de constitucionalidade condicionada à observância da interpretação fixada pelo Tribunal na fundamentação; 1.3) outros tipos de decisões desestimatorias.

No segundo grupo (decisões estimatorias) é possível identificar 2.1) decisões estimatorias totais, em que se pronuncia a inconstitucionalidade e a nulidade da integralidade dos enunciados controlados; 2.2) decisões estimatorias parciais, nas quais pode-se distinguir as 2.2.1) decisões estimatorias parciais *quanto ao enunciado*, em que se pronuncia a inconstitucionalidade de uma ou mais palavras do texto impugnado e as 2.2.2) decisões estimatorias parciais *quanto à norma* (ou *sem redução de texto*), em que se pronuncia a inconstitucionalidade de uma ou mais de uma norma passível de formulação com base no texto controlado, razão pela qual também podem ser denominadas “decisões interpretativas estimatorias”, cabendo nova distinção entre 2.2.2.1) decisões estimatorias *em sentido estrito*, em que se pronuncia a inconstitucionalidade de uma norma derivável *alternativamente* da interpretação do enunciado, em verdadeira pronúncia de inconstitucionalidade condicionada e 2.2.2.2) decisões manipulativas, em que se pronuncia a inconstitucionalidade de uma norma ou parte do conteúdo normativo derivado *conjuntamente* da interpretação do enunciado. Estas decisões manipulativas, por

sua vez, podem ser classificadas como 2.2.2.2.1) Decisões redutoras, 2.2.2.2.2) Decisões aditivas ou 2.2.2.2.3) Decisões substitutivas, consoante a decisão reduza, amplie ou substitua o âmbito normativo derivável do texto controlado.

Ainda no segundo grupo, Revorio identifica a possibilidade de existirem 2.3) Outros tipos de decisões estimatórias, como o caso da pronúncia de inconstitucionalidade sem aplicação de nulidade

Ademais, aplicando o critério material (efeito da decisão sobre o enunciado), Revorio encontra outros dois grandes grupos de decisões, a saber: 1) decisões desestimatórias puras, em que não se conhece da questão de constitucionalidade ou se pronuncia a constitucionalidade do enunciado; 2) Decisões estimatórias parciais, em que podemos identificar as 2.1) Decisões que afetam parte do texto e 2.2) Decisões que afetam parte das normas formuláveis com base no texto, sem alterar este, denominadas apropriadamente de *decisões interpretativas*. As decisões interpretativas podem ser 2.2.1) Decisões interpretativas em *sentido estrito*, pelas quais (independentemente de o dispositivo pronunciar a inconstitucionalidade parcial ou a constitucionalidade condicionada) ou se descarta uma ou mais normas incompatíveis com a Constituição ou se elege uma única compatível; ou ainda 2.2.2) Decisões materialmente manipulativas, pelas quais se pratica, independentemente do que disponha o dispositivo da decisão, uma 2.2.2.1) redução, 2.2.2.2) ampliação ou 2.2.2.3) substituição do âmbito normativo.

Todos os elementos da classificação acima podem ser resumidos no seguinte quadro, formulado por Jeveaux²³²:

²³² JEVEAUX, Geovany Cardoso. **As decisões interpretativas tomadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito constitucionalizador do direito ordinário**. Artigo Inédito. Vitória: 2006, p. 27.

CRITÉRIOS	FORMAL	decisões desestimatórias	puras ou simples			
			interpretativas			
			outras	de apelo ao legislador		
				de ameaça de estimação futura		
		decisões estimatórias	total			
			parcial	a respeito do texto		
				a respeito da norma	em sentido estrito	
					manipulativas	reductoras
	aditivas					
	substitutivas					
	outros tipos	pronúncia de inconstitucionalidade sem nulidade ¹¹				
		com efeito <i>pro futuro</i>				
	MATERIAL	decisões desestimatórias puras				
		decisões estimatórias parciais	de parte do texto			
que não alteram o texto			em sentido estrito			
			manipulativas	reductoras		
				aditivas		
substitutivas						

Como é possível verificar, a Espanha, a semelhança da Itália, surge como o país no qual há a mais rica tipologia de decisões interpretativas, todas elas abarcadas pela classificação de Revorio, tal qual deduzida acima.

4.3.6 Algumas conclusões

Pudemos verificar da análise das diversas experiências estrangeiras acerca das decisões interpretativas que estas prosperaram na jurisprudência dos distintos Tribunais Constitucionais com fundamento na distinção entre texto e norma, tal qual empreendida neste trabalho.

Há distintos fundamentos justificadores da adoção das decisões interpretativas, consistindo o mais constante deles, tanto no sistema europeu continental (com exceção da França) quanto no sistema Anglo-saxão (com exceção da Inglaterra), a necessidade de auto-contenção judicial mediante um comportamento de

deferência ao Legislador democrático²³³, já que a pronúncia de inconstitucionalidade, além de ser vista como causadora de uma tensão entre o Tribunal Constitucional e o Poder Legislativo, pode causar empecilhos à continuidade jurídica do sistema, como a produção de vazios normativos que dependeriam de nova atuação legislativa para serem sanados.

Deste comportamento de deferência ao Legislador decorrem outros dogmas aplicados no âmbito das decisões interpretativas, como o princípio da conservação de normas, a presunção de constitucionalidade das leis (também entendida no sentido de que “o Legislador não quis violar a Constituição”) e a unidade do Ordenamento jurídico.

As decisões interpretativas, assim consideradas aquelas decisões da jurisdição constitucional que não atuam sobre o texto normativo, mas sim sobre o significado dele derivado (norma jurídica) são classificadas sob as mais distintas denominações de acordo com o país no qual o fenômeno se faça presente. Neste aspecto, porém, a classificação empreendida por Revorio²³⁴ é a mais completa de que se tem notícia, pois isola com clareza as situações em que a decisão exclui uma ou mais normas, deixando o texto inalterado, das outras em que é estabelecida uma única interpretação possível e estabelecida, pois, uma pretensa univocidade significativa do enunciado. Por tal completude, buscaremos utilizar tal classificação como parâmetro para a análise da jurisprudência do STF no próximo capítulo, sem descurar da nomenclatura já utilizada por nossa Corte Constitucional.

²³³ Na França e na Inglaterra, de outra banda, predomina a necessidade de conformação das leis a uma norma superior, seja a Constituição em si, como na França, seja ela a Convenção Européia dos Direitos Humanos, na Inglaterra.

²³⁴ REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, pp. 60-66.

5 AS DECISÕES INTERPRETATIVAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

5.1 ANTECEDENTE HISTÓRICO: A REPRESENTAÇÃO INTERPRETATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967

Muito embora as decisões interpretativas somente tenham sido adotadas com alguma relevância pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir da segunda metade da década de 80 do século XX, muitos anos antes já existia no sistema constitucional brasileiro um instituto que pode ser considerado o verdadeiro predecessor das mais conhecidas “interpretação conforme a Constituição” e “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, a saber: a representação para interpretação de lei.

Tal instituto foi criado pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977, apelidada na época de “Reforma do Judiciário”. Referida emenda acrescentou uma alínea “I” ao artigo 119 da Constituição então vigente, estabelecendo a competência do STF para julgar “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

Referida representação foi regulamentada pelo artigo 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, uma vez publicada a conclusão e a ementa do acórdão do julgamento, “a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos”.

Em um dos primeiros julgamentos do Supremo Tribunal Federal em que se perquiriu acerca da possibilidade de adoção de decisões interpretativas, a Procuradoria da República aduziu que

... a "interpretação conforme o texto constitucional", quando verificada em ação direta, parece implicar, no nosso sistema, autêntica conversão da representação de inconstitucionalidade em representação interpretativa (CF, art. 119, I, "I"; RISTF, arts. 179/187), sendo aplicável, pois, a regra do art. 187, do RISTF ("efeito vinculante da interpretação")²³⁵.

Abordando a chamada "ação direta interpretativa", afirma Tavares²³⁶ que tal modalidade consistiria no deslocamento da função interpretativa, que de instrumento para o exercício das demais competências do Tribunal Constitucional, converter-se-ia em objetivo final de sua atividade. "Nessas circunstâncias, ao Tribunal Constitucional incumbirá desenvolver, como atividade-fim, a interpretação".

Citado instrumento, editado ainda sob o manto de um Estado autoritário, tinha o nítido intuito de servir como instrumento de força do governo, que poderia imediatamente aniquilar uma determinada interpretação "controvertida" que lhe fosse contrária mediante a rápida provocação do órgão de cúpula do Judiciário, em muito similar à configuração inicial da Ação Declaratória de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.

Néri da Silveira²³⁷, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, buscou apartar a por ele chamada "interpretação jurídica com eficácia normativa" das decisões interpretativas

Nesse sentido, bem de ver é, assim, a diferença entre a interpretação de norma conforme a Constituição, no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, e a interpretação de lei, com eficácia normativa, instituto do regime da Constituição anterior, introduzido pela Emenda

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação julgada procedente para pronunciar a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 65 da LC 35/73**. Rp 1417. Procurador Geral da República x Congresso Nacional. Rel. Min. Moreira Alves. J. 09.12.87. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

²³⁶ TAVARES, André Ramos. **Teoria de Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 251.

²³⁷ Néri da Silveira é contra o aborto de anencéfalos . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 413, ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=602>>. Acesso em: 16 mai. 2006.

Constitucional n° 7, de 13.04.1977, ao conferir ao STF competência com vista a processar e julgar, originariamente, representação do Procurador-Geral da República "para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual" (Emenda Constitucional n° 1/1969, art. 119, I, "i"). Segundo a disciplina regimental expedida pelo STF, na Emenda Regimental n° 7, de 23.8.1978, após o julgamento da representação, o sentido e alcance da lei ou ato normativo federal ou estadual seriam os fixados na interpretação proclamada, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado, cumprindo considerar existente, em princípio, violação a literal disposição de lei para os efeitos do art. 485, V, do CPC, ou negativa de vigência da lei, se federal, aos fins do recurso extraordinário, com apoio no art. 119, III, alínea "a", da Emenda Constitucional n° 1/1969, consoante examinei a espécie no trabalho intitulado "O Supremo Tribunal Federal e a Interpretação Jurídica com Eficácia Normativa", inserto em "Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal", Editora Universidade de Brasília, 1982, págs. 131/153. Cuidava-se, aí, de medida adotada, apenas, em situações especiais em que interesse público superior estivesse a justificar, desde logo, o pronunciamento do Alto Tribunal do País, que detinha, então, a competência não só de guardião da Constituição, mas também da unidade do direito federal infraconstitucional e da uniformidade de sua interpretação. Tal instrumento, que não era de controle de constitucionalidade, veio, todavia, a ser extinto no sistema da Constituição de 1988.

Embora seja sustentável uma sutil diferença entre a natureza jurídica da "interpretação com eficácia normativa" e a interpretação conforme à Constituição, é certo que ambas são decisões interpretativas, vez que atuam selecionando, inclusive com força vinculante, um único significado "correto". A diferença é que, enquanto na interpretação conforme este significado é assim eleito sob o argumento de ser o único compatível com a Constituição, na representação interpretativa esta eleição obedeceria a critérios hermenêuticos tradicionais.

O número de representações para a interpretação de lei de fato julgadas pelo STF não foi grande. A Excelsa Corte, porém, chegou a afirmar, por exemplo, que

Dá ensejo a interpretação de lei, em tese, pelo Supremo Tribunal Federal, em processo de representação, o conflito interpretativo instaurado em grande número de demandas judiciais em curso, congestionando a justiça e causando perplexidade aos litigantes, ao

propósito do critério legal vigente sobre o reajuste das prestações da casa própria financiada pelo S.F.H.²³⁸.

Também no que tange a tal instituto, foi negada a possibilidade de estabelecer a uniformização semântica de normas constitucionais²³⁹. A jurisprudência do STF posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 se direcionou no sentido de que a “representação interpretativa”, não tendo sido mencionada no novo texto constitucional, consistiria em instituto revogado, daí inaplicável na nova sistemática constitucional²⁴⁰.

Todavia, certo é que, embora não tenha sido aplicada em larga escala pela Suprema Corte a partir de sua criação, em 1977, a chamada “representação interpretativa” consistiu na primeira modalidade de decisão interpretativa prevista no Direito Constitucional Brasileiro, podendo ser considerada precedente histórico da “interpretação conforme à Constituição” e da “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”.

Passaremos, a seguir, à análise da doutrina brasileira acerca das decisões interpretativas, para que possamos situar em que estágio se encontra a discussão doutrinária do tema analisado nesta Dissertação.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação conhecida em parte, para declaração de interpretação das normas legais, em referência.** Rp 1288. Procurador Geral da República x Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Rafael Mayer. J. 01.10.1986. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

²³⁹ “REPRESENTAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE TEXTO CONSTITUCIONAIS (ART. 119, I, 1, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). INADMISSIBILIDADE. O texto constitucional autoriza ao procurador-geral da república pedir a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. não lhe facultou pedir a interpretação em tese de texto constitucional. representação não conhecida”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação não conhecida.** Rp 1273. Procurador Geral da República x Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Oscar Corrêa. J. 26.09.1985. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.)

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial indeferida.** ADI-QO 174. Procurador Geral da República x Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 21/03/1990. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

5.2 A DOUTRINA BRASILEIRA ACERCA DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS

Neste tópico buscaremos traçar o atual “estado da arte” das decisões interpretativas no âmbito da ciência do direito constitucional brasileiro²⁴¹. Ao contrário do que aconteceu, por exemplo, na Itália, onde a doutrina antes mesmo da instalação do Tribunal Constitucional já formulava os pressupostos de adoção das decisões interpretativas, no Brasil é o Supremo Tribunal Federal que inaugura a categoria mediante a utilização das técnicas de “interpretação conforme a Constituição” e a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, importadas da Alemanha.

Assim, a atividade doutrinária acerca das decisões interpretativas consiste numa busca de seus fundamentos e características somente após sua adoção pelo STF. Na maior parte das ocasiões é feita referência à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão como fonte de conhecimento acerca de tais técnicas decisórias, ignorando-se a experiência estrangeira dos demais países, conforme exposta no capítulo anterior.

Buscaremos, a seguir, apresentar de forma sintética as opiniões da doutrina constitucional brasileira acerca das decisões interpretativas, de acordo com os aspectos expostos no título de cada sub-item. Advertimos que muito embora as referências doutrinárias sejam feitas, em regra, à espécie “interpretação conforme a Constituição”, consideraremos a observação doutrinária como válida para o gênero “decisão interpretativa”, que engloba tanto a interpretação conforme quanto a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”.

²⁴¹ Para tanto foram utilizados não somente autores brasileiros, mas também autores portugueses que são regularmente citados no meio doutrinário.

As manifestações doutrinárias a respeito do tema podem ser separadas em três tópicos-chave, a saber: 1) fundamentos que justificam sua utilização, 2) critérios de distinção entre a “interpretação conforme à Constituição” e a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” e 3) os limites do Supremo Tribunal Federal na adoção das decisões interpretativas.

5.2.1 Fundamentos da utilização das decisões interpretativas

A respeito dos fundamentos que autorizariam o Supremo Tribunal Federal a adotar decisões interpretativas, há aqueles que, como Celso Bastos²⁴², atestem se tratar o instituto de “...uma decorrência da supremacia da Constituição...”. Este é o caso de Eduardo Appio²⁴³, Lenio Streck²⁴⁴, Canotilho²⁴⁵ e Fernando Osorio de Almeida Júnior²⁴⁶.

Por outro lado, Araújo e Nunes Júnior²⁴⁷, Neves²⁴⁸, Bonavides²⁴⁹, Sampaio²⁵⁰, Fischer²⁵¹ e Coelho²⁵², encontram o fundamento das decisões interpretativas na presunção de constitucionalidade.

²⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, pp. 172.

²⁴³ APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 31, 36. Este autor também destaca a importância da “unidade ontológica da Constituição” para a justificação de tais decisões.

²⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 443.

²⁴⁵ Canotilho concebe o fenômeno como “princípio de interpretação da Constituição”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 19XX p. 1.189)

²⁴⁶ ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Osório. **Interpretação conforme a Constituição e Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 20.

²⁴⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66

²⁴⁸ NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 146.

Há ainda a concepção de Jorge Miranda²⁵³, para quem a interpretação conforme à Constituição se justifica “...em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos actos jurídicos - e não de uma presunção de constitucionalidade da norma”.

Barroso²⁵⁴, sem negar a influência deste “princípio do máximo aproveitamento” dos atos jurídicos e da harmonia entre os Poderes, entende que as decisões interpretativas guardam “...suas conexões com a unidade do ordenamento jurídico e, dentro desta, com a supremacia da Constituição”. No mesmo sentido é o posicionamento de Sicca²⁵⁵.

Mendes²⁵⁶ apresenta diversos fundamentos justificadores da adoção de decisões interpretativas, entre eles a unidade da ordem jurídica, a presunção de constitucionalidade das leis e o princípio de conservação das normas jurídicas, segundo o qual, na dúvida acerca da constitucionalidade de um dispositivo deve-se adotar interpretação que o torne admissível perante a Constituição. Este princípio da conservação, por sua vez, se fundamenta não somente na segurança

²⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 518.

²⁵⁰ Para este autor, com as decisões interpretativas busca-se “respeitar a presunção democrática de legitimidade constitucional da lei”. (SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 828.)

²⁵¹ Tal autor também elege como relevantes o princípio da conservação de normas e a interpretação sistemático-teleológica do Direito. (FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 378p)

²⁵² COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 137.

²⁵³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 264.

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 192.

²⁵⁵ SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição – *Verfassungskonforme Auslegung* – no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: ano 36, n. 143, jul/set. 1999. p. 20 (pp. 19-34)

²⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 260.

jurídica e na “... presunção de um funcionamento regular da atividade legislativa, mas também mediante o reconhecimento da supremacia do legislador na concretização e realização da Constituição”.

Tavares²⁵⁷ entende que a interpretação conforme a Constituição decorre da “função estruturante” do Tribunal Constitucional, na medida em que

...explora o enunciado da lei e as normas que dele se poderiam obter, para realizar uma seleção daquelas que seriam inconstitucionais, oferecendo pelo menos uma que esteja em consonância com a Constituição.

[...]

Considera-se função estruturante na medida em que afasta aquelas interpretações consideradas incompatíveis com a Constituição, selecionando a que lhe seja congruente.

Há críticas consistentes de Silva²⁵⁸ acerca da validade da menção da unidade do ordenamento (que importa na idéia de supremacia constitucional) e da presunção de constitucionalidade das leis como fundamentos das decisões interpretativas. O primeiro fundamento seria inaplicável porque a pronúncia de inconstitucionalidade, por si só, já seria hábil a atingir a finalidade de utilizar a Constituição como parâmetro hermenêutico²⁵⁹. Já o segundo fundamento não estaria apto a justificar as decisões interpretativas, vez que há inúmeras outras presunções que devem ser levadas em consideração quando do momento de optar ou não pela decisão interpretativa, sendo a presunção de constitucionalidade somente uma delas. Além do mais, segundo o mesmo autor, não se poderia simplesmente transportar o raciocínio comum das presunções fáticas às presunções normativas, já que constitucionalidade e inconstitucionalidade não se provam.

²⁵⁷ TAVARES, André Ramos. **Teoria de Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 271-272.

²⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial. **Cuestiones Constitucionales**. Núm. 12, Jan-Jun 2005, p. 13-14. O autor cita o exemplo da presunção “in dúbio pro libertate”, que seria melhor tutelada em caso de pronúncia de inconstitucionalidade do que com a adoção uma decisão interpretativa.

²⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial. **Cuestiones Constitucionales**. Núm. 12, Jan-Jun 2005, p. 9.

Assim, no que diz respeito aos fundamentos justificadores da adoção de decisões interpretativas pelo Supremo Tribunal Federal, a doutrina elege, basicamente, os seguintes: a) supremacia da Constituição, da qual deriva a unidade do ordenamento jurídico, b) presunção de constitucionalidade das leis, c) princípio de economia ou máximo aproveitamento dos atos legislativos d) harmonia entre os Poderes ou deferência ao Legislador.

Poderíamos, ainda, destacar como fundamento relevante para as decisões interpretativas a expressão de um ativismo judicial, ou seja, de um poder discricionário de interpretação da Constituição, exercido pelas Cortes Constitucionais.

5.2.1.1 Crítica

Sob a ótica da Supremacia da Constituição, as decisões interpretativas teriam o mesmo fundamento que o próprio controle de constitucionalidade das normas, ou seja, a necessidade de conservar a Supremacia Constitucional. Assim, não nos parece que a necessidade de garantir a superioridade da Constituição possa, por si só, racionalizar completamente a utilização de tais decisões, vez que ela também justifica a pronúncia de inconstitucionalidade.

Tal fundamento parece também contraditório com o princípio do máximo aproveitamento ou conservação de normas, que se faz sempre em benefício de um dispositivo infraconstitucional, e não de um enunciado constitucional, que a rigor deveria prevalecer em razão de sua superioridade hierárquica. Ademais, se a conservação do preceito infraconstitucional vem acompanhada de efeito vinculante, tal atividade importará numa fictícia elevação do preceito legal ao nível constitucional, ganhando assim supremacia quase equivalente ao parâmetro constitucional.

Por sua vez, a presunção de constitucionalidade das leis, também não consegue, por si só, justificar razoavelmente a adoção de decisões interpretativas, haja vista que, ao proferir tais espécies de decisão, haverá certeza por parte do Tribunal Constitucional acerca da inconstitucionalidade de uma ou mais opções interpretativas formuláveis com base no enunciado analisado, o que motiva o órgão ou a excluir a norma jurídica inconstitucional ou a eleger a única norma jurídica que seria compatível com a Constituição.

Ademais, apenas as derivações da presunção de constitucionalidade da lei, a saber, os princípios do máximo aproveitamento e da harmonia entre os Poderes, que representam, em última instância, um posicionamento metodológico de deferência ao Legislador e auto-contenção judicial, são hábeis para justificar a utilização das decisões interpretativas.

Todavia, a própria utilização das decisões interpretativas pelo STF, embora fundadas numa posição de respeito ao Legislador e de auto-contenção judicial (no que diz respeito à manutenção do enunciado controlado no Ordenamento), demandam uma alta dose de discricionariedade para se implementar, o que importa num necessário ativismo judicial que, no Brasil, não conhece uma corrente antagonista, como ocorre nos Estados Unidos com os originalistas. Por isso, em boa medida, a também em razão da discricionariedade reconhecida no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, a discricionariedade interpretativa do Supremo apresenta-se também como justificativa para a utilização das decisões interpretativas.

Como visto no capítulo 3, o controle jurisdicional de constitucionalidade importa num tensionamento entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Como ensina Silva²⁶⁰, em interpretação livre: “A interpretação das leis e o controle de

²⁶⁰ Segue o original: “La interpretación de las leyes y el control de constitucionalidad ejercidos por el Poder Judicial significan siempre un punto de fricción entre este poder y el Legislativo”.

constitucionalidade exercidos pelo Poder Judiciário significam sempre um ponto de fricção entre este Poder e o Legislativo”.

Logo, em nossa opinião, as decisões interpretativas justificam-se em razão da necessidade de harmonia entre os Poderes e busca pela estabilidade necessária ao Estado de Direito, sendo de todo salutar a aplicação de instrumentos jurídicos que viabilizem tal harmonia institucional atingindo resultados práticos similares, como afirma Bofill.²⁶¹ Para a obtenção de tais resultados, porém, torna-se imprescindível partir de uma posição de auto-contenção judicial para um estágio final em que se aplicam altas doses de ativismo na interpretação dos enunciados legais frente à Constituição, razão pela qual a discricionariedade do STF também surge como fundamento para a utilização das decisões interpretativas.

5.2.2 A distinção entre a “interpretação conforme a Constituição” e a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”

Outro ponto sobre o qual se debruça a doutrina brasileira corresponde à real distinção entre a “interpretação conforme a Constituição” e a “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”. Referida diferenciação coincide em parte com a classificação adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão, como visto no capítulo anterior, assumindo características diferentes entre si.

A “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” consistiu em evolução da distinção entre inconstitucionalidade total e parcial e, dentre estas últimas, aquelas que afetavam uma parte do texto da lei (palavras, incisos ou parágrafos - e por

(SILVA, Virgílio Afonso da. La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial. **Cuestiones Constitucionales**. Núm. 12, Jan-Jun 2005, p.7.)

²⁶¹ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 30.

isso denominadas de decisões de inconstitucionalidade parcial quantitativa) daquelas que deixavam o texto legislativo intacto, afetando apenas seu significado para excluir uma dada norma jurídica inconstitucional (denominadas por isso de decisões de inconstitucionalidade parcial qualitativa). Desta forma, tais decisões importam em uma efetiva pronúncia de inconstitucionalidade com nulidade aplicada apenas a um significado do texto, deixando em aberto a possibilidade de atribuir outros significados admissíveis aquele texto, que não sejam aquele expressamente excluído pela Corte.

Já a “interpretação conforme a Constituição” insere-se, perante a Corte Alemã, no contexto das “declarações de conformidade” e consiste basicamente numa declaração condicionada de constitucionalidade, na qual se estabelece como constitucionalmente admissível um único significado do texto, de forma que todos os outros seriam inconstitucionais.

Esta distinção, além de prestigiada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passou a desfrutar de previsão legislativa segundo a qual a pronúncia de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, “...inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante...”²⁶².

Vejamos então como a ciência do direito constitucional brasileiro tem encarado esta distinção decorrente da jurisprudência Alemã e acolhida pelo STF e pelo próprio Legislador.

²⁶² BRASIL. Lei Federal n° 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 03.09.05.

Veloso²⁶³ aborda somente a interpretação conforme à Constituição como técnica interpretativa, qualificando-a como uma declaração de constitucionalidade condicionada à observância da interpretação estabelecida:

Quando utiliza este mecanismo de controle de constitucionalidade, elegendo a alternativa interpretativa que é compatível com a Carta Magna, o órgão jurisdicional está afirmando que a norma impugnada é constitucional, com a interpretação que a concilia com a Lei Fundamental, e, por conseguinte, está declarando a inconstitucionalidade do dispositivo, segundo a interpretação que apresenta antagonismo à Constituição.

[...]

...nesta espécie de controle jurisdicional, o texto normativo permanece íntegro e inalterado. O órgão jurisdicional determina, entretanto, que são ilegítimas algumas hipóteses interpretativas, eliminando-as, dada sua incompatibilidade com a Constituição, indicando, outrossim, o sentido da norma que se harmoniza com a Carta Magna.

Assim, na opinião do autor citado, a utilização da interpretação conforme à Constituição importaria numa “decisão dúplice”, pois de um lado estabeleceria que uma dada norma derivável do texto é constitucional, ao passo que todas as demais (igualmente deriváveis do mesmo texto legislativo) seriam inconstitucionais.

Para Sicca²⁶⁴, na interpretação conforme à Constituição a lei mantém suas hipóteses de aplicação, limitando-se o Tribunal a declarar uma interpretação que impeça a utilização da norma de forma inconstitucional, ao passo que na declaração de nulidade sem redução de texto a norma não subsiste sem que se determine quais as hipóteses em que ela pode ser aplicada e quais as hipóteses previstas no seu texto que devem ser excluídas.

²⁶³ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 171.

²⁶⁴ SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição – *Verfassungskonforme Auslegung* – no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: ano 36, n. 143, jul/set. 1999. p. 10.

Para Amaral Júnior²⁶⁵, enquanto a interpretação conforme limita-se a uma técnica de hermenêutica, a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto consiste em efetiva pronúncia de inconstitucionalidade.

Já no entender de Sampaio²⁶⁶, a distinção dependeria diretamente de um critério formal, ou seja, se a decisão foi no sentido da improcedência ou da procedência da ação de inconstitucionalidade:

A distinção pode aparecer na forma como vem expressa uma e outra, sobretudo no alcance e efeitos da decisão. Pode-se extremar, assim, a improcedência da ação, na primeira hipótese, da procedência dela, na segunda.

[...]

Além do mais, parece que a distinção pode ganhar ares ainda mais rarefeitos se deixarmos de olhar para o dispositivo e prestarmos atenção ao âmbito ou conteúdo normativos, visto que em ambos os casos haverá uma redução de sua substância prescritiva.

Ainda para Sampaio²⁶⁷, “...a inconstitucionalidade parcial reduz o âmbito subjetivo, objetivo, temporal ou espacial do dispositivo de norma, mediante a inclusão de uma cláusula restritiva de exceção ou de especificação”.

Reis²⁶⁸ busca identificar ambas as técnicas com as decisões interpretativas, já que nenhuma das duas afeta os dispositivos legais, mas as normas jurídicas dele derivadas:

Nesse sentido, imperioso referir que a interpretação conforme à Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto podem ser consideradas decisões interpretativas, a despeito de suas diferenças,

²⁶⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Da necessária distinção entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 2, n. 24, abr. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=132>>. Acesso em: 01 fev. 2006.

²⁶⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 212-213.

²⁶⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 222-223.

²⁶⁸ REIS, Maurício Martins. A interpretação conforme à Constituição como garantia inerente ao princípio da inafastabilidade jurisdicional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 160, 13 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4533>>. Acesso em: 01 fev. 2006.

uma vez que em ambas não há modificação do texto legal, mas o dimensionamento qualitativo de sua extensão aplicativa. Enquanto naquela se tem a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, nesta ocorre a hipótese de exclusão de determinada leitura tida por inconstitucional.

Ferrari²⁶⁹ aparenta distinguir ambos em razão do resultado da ação de inconstitucionalidade, ao focar a distinção nos elementos “pronúncia de inconstitucionalidade” e “limitação das hipóteses de aplicação do texto”:

...a interpretação conforme à Constituição traduz a pronúncia de constitucionalidade de uma ou de algumas possibilidades de interpretação, em virtude da adoção daquela que se adapta à Constituição. Já a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto vem limitar a hipótese de aplicação do texto, sem afetar sua expressão literal, sem alterar a vontade do legislador objetivada na norma.

No entender de Marinoni²⁷⁰, a distinção reside no grau de liberdade interpretativa conferido aos demais órgãos estatais (Judiciário e Executivo) de acordo com a adoção de uma ou outra técnica:

Na interpretação conforme, a lei, quando interpretada literalmente, é inconstitucional. Na "declaração parcial de nulidade", ao contrário, a lei não é manifestamente inconstitucional; são algumas interpretações, dadas pelo judiciário ou pela administração, que são inconstitucionais.

[...]

Na declaração parcial de nulidade, os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública ficam proibidos de se valer das interpretações declaradas inconstitucionais, enquanto que, na interpretação conforme, o judiciário e a administração ficam impedidos de realizar outra interpretação que não aquela que foi declarada como a única constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Para Mendes²⁷¹, embora seja inegável existir uma grande semelhança entre ambas as técnicas, consistem elas em institutos distintos, vez que há pronúncia de constitucionalidade em um caso e de inconstitucionalidade em outro:

²⁶⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, pp. 248-249.

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 01 fev. 2006.

Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme à Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal.

No mesmo sentido é o posicionamento de Andrade²⁷², que também busca extremar as duas técnicas aqui mencionadas:

Inconfundíveis, todavia, no plano teórico, as figuras. A interpretação conforme a constituição, enquanto técnica de decisão, impõe a improcedência da ação declaratória de inconstitucionalidade, pois a norma impugnada permanece no ordenamento jurídico, com a interpretação que lhe é dada pelo Tribunal (que encontraria um sentido supostamente harmônico com o texto constitucional).

[...]

Já a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtgerklärung ohne Normtexteduzierung*) se caracteriza pela exclusão de determinada interpretação ou de algum sentido extraível da norma acoimada de inconstitucional. A lei continua a vigor sem alteração de sua expressão literal, mas com eliminação de alguma de suas possibilidades interpretativas.

Também Fischer²⁷³ realiza a distinção entre ambas as figuras com argumentos similares, identificando-as porém em razão da condicionalidade inerente a tais pronunciamentos:

Porém, em termos técnicos, enquanto naquela se tem uma declaração de constitucionalidade, nesta ocorre o inverso, pois declara-se a inconstitucionalidade apenas se verificada determinada situação. A declaração, também aqui, é condicionada, porque não se quer tornar inconstitucional o dispositivo sob todos os aspectos (...), quando apenas

²⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 286.

²⁷² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dimensões da interpretação conforme a Constituição. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (org). **A constitucionalização do direito**: a Constituição como *locus* da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 121.

²⁷³ FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 132.

uma de suas variantes, uma ou alguma de suas possíveis aplicações é que são inconstitucionais.

Já Appio²⁷⁴, por sua vez, considera que a distinção entre ambas as técnicas reside no grau de inconstitucionalidade verificada no texto. Assim, quando se verifica uma inconstitucionalidade “forte”, deve-se aplicar a interpretação conforme, desde que possível encontrar um significado constitucionalmente compatível. Sendo a inconstitucionalidade “fraca”, abra-se caminho para a pronúncia de nulidade parcial sem redução de texto:

Na declaração parcial de nulidade, sem redução de texto, o texto de lei ou ato normativo é substancialmente constitucional. Apenas as variações interpretativas citadas, de modo expreso, na parte dispositiva do acórdão, são expungidas do ordenamento jurídico porque incompatíveis com a Constituição Federal, sendo defeso a qualquer órgão da Administração Pública ou do Judiciário aplicar tal interpretação.

Já na *interpretação conforme à Constituição*, o texto jurídico impugnado é substancialmente inconstitucional, sendo forçosa a declaração de sua nulidade. Todavia, o julgador retira do ordenamento todas as interpretações possíveis, dada a polissemia semântica do texto, à exceção da interpretação conforme contida na motivação do acórdão.

Por sua vez, Silva²⁷⁵, em tradução livre, busca distinguir cada uma das técnicas por razões de competência e de metodologia:

A diferença primordial entre interpretação conforme a Constituição e declaração de nulidade parcial sem modificação de texto consiste no fato de que a primeira, ao pretender dar um significado ao texto legal que seja compatível com a Constituição, se localiza no âmbito de *interpretação* da lei, enquanto que a nulidade parcial sem modificação de texto se localiza no âmbito da *aplicação*, pois pretende excluir alguns casos específicos da aplicação da lei.

²⁷⁴ APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**: instrumento de tutela jurisdiccional dos Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 78.

²⁷⁵ Segue o original: “La diferencia primordial entre interpretación conforme a la Constitución y declaración de nulidad parcial sin modificación de texto consiste en el hecho de que la primera, al pretender dar un significado al texto legal que sea compatible con la Constitución, se ubica en el ámbito de la *interpretación* de la ley, mientras que , la nulidad parcial sin modificación de texto se ubica en el ámbito de la *aplicación*, pues pretende excluir algunos casos específicos de la aplicación de la ley.” (SILVA, Virgilio Afonso da. La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial. **Cuestiones Constitucionales**. Núm. 12, Jan-Jun 2005, pp. 18-19.)

Daí porque as diferenças, segundo tal autor, estariam relacionadas a problemas de competência e de metodologia. A questão de competência se manifestaria no relevante fato de que os juízes alemães (país do qual se importou a distinção) não possuem competência para deixar de aplicar a lei por inconstitucionalidade, pronunciando sua nulidade para o caso concreto, embora possuam competência para proceder à interpretação conforme à Constituição. A não reprodução desta questão de competência no Direito Brasileiro leva o autor a indagar acerca da utilidade na distinção. Pela questão metodológica, ambas as técnicas se assimilam por manterem intocado o texto legislativo, mas se distinguem porque: a) a interpretação conforme a Constituição é uma técnica de interpretação, enquanto a declaração de nulidade parcial sem redução de texto consiste no resultado de um controle de constitucionalidade. b) a interpretação conforme a Constituição visa evitar uma inconstitucionalidade *in abstracto*, enquanto a declaração de nulidade parcial sem redução de texto visa a aplicação da norma *in concreto*.

Barbosa Sobrinho²⁷⁶ enxerga a distinção entre ambas as figuras como obrigatória em razão da conjunção “e” utilizada pelo legislador no artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99. E argumenta o seguinte: a) a interpretação conforme seria uma busca de compatibilização do texto normativo com a Constituição, enquanto a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto consistiria em afastamento de interpretações contrárias à Constituição. b) nas hipóteses em que couber uma das modalidades não caberá a outra.

5.2.2.1 Crítica

Os diferentes critérios de distinção colocados pela doutrina brasileira levam em consideração ora aspectos formais, ora aspectos materiais para chegar à

²⁷⁶ BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99**: processo do controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 79.

diferença entre a “interpretação conforme a Constituição” e a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”.

Em nossa opinião, ambas as figuras são tanto técnicas de interpretação quanto técnicas decisórias a serem aplicadas no controle de constitucionalidade. A distinção entre elas ocorrerá conforme se adote um critério formal ou material, consoante a classificação de Revorio aqui adotada.

Assim, pelo aspecto formal da conclusão a que chega a Corte, enquanto a “interpretação conforme a Constituição” importa numa conclusão pela constitucionalidade condicionada à observância de uma dada interpretação, na “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” a conclusão do acórdão deverá ser pela inconstitucionalidade de um dos distintos significados passíveis de atribuição ao enunciado.

Já pelo aspecto material, a saber, pelos efeitos que a decisão tem sobre as normas passíveis de formulação, a “interpretação conforme a Constituição” importa no estabelecimento de uma norma como constitucionalmente admissível, ao passo que a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” gera a exclusão de uma norma formulável com base naquele texto.

5.2.3 Limites à utilização de decisões interpretativas

Outro ponto que tem sido objeto de investigação corresponde aos limites da atuação do Tribunal Constitucional quando da utilização de decisões interpretativas. Em suma, pretende-se saber até onde pode o Tribunal “interpretar” uma lei à luz da Constituição sem que se esteja criando algo novo, não dedutível do texto normativo. Como é fácil verificar, tal preocupação é típica dos países com tradição jurídica romano-germânico, visto que nas nações que adotam o *common law* a construção interpretativa (*construction*) é vista como algo natural.

Um dos posicionamentos acerca do assunto pode ser resumido na lição de Canotilho, segundo a qual a adoção de decisões interpretativas é limitada pela impossibilidade de interpretações conforme a Constituição, mas que sejam *contra legem*. Este posicionamento “...impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição”²⁷⁷, ainda que o fazendo obtenha uma norma constitucionalmente aceitável.

Complementando seu raciocínio, Canotilho afirma que as decisões interpretativas somente são utilizáveis quando haja um “espaço de interpretação”, ou seja, quando o enunciado comporte múltiplas interpretações. Em função disso, quando não houver este “espaço hermenêutico”, deve o órgão proclamar a inconstitucionalidade do enunciado, jamais tentar corrigi-lo. E ainda, tal técnica deve ser também rejeitada sempre que de sua adoção resultar um resultado distinto daquele pretendido pelo Legislador²⁷⁸.

Bonavides também versa sobre o tema, adotando as limitações auto-impostas pelo Tribunal Constitucional Alemão no famoso aresto de 11 de junho de 1958, a saber: “o sentido claro do texto e o fim contemplado pelo legislador”²⁷⁹. Em suma, para tal autor o juiz jamais pode se substituir ao Legislador, inovando no sentido do texto ainda que seja para conformar a lei perante a Constituição.

Mendes²⁸⁰ sustenta as mesmas limitações, também as colhendo da jurisprudência do Tribunal Alemão, afirmando que “não se deve conferir a uma lei com sentido

²⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 19XX, pp. 1.189-1.190.

²⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 19XX, p. 1.190.

²⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 522.

²⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 261.

inequívoco significação contrária, assim como não deve falsear os objetivos pretendidos pelo legislador”. Também é de Mendes a lição pela qual a Corte não pode, sob o pretexto das decisões interpretativas, proceder a uma correção da lei, por se tornar uma intervenção sobre o produto legislativo mais drástica do que a própria pronúncia de inconstitucionalidade.

Reforçando esta posição segundo a qual as decisões interpretativas não poderiam criar normas que não se depreenderiam do enunciado analisado, Andrade afirma que a decisão interpretativa “...não constitui instrumento de salvação da lei ao custo de uma interpretação forçada, que, ao fim e ao cabo, configure verdadeiro exercício legislativo”²⁸¹.

Barroso segue a mesma linha de Canotilho, acrescentando ainda que “tampouco será legítima uma linha de entendimento que prive o preceito legal de qualquer função útil”.²⁸²

Também Bastos²⁸³ e Sicca²⁸⁴ se posicionam no sentido de que as decisões interpretativas encontram limites na literalidade do texto e na clara intenção do Legislador.

Fischer²⁸⁵ aponta como limites usualmente impostos pela doutrina a literalidade do texto, a vontade do Legislador e a teleologia da lei, apontando este último como

²⁸¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dimensões da interpretação conforme a Constituição. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (org). **A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 109.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 192.

²⁸³ BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. **Revista dos tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**. Ano 6, n. 24, Julho/Setembro de 1998. pp. 45-50. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 282p.

²⁸⁴ SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição – *Verfassungskonforme Auslegung* – no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: ano 36, n. 143, jul/set. 1999, p. 25.

mais razoável, “...já que se a literalidade e a vontade do legislador estivessem claros, das duas uma: ou a norma seria constitucional ou não seria constitucional e não seria necessário qualquer recurso hermenêutico extra”.

Appio²⁸⁶ adota somente em parte as limitações tradicionais, consistentes na limitação à literalidade do texto e na vontade inequívoca do legislador. Segundo este autor, a observância da literalidade somente se justifica quando a lei utiliza enunciado técnicos e a vontade do legislador deve ser inferida pelo próprio juiz, de acordo com o caso analisado.

5.2.3.1 Crítica

Como visto, as limitações aventadas pela doutrina acerca da utilização das decisões interpretativas pela jurisdição constitucional podem ser divididas em limites a) literais, ou b) teleológicos, este último podendo se apresentar como respeito à b.1) vontade do Legislador ou à b.2) vontade da norma.

Todos estes limites representam, em última instância, uma atitude de deferência ao Legislador democrático, como forma de evitar que o resultado da utilização das decisões interpretativas represente uma interferência maior junto ao Poder Legislativo do que a própria pronúncia de inconstitucionalidade do enunciado.

Pelo que podemos notar, há que se fazer uma correta leitura do limite usualmente delimitado como “literalidade da lei”. Não quer ele significar que em toda e qualquer lei analisada a decisão interpretativa deverá por ela estar limitada. Caso

²⁸⁵ FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 128 de 378p.

²⁸⁶ APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 48-49.

assim fosse, seria impossível sequer conceber qualquer decisão interpretativa, visto que a expressão literal é a primeira etapa da atividade hermenêutica. Segundo pensamos, uma leitura mais adequada de tal limitação importaria na assertiva pela qual somente quando a interpretação do enunciado indicar uma única solução hermenêutica, aí sim será incabível a decisão interpretativa. Porém, caso haja mais de uma forma de interpretação do enunciado, em tese serão cabíveis tais decisões. Como aponta Appio²⁸⁷:

Deste modo, a limitação da interpretação conforme à expressão literal do texto parte de uma equivocada premissa de que exista uma literalidade em todos os textos jurídicos, quando, em verdade, todos os textos jurídicos apresentam diversas vias interpretativas, sendo este o material do qual se desincumbe a hermenêutica moderna.

Assim, a literalidade do enunciado somente atuará como limite à aplicação da decisão interpretativa caso não haja o “espaço de decisão” mencionado por Canotilho, ou seja, naquelas situações (excepcionais) em que da análise do texto seja cabível uma única construção normativa.

O limite da “literalidade da lei” acaba por se confundir com a teleologia da norma, visto que é através da análise do produto legislativo e sua interpretação que se chegará a uma conclusão acerca do objetivo perseguido.

No que tange à chamada “vontade inequívoca do Legislador”, que se apresenta como análise do processo legislativo e não da norma em si, acreditamos que seu entendimento deve se dar de acordo com um dos fundamentos da utilização das decisões interpretativas, a saber, a presunção de constitucionalidade da lei enquanto posição de inicial deferência ao Legislador democrático e conservação de normas. Se por um lado, deve-se presumir que o legislador não quis criar uma lei inconstitucional, por outro lado esta presunção é relativa e deve ser possível

²⁸⁷ APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 45-46.

infirmá-la, desde que a análise do processo legislativo permita inferir de forma segura que o Legislador quis de fato produzir uma norma que seria incompatível com a Constituição.

De fato, em situações como tal, o Judiciário não tem motivos para se auto-conter, pois o Legislador trai a confiança a ele conferida ao manifestar uma vontade de ferir a Constituição. Inexistindo dúvidas acerca disso, deve-se pronunciar a inconstitucionalidade da lei, já que adaptá-la para que se apresente em conformidade com a Constituição importaria em criar uma norma não desejada pelo Poder Legislativo e, como tal, usurpar função essencial daquele Poder.

Por outro lado, esta limitação só tem sentido quando seja possível chegar a uma conclusão uniforme e segura da interpretação do processo legislativo. Caso, todavia, a interpretação dos fatos ocorridos quando da formação da lei permitam conclusões díspares acerca da real vontade do Legislador, não se deve obstaculizar a decisão interpretativa, visto que neste caso não haverá, em último caso, violação do dogma da Separação de Poderes.

5.3 A JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS: A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

Ao pretender analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o grande número de julgados que encontramos nos forçou a adotar alguns critérios de seleção para que este trabalho pudesse atingir seus objetivos de forma viável. Desta forma, analisamos Acórdãos proferidos pelo STF tão somente quando do exercício do controle de constitucionalidade em abstrato (ADIn, ADC ou ADPF). Dentro deste grupo, não foram analisadas as decisões de deferimento ou

indeferimento de liminares, mas tão somente os acórdãos que julgaram o mérito das ações.

Buscamos ainda selecionar Acórdãos localizados, a princípio, em dois momentos distintos da Corte: 1) sob a Constituição de 1967 e 2) sob a Constituição de 1988. Dentro deste segundo grupo, estabelecemos nova divisão, visando situar os julgamentos conforme tivessem eles ocorrido: 2.1) antes da Emenda Constitucional nº 3; 2.2) depois da Emenda Constitucional nº 3 e antes da edição da Lei nº 9.868/99 e 2.3) depois da Lei nº 9.868/99. Os acórdãos foram apresentados no texto em ordem cronológica.

Estes marcos legislativos pós-1988 se deram em razão do fato de a Emenda Constitucional nº 3 ter estabelecido expressamente o efeito vinculante das decisões do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade quando realizado mediante Ação Declaratória de Constitucionalidade e também em razão de a Lei nº 9.868/99 ter previsto, expressamente, além do efeito vinculante de toda e qualquer decisão de controle abstrato, as figuras da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, formas de decisão interpretativa já adotadas na Alemanha.

Buscou-se, ainda, selecionar os acórdãos posteriores a 1988 de forma a espelhar o real posicionamento de cada Ministro da Corte, razão pela qual nos acórdãos analisados há, na medida do possível, um Ministro diferente na relatoria. Também buscou-se espelhar o posicionamento dos Ministros da Corte em sua atuação anterior a tal condição, como nos casos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes. Sempre que possível, optou-se por selecionar acórdãos que conjugassem este critério com outros aspectos importantes, como a definição dos critérios e dos limites na utilização das decisões interpretativas.

5.3.1 Julgamentos perante a Constituição de 1967

Como afirmado anteriormente, a competência para que o Supremo Tribunal Federal julgasse uma “representação interpretativa” foi considerada como antecedente histórico da adoção das decisões interpretativas por aquela Corte. Também é relevante anotar que, conforme aduzido por Mendes²⁸⁸, a prática de adotar decisões interpretativas não é assim tão nova no Supremo Tribunal Federal, visto que, mesmo sem utilizar a força vinculante da decisão proferida em representação interpretativa, já se verificava na Corte uma tendência para rejeições de inconstitucionalidade de normas, condicionadas (ainda que implicitamente) à interpretação dada pelo STF²⁸⁹.

Passaremos, em seguida, à análise dos acórdãos selecionados, após o que se pretende tirar algumas conclusões sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca das decisões interpretativas.

5.3.1.1 Rep. 1.417

A Representação 1.417, julgada em 06/05/87, foi apresentada pelo então Procurador Geral da República, Sepúlveda Pertence, como “representação alternativa por inconstitucionalidade ou para interpretação” do disposto no § 3º da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN (Lei Complementar nº 35/79) na redação introduzida pela Lei Complementar nº 54, de 22.12.86.

A controvérsia girava em torno da constitucionalidade do enunciado que aparentemente autorizava os Tribunais de Justiça a instituírem, independentemente de lei ordinária estadual, ajudas de custo para moradia e transporte de magistrados:

²⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 317.

²⁸⁹ Assim ocorreu, por exemplo, na Representação de Inconstitucionalidade nº 948, j. em 27/10/1976.

Art. 65 - Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

I - ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança;

II - ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado.

[...]

§ 3º Caberá ao respectivo Tribunal, para aplicação do disposto nos incisos I e II deste artigo, conceder ao Magistrado auxílio-transporte em até 25% (vinte e cinco por cento), auxílio-moradia em até 30% (trinta por cento), calculados os respectivos percentuais sobre os vencimentos e cessando qualquer benefício indireto que, ao mesmo título, venha sendo recebido.

Segundo a PGR, seria possível interpretar o enunciado no sentido de que a necessidade de lei ordinária estadual autorizando a concessão das ajudas de custo estaria implícita e decorreria de interpretação sistemática, muito embora tenha reconhecido que “outorgar direta e imediatamente a cada Tribunal essa competência normativa parece ter sido efetivamente a intenção dos inspiradores da emenda parlamentar, de que resultou o § 3º”²⁹⁰.

Ao fundamentar seu pedido de aplicação da interpretação conforme a Constituição, a PGR cita a presunção de constitucionalidade das leis, citando lição de Lúcio Bittencourt segundo a qual “...o dever da Corte é adotar aquela construção que salve a lei do vício de inconstitucionalidade”. Menciona ainda as experiências alemã e italiana, nas quais a utilização da técnica se fundaria na supremacia e na unidade da Constituição. Citando ainda parecer do então Procurador da República Gilmar Mendes, a PGR sustentou que a técnica de interpretação conforme, “...quando verificada em ação direta, parece implicar, no

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação julgada procedente para pronunciar a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 65 da LC 35/73**. Rp 1417. Procurador Geral da República x Congresso Nacional. Rel. Min. Moreira Alves. J. 09.12.87. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

nosso sistema, autêntica conversão da representação por inconstitucionalidade em representação interpretativa”²⁹¹.

A Procuradoria Geral da República terminou sua sustentação acerca das decisões interpretativas afirmando que:

Desse modo, na hipótese que nos interessa, declarada, com força normativa de interpretação autêntica, a *interpretação conforme à Constituição*, salva-se a lei, mas, simultaneamente, se veda a sua aplicação inconstitucional.

Desse modo, entendia a PGR que a mera declaração da constitucionalidade do dispositivo, ainda que condicionada à interpretação estabelecida pela Corte, não seria suficiente para vincular os demais agentes hermenêuticos, sendo pois necessário adotar o expediente da “representação interpretativa” para conferir eficácia vinculante ao significado condicionador da constitucionalidade.

O Relator, Ministro Moreira Alves, iniciou seu voto já apontando pela impossibilidade de atender ao pleito da PGR, em razão das restrições existentes na “interpretação conforme a Constituição”, por ele tratada não como mera “regra de interpretação”, mas também como princípio atuante no controle da constitucionalidade.

Prosseguindo em seu voto, Moreira Alves apontou a doutrina alemã como responsável pelo aprofundamento do tema da interpretação **conforme**, citando ensinamentos de Jorge Miranda, o qual rejeita a presunção de constitucionalidade como seu fundamento. Em tal trecho, o autor português dá a entender que se deveria “forçar” uma interpretação para “constitucionalizar” um texto de lei a princípio inconstitucional, além de estabelecer extrema rigidez quanto ao

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação julgada procedente para pronunciar a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 65 da LC 35/73**. Rp 1417. Procurador Geral da República x Congresso Nacional. Rel. Min. Moreira Alves. J. 09.12.87. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

significado estabelecido pelo Tribunal Constitucional, somente se permitindo qualquer possibilidade de re-interpretação quando o próprio Tribunal assim o permitir.

Na sequência, Moreira Alves equipara, em seu voto, a interpretação conforme com a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto:

O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto - *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina - e atua, portanto, como legislador negativo - as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova.

Valorizando a vontade subjetiva do Legislador, ao citar passagens do processo legislativo que deu origem ao enunciado impugnado, Moreira Alves conclui seu voto sustentando que no caso analisando "...não se deve temer a consequência de se declarar a norma inconstitucional, pois esse procedimento é mais exato e satisfatório do que o de violentar o sentido da lei, apenas para evitar sua nulidade".

Quanto à necessidade da propositura da representação interpretativa em conjunto com a de inconstitucionalidade para que a interpretação conferida pela Corte seja vinculante, o Relator a rejeita, considerando que o efeito vinculante "...existe no Brasil, porque, aqui, a Constituição Federal também atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para interpretar as normas em tese, dando-lhes como que uma interpretação autêntica".

Assim, rejeitou-se a representação de inconstitucionalidade, inclusive recusando-se a aplicação da interpretação conforme a Constituição, por votação unânime. Votaram com o Relator os Ministros Rafael Mayer, Djaci Falcão, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja.

Fixou-se no caso que a interpretação conforme a Constituição, equiparada que foi à inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (já que a decisão do tribunal, ao fixar o único significado constitucionalmente admissível, eliminaria os demais significados, por incompatíveis com a Lei Maior), fica limitada pela vontade inequívoca do legislador, conjugada que deve ser com o produto legislativo.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da Representação nº 1.417 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial a respeito do texto, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de fração do texto legal, consistindo, materialmente, numa decisão estimatória parcial de parte do texto.

5.3.1.2 Rep. 1.305

A Representação 1.305, que teve como Relator o Ministro Sidney Sanches, foi julgada em 26/08/87 e tinha por objeto lei estadual do Ceará que criava 90.931 cargos públicos a serem providos, sem concurso público, por servidores temporários, igualmente admitidos sem concurso.

No parecer proferido pelo Procuradoria Geral da República, da lavra do então procurador Gilmar Mendes e aprovado pelo PGR da época, Sepúlveda Pertence, foi feito um apanhado geral da jurisprudência do STF sobre a necessidade de concurso para a investidura em cargo público, no qual se menciona o julgamento da Representação nº 1163, em que o Supremo rejeitou a inconstitucionalidade de

um texto legislativo bastante amplo, realizando interpretação restritiva de seu alcance e evitando, naquele caso, a inconstitucionalidade.

No voto do Ministro Rafael Mayer na Rep. 1163 (citado no parecer) podem-se destacar trechos que consistem em verdadeiros antecedentes da utilização de decisões interpretativas pelo Supremo Tribunal Federal:

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de inconstitucionalidade de leis, tem entendido que, em determinadas circunstâncias, é necessário proceder-se à interpretação, para, depois, decidir sobre a inconstitucionalidade.

Diante desta lei, duas interpretações são possíveis. A primeira, a de que esse provimento seja circunstancial, porque, se assim não fosse, seria uma maneira disforme de criar uma carreira, cujos cargos teriam acesso aos de Procurador. A segunda interpretação é a de que seria de caráter permanente, havendo, então, uma carreira instituída, cujas classes iniciais estariam preenchidas.

Se se der a interpretação de que o provimento é permanente, na vacância de um cargo de Procurador, o preenchimento terá de ser feito por um dos ocupantes dos cargos abaixo enumerados, sendo, então, uma carreira: e, se preenchidos- seria uma pirâmide com a base mais ampla, havendo uma progressão ou um acesso desses funcionários à Procuradoria Fiscal do Estado²⁹².

Comentando tal precedente, a PGR afirmou:

Dessarte, cobra relevo observar que, ao afirmar a improcedência da Representação, a Egrégia Corte fixou expressamente a interpretação que se deveria emprestar ao texto impugnado, declarando que a transferência somente alcançava os servidores efetivos, e, portanto, admitidos mediante concurso público. Restaria incólume, assim, o princípio constitucional que exige que a primeira investidura em cargo público se faça mediante concurso (CF, art. 97, § 1º).

Valeu-se, portanto, a Excelsa Corte de sistemática conhecida na doutrina constitucional alemã como "interpretação conforme o texto constitucional" ("Verfassungskonforme Auslegung") [...].

Como se sabe, a "interpretação conforme o texto constitucional" decorre do princípio segundo o qual somente há de se declarar a nulidade de uma lei se não for possível a sua interpretação em conformidade com a

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação julgada procedente**. Rp 1305. Procurador Geral da República x Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. Rel. Min. Sydney Sanches. J. 26.08.1987. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

Constituição [...]. Cumpre notar, porém, que, diferentemente do sistema alemão, que considerava a "Verfassungskonforme Auslegung" uma forma de declaração de inconstitucionalidade parcial ou uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto [...] tal sistemática não tem no ordenamento jurídico brasileiro idêntica amplitude. Há de se admitir, todavia, que a "interpretação conforme o texto constitucional", quando verificada em ação direta, parece implicar, no nosso sistema, autêntica conversão da representação de inconstitucionalidade em representação interpretativa (CF, art. 119, I, "I"; RISTF, arts. 179/187), sendo aplicável, pois, a regra do art. 187, do RISTF ("efeito vinculante da interpretação").

Vê-se, pois, que, ao afirmar a constitucionalidade da disposição contida na aludida lei estadual, a Egrégia Corte fixou a interpretação que se lhe deveria emprestar para garantir a compatibilidade com o Texto Magno, deixando assente que a dispensa do regime concursivo, na hipótese contemplava tão somente os servidores admitidos mediante concurso público²⁹³.

Indagou-se se à lei em questão poderia ser dada interpretação no sentido de que os cargos sobre os quais versava seriam somente os de natureza especial, acerca dos quais havia possibilidade de dispensa de concurso público. Porém, a interpretação da intenção subjetiva do legislador no caso (obtida inclusive através das informações prestadas pela Assembléia Legislativa do Estado do Ceará) levaram a concluir que a intenção legislativa fora de fato criar cargos permanentes a serem providos por servidores temporários, que não ingressaram via concurso público.

Neste julgamento a lei foi proclamada como inteiramente inconstitucional, vez que seus demais dispositivos eram inteiramente dependentes dos enunciados considerados inconstitucionais. O julgamento, todavia, é relevante em razão das ponderações que nele se fizeram acerca da real intenção do legislador estadual, que influenciou a não utilização de decisão interpretativa, bem como o posicionamento da PGR, manifestado por dois indivíduos que viriam a se tornar, anos depois, Ministros da Corte.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação julgada procedente**. Rp 1305. Procurador Geral da República x Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. Rel. Min. Sydney Sanches. J. 26.08.1987. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

Participaram do julgamento os Ministros Néri da Silveira, Djaci Falcão, Moreira Alves, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da Representação nº 1.305 consiste, formalmente, numa “decisão estimatória total”, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de todo o texto legal. Materialmente, não se encaixa nas categorias propostas por Revorio, por ter considerado a norma integralmente inconstitucional.

5.3.1.3 Rep 1.389

A Representação nº 1.389, em que funcionou como Relator o Ministro Oscar Correa, foi julgada em 23.06.88 e teve por objeto várias leis estaduais fluminenses dispendo sobre servidores públicos. Interessa-nos em especial a Lei nº 1.128, que transformava empregados do presídio em servidores estatutários sem mencionar a necessidade de concurso público.

Tal lei fazia referência à "transformação em cargos..." do "emprego de Guardas de Presídio", de forma que não se sabia se este "emprego" seria relativo somente ao empregado público (contratado no regime da CLT) ou a qualquer empregado. A PGR entendeu que lei 11.128 era toda inconstitucional, por violar o princípio de acesso aos cargos públicos via concurso.

Em seu voto, o Relator encara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto como técnica que diz respeito à “redução do campo de aplicação pela interpretação”, demonstrando uma posição de extrema cautela no que tange à adoção de uma decisão interpretativa, citando ensinamento de J. Claude Béguin acerca do controle de constitucionalidade na Alemanha:

Devo, de início, renovar até o fim ponderação que, anteriormente, expendi neste Plenário: a relativa à não declaração de inconstitucionalidade de textos desde que acolhida determinada interpretação firmada pela Corte e julgada conforme à Constituição.

Temos os riscos dessa orientação, em nosso País, quando nem mesmo os textos claros e insofismáveis se livram de exegeses sibilinas ou casuísticas, e embora esta Casa admita e pratique, há muito, esse tipo de interpretação compreensiva.

Na Alemanha, a teorização dessa exegese deu-se ao se examinar a extensão das decisões quanto à "anulação sanção-tipo" até a "interpretação conforme à Constituição".

A questão recebeu classificações que estabelecem a anulação em extensões várias, quantitativa e qualitativamente. [...]

Quanto à extensão da anulação (p. 169 e segs): a) o juiz muito raramente anula uma lei em sua totalidade, geralmente, em parte. b) o juiz pode atenuar a amplitude da anulação pronunciada.

Em caso de anulação parcial, aprecia-a tendo em conta, como critérios, o sentido objetivo da lei ou a vontade do legislador (quando se atinge o princípio de igualdade).

Outro tipo de anulação parcial diz respeito à redução do campo de aplicação pela interpretação, usando W. Skiouris terminologia que explicita: a nulidade parcial quantitativa e nulidade parcial qualitativa, restringindo o campo de aplicação, sem modificar o texto da lei.²⁹⁴

Enfatizando que a aplicação da interpretação conforme na Alemanha, desde 1955 levantava ainda inúmeras controvérsias, o Relator expôs os problemas que podem vir a ocorrer no caso de não existirem instrumentos eficazes para garantir a prevalência da interpretação do STF:

Entre nós, da tradição deste S.T.F., pretendo apenas, ainda uma vez, salientar o risco que representa, no Brasil: o texto legal se publica e reproduz sem anotações dessa natureza. A jurisprudência, mesmo desta Corte, é, quando nada, extensamente ignorada.

Dará, então, o juiz, ao decidir a demanda, não a interpretação conforme à Constituição, que este Supremo Tribunal Federal tenha explicitado, mas a interpretação conforme ao seu entendimento; com o que, em inúmeras

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação julgada improcedente desde que dada interpretação conforme à Constituição**. Rp 1389. Procurador Geral da República x Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Oscar Correa. J. 23.06.88. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

hipóteses, se terá solução em conflito com o que esta Corte propugna e fixa²⁹⁵.

No caso, expôs-se a preocupação da não observância da interpretação estabelecida via decisão interpretativa, por se tratar de julgamento de improcedência que, conseqüentemente, não teria eficácia *erga omnes*, nem tampouco efeito vinculante, mesmo problema que ocorreu na Itália e levou a conversão das sentenças interpretativas de desestimatórias para estimatórias.

Não obstante tais considerações, a Lei nº 1.128 foi considerada constitucional, julgando-se improcedente a Representação, **desde que** lhe fosse dada interpretação "de que os empregos de Guarda de Presídio tenham sido providos mediante concurso público".

Tratava-se de uma declaração de constitucionalidade "sob reserva", condicionada àquela interpretação, no que se leva a concluir que qualquer outra forma de interpretar o enunciado importaria na formulação de uma norma inconstitucional.

O voto do Relator acerca da adoção da decisão interpretativa foi acompanhado pela unanimidade dos Ministros presentes ao julgamento, quais sejam: Rafael Mayer, Djaci Falcão, Moreira Alves, Néri da Silveira, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja. Marcouse, neste julgamento, a praxe da Corte em, inicialmente, considerar a norma jurídica analisada "constitucional sob reserva", utilizando-se da fórmula "Constitucional, desde que interpretada no sentido de que...", não obstante a equiparação, na Rep. 1417, da interpretação conforme com a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação julgada improcedente desde que dada interpretação conforme à Constituição**. Rp 1389. Procurador Geral da República x Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Oscar Correa. J. 23.06.88. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da Representação nº 1.389 consiste, formalmente, numa decisão desestimatória interpretativa, pois considerou a lei constitucional com ressalvas. Materialmente, trata-se de uma decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, pois elegeu uma única interpretação decorrente do enunciado como compatível com a Constituição.

5.3.2 Julgamentos perante a Constituição de 1988

5.3.2.1 Anteriores à Emenda Constitucional nº 03/93

5.3.2.1.1 ADIn 581

A ADIn nº 581 foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República, tendo por objeto o § 1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.215, que regulava a forma de promoção de juízes do trabalho ao Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (Rio Grande do Norte). Julgada em 12/08/92, o Relator foi o Ministro Marco Aurélio.

O Relator inicialmente julgava improcedente, sem ressalvas, a ADIn. Porém, ao proferir seu voto o Ministro Ilmar Galvão estabeleceu uma ressalva, concluindo então pela pronúncia de inconstitucionalidade das “interpretações passíveis de serem atribuídas ao dispositivo impugnado, à exceção da que foi acima explicitada”²⁹⁶.

Ao estabelecer a ressalva na interpretação do enunciado, o Ministro Ilmar Galvão propôs a adoção de uma decisão interpretativa que excluísse, na conclusão do acórdão, as demais interpretações e somente considerasse a proposta como

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn julgada parcialmente procedente**. ADIn 581. Procurador Geral da República x Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 12.08.92. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 10.04.06.

constitucionalmente válida, acompanhando-o o Min. Carlos Velloso nos seguintes termos:

Sr. Presidente, estou de acordo com a interpretação conforme que o Sr. Ministro ILMAR GALVÃO está emprestando à lei e também acho que a ação, por isso, deve ser julgada procedente. É que a interpretação conforme constitui declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, bem lembrou o Sr. Ministro MOREIRA ALVES, segundo a Corte Constitucional alemã, por isso que, afastadas ficam todas outras possíveis interpretações que poderiam ser emprestadas à lei. Isto se dá no controle concentrado, apenas.

Assim, prosseguiu-se à equiparação da interpretação conforme a Constituição com a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, de forma que fosse adotada uma única interpretação constitucionalmente compatível, excluindo-se as demais por inconstitucionalidade. Em outras palavras, a decisão interpretativa do STF que fixasse um único significado possível teria dupla natureza, sendo, conforme a nomenclatura utilizada pela Corte, **a)** “interpretação conforme” no que tange ao estabelecimento do único significado constitucionalmente compatível e **b)** “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, no que diz respeito à exclusão dos demais significados que não aquele eleito pela Corte.

Esta linha foi seguida também pelo Min. Celso de Mello, no mesmo julgamento, no qual afirma o seguinte sobre a interpretação conforme a Constituição:

A incidência desse postulado permite, desse modo, que, reconhecendo-se legitimidade constitucional a uma determinada proposta interpretativa, excluem-se as demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo normativo do ato questionado.

Na sequência o Min. Moreira Alves sugeriu a mudança na conclusão da ADIn quando há a utilização da interpretação conforme a Constituição:

Sr. Presidente, proponho ao Tribunal que se altere a orientação que se tem seguido até o presente, e, em casos como este, se julgue procedente, em parte, a ação.

Essa nova orientação, além de ser mais exata, pois, quando só admitimos como constitucional uma das interpretações possíveis da lei

impugnada, estamos, na realidade, declarando a inconstitucionalidade das demais, tem a vantagem de chamar a atenção para a circunstância de que apenas se admite constitucional a interpretação que impede a procedência total da ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, aliás, conduz-se a Corte Constitucional alemã quando se utiliza da técnica da interpretação conforme a Constituição, declarando a parcial inconstitucionalidade da lei sem redução de seu texto.

Acreditamos que um dos pressupostos desta mudança de posicionamento, além de um suposto alinhamento teórico com a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, consistiu justamente na advertência do Ministro Oscar Correa na Representação nº 1.389, acerca da inexistência de instrumentos para garantir a observância da interpretação fixada pelo STF. Julgando-se parcialmente procedente a ADIn, chega-se a tal resultado prático em razão da eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade dos significados incompatíveis com a Constituição, o que resultaria numa proibição de os demais órgãos do Judiciário aplicarem-nos, em um autêntico “efeito vinculante indireto”.

Mesmo não verificando exatamente o mesmo contexto²⁹⁷, a situação não escapa a uma comparação com a evolução das decisões interpretativas no Tribunal Constitucional Italiano, que deixou de adotar as decisões interpretativas como forma de rejeição condicionada da inconstitucionalidade em prol de uma inconstitucionalidade limitada, justamente para assegurar uma eficácia ampla de sua decisão, que não poderia ser obtida de outra forma.

Logo, o julgado ora analisado assume grande importância por espelhar a notória mudança do posicionamento do STF acerca da conclusão do acórdão, passando a

²⁹⁷ Lembramos que o Tribunal Constitucional Italiano consistiu em órgão novo, criado na década de 1950, que não tinha sua legitimidade inteiramente reconhecida pelo Judiciário, em especial pela Corte de Cassação, formada em sua maioria por juízes demasiado conservadores e oriundos do regime fascista. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, desde sua criação, sempre foi órgão de cúpula do Judiciário, evoluindo depois de 1988 para uma Corte que acumula funções típicas de um Tribunal Constitucional. Isso contribuiu, sobremaneira, para a formação de uma tradição de obediência às decisões do STF, evitando assim uma “guerra de Cortes”, como se deu na Itália.

admitir expressamente que a utilização da decisão interpretativa possui eficácia dúplice, a saber: 1) pronúncia de constitucionalidade de uma interpretação possível da lei (= norma) e 2) pronúncia de inconstitucionalidade de todas as demais interpretações possíveis (=normas) que não aquela considerada constitucional.

Ademais, aplicando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 581 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de algumas normas formuláveis com base naquele enunciado. Materialmente, trata-se de uma decisão estimatória parcial sem redução do texto em sentido estrito, pois estabeleceu um único significado do enunciado como constitucionalmente compatível e considerou todos os demais inconstitucionais.

5.3.2.2 Posteriores à Emenda Constitucional nº 03/93

5.3.2.2.1 Questão de Ordem na ADC nº 1

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993 (DOU 18.03.93) acrescentou um § 2º ao artigo 102 e um § 4º ao artigo 103 da Constituição, criando a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC no direito brasileiro. Eis a redação dos parágrafos enxertados:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.
[...]

§ 4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

Após a criação do instituto, via reforma constitucional, a Presidência da República, em conjunto com a Mesa da Câmara dos Deputados e a Mesa do Senado Federal, dele lançaram mão pela primeira vez em 03/08/1993, tendo em vista a controvérsia que havia se instaurado acerca da constitucionalidade da Lei Complementar 70/91, instituidora da Contribuição de Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Antes de apreciar o mérito da primeira Ação Declaratória de Constitucionalidade, foi levantada Questão de Ordem pelo Relator, Ministro Moreira Alves, acerca da constitucionalidade da própria ação de controle concentrado, motivada, em grande parte, pelos argumentos deduzidos na ADIn 913, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, e que não foi conhecida por ausência de legitimidade ativa²⁹⁸.

Ouvida a PGR, esta aduziu que a Emenda não violaria cláusula pétrea, pois somente "visa à correção de uma situação particularmente grave de incerteza quanto à constitucionalidade de lei ou ato normativo". Tal manifestação, todavia, condicionaria o interesse de agir da ADC à grave controvérsia em torno da legitimidade da norma, apta a caracterizar um estado de dúvida, requisito este que não estava no texto constitucional.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93, NO TOCANTE A INSTITUIÇÃO DESSA AÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. TRAMITAÇÃO DA AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE. Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da emenda constitucional n. 3, de 1993, no tocante a ação declaratória de constitucionalidade. ADC n° 01, Questão de Ordem. Presidente da República; Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal. Rel. Min. Moreira Alves. J. 27.10.1993. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 02.09.05.

Tendo a PGR se manifestado pela constitucionalidade da emenda quanto à criação da nova ação de controle, e não existindo causa hábil à manifestação da AGU (não havia presunção de constitucionalidade a defender) passou o Supremo ao julgamento da questão de ordem, em 27/10/93.

Em seu voto, Moreira Alves citou a justificativa da Proposta de Emenda Constitucional que gerou a EC 3/93, que em síntese, sustentava que existiria à época uma “excessiva valorização” dos juízos de primeira instância, o que gerava uma “subversão da hierarquia necessária”.²⁹⁹

Prosseguiu o Relator aduzindo que o novo instrumento criado pela EC 3/93 teria vantagens sobre a ADIn, já que esta, possuindo somente a eficácia *erga omnes*, não impediria que os juízes os Tribunais inferiores decidissem em sentido contrário ao STF quando fosse ela improcedente, declarando-se a constitucionalidade da norma. O efeito vinculante da ADC, porém, somente abrangeria o quanto decidido no dispositivo do Acórdão.

Este trecho do julgamento é de crucial importância, pois mostra como o Supremo Tribunal Federal, segundo sua própria jurisprudência, não tinha meios para impor a observância da interpretação por ele estabelecida quando da adoção de decisões interpretativas, o que motivou a mudança da conclusão do acórdão, como visto na ADIn 581, anteriormente analisada.

²⁹⁹ Veja o trecho citado por Moreira Alves: "...um dos aspectos que mais têm preocupado o país, pelo prisma da nova ordem constitucional, é a valorização dos juizados de 1a. instância - louvável conquista da cidadania - sem a contrapartida de um instrumento processual de uniformização célere, omissão incompreensível do constituinte na conformação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade. A força outorgada aos juízes de 1a. instância, sem um instrumental adequado de ação para os Tribunais Superiores, subverte a hierarquia necessária - e mais do que isto - a tranquilidade para a preservação da ordem jurídica, pois qualquer questão constitucional da maior relevância pode ser decidida de forma satisfativa, desde que o Tribunal imediatamente superior não suspenda a eficácia de decisões que garantam benefícios ou direitos." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Op. cit.)

Com a explicitação do efeito vinculante na ADC, o STF passou a contar com meio mais eficaz de observância de suas decisões, pois mesmo que voltasse a adotar a técnica da constitucionalidade condicionada (decisão formalmente desestimatória interpretativa), nas hipóteses em que aplicasse decisões interpretativas, abandonando a inconstitucionalidade parcial (decisão formalmente estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito) a observância da interpretação estabelecida restaria garantida em razão do efeito vinculante.

É importante asseverar ainda que neste julgamento o STF estabeleceu como pressuposto necessário à ADC a pré-existência de "controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade", que ponha em risco a presunção de constitucionalidade. Desta forma não haveria violação à Separação de Poderes, pois o STF, longe de responder a uma consulta, estaria outorgando segurança jurídica ao fixar a certeza da constitucionalidade ou não do dispositivo confrontado.

Assim, mesmo que não tenha mencionado expressamente o instituto da "decisão interpretativa", a decisão do STF na Questão de Ordem na ADC nº 1 criou um requisito para se aceitar a compatibilidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade para com a Lei Maior, a saber, a necessidade de existência de controvérsia acerca da interpretação de uma lei como condição da citada ação de controle. Assim, adotando a classificação de Revorio, embora pelo aspecto formal o STF tenha adotado uma decisão desestimatória simples, materialmente importou ela numa decisão estimatória parcial sem redução do texto manipulativa aditiva, visto que acrescentou requisitos à norma para que ela fosse considerada compatível com a Constituição.

5.3.2.2.2 ADIn 1.377

A ADIn 1377 foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República, tendo por objeto a expressão “ressalvada a filiação”, constante do art. 44, V da Lei 8.625/93³⁰⁰, por suposta afronta ao artigo 128, §5º, II, “e” da Constituição³⁰¹, em redação anterior à Emenda nº 45/04. Foi designado como Relator o Ministro Octavio Gallotti, julgado o feito em 03/06/98.

Pretendeu-se, com a ADIn, excluir do sistema jurídico dispositivo que permitia a filiação do membro do Ministério Público a partidos políticos, sob o argumento de que a Constituição, ao proibir os integrantes da instituição de exercer atividade político partidária, traria implícita a vedação de filiação a partido.

O Relator entendeu que a lei questionada atuou dentro dos limites impostos pela Constituição, sequer acolhendo a opção interpretativa lançada no Parecer da PGR, no sentido de somente permitir a filiação a partido político mediante afastamento das funções institucionais. Entendeu o Relator que mesmo tal hipótese importaria em confundir a atividade político-partidária (gênero) com a candidatura a cargo eletivo (espécie)³⁰².

O voto do Relator foi contrariado pelo Ministro Nelson Jobim que, reportando-se a uma interpretação do artigo 70 do Código Eleitoral, conclui que o ato de filiação importa em sujeição a deveres para com o Partido, o que seria incompatível com a

³⁰⁰ “Art. 44. Aos membros do Ministério Público se aplicam as seguintes vedações: [...] V - exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e as exceções previstas em lei.”

³⁰¹ “Art. 128 [...] § 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: [...] II - as seguintes vedações: [...] e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.”

³⁰² “Impor, como condição, para a atividade partidária, o afastamento do exercício das funções do cargo de Procurador, com a indefectível privação dos seus respectivos vencimentos, seria, aí sim, segundo penso, aniquilar a viabilidade do exercício do direito que a Constituição, bem ou mal, facultou à disciplina da lei regulamentar”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn julgada parcialmente procedente**. ADIn 1377. Procurador Geral da República x Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Otavio Gallotti. J. 03/06/98. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 10.04.06.)

função do Ministério Público. Com tal fundamentação, o Relator julgou parcialmente procedente a ADIn, conferindo

sem redução de texto [...] interpretação conforme a Constituição, definindo como única exegese constitucionalmente possível aquela que apenas admite a filiação partidária de representante do Ministério Público dos Estados-Membros, se realizada nas hipóteses de afastamento, do integrante do *Parquet*, de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei.

Prevaleceu, neste caso, o voto do Ministro Nelson Jobim, que optou pela ressalva acima por entender que nas situações de afastamento não se justifica a restrição, por não comprometer, o membro do MP, a isenção da Instituição. Este julgamento contém como dado relevante a manutenção do entendimento segundo o qual a “interpretação conforme” consiste em estabelecimento do “único significado possível” do texto analisado. Também se verifica, no caso, a utilização da fórmula que viria a se tornar corriqueira na jurisprudência do STF, consistente em “julgar parcialmente procedente a ADIn para conferir, sem redução de texto, interpretação conforme a Constituição”.

Votaram neste sentido, além do Ministro Nelson Jobim, os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 1.377 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de uma norma derivável da interpretação do enunciado, a saber, aquela segundo a qual os membros do MP poderiam se filiar a partido político. Materialmente, trata-se de uma decisão estimatória parcial sem redução do texto em sentido estrito, por ter estabelecido um único significado da lei que seria compatível com a Constituição.

5.3.2.2.3 ADIn 1.946

A ADIn 1946 foi ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, em 21.01.1999, em face do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98 (D.O.U de 16.12.98), abaixo reproduzido:

Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Também se impugnou, por pretender regulamentar a Constituição, a Portaria nº 4.883, de 16.12.1998, do Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, em seu artigo 6º, *in verbis*:

Art. 6º. O limite máximo do valor dos benefícios do RGPS, a serem concedidos a partir de 16 de dezembro de 1998, é de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), inclusive do benefício de que tratam os arts. 91 a 100 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social – RBPS, aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, e dos benefícios de legislação especial pagos pela Previdência Social, mesmo que à conta do Tesouro Nacional.

Os artigos 91 a 100 do Regulamento versavam justamente sobre o benefício do Salário-Maternidade, dispondo, inclusive, sobre a integralidade do salário no art. 92: “O salário-maternidade para a segurada empregada consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral e será pago pela empresa, efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salário”.

Alegou-se, na inicial, que o dispositivo da Emenda Constitucional citada, no que limitava o teto de todos os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, incluindo o chamado “salário-maternidade” a R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais),

violaria o artigo 60, § 4º, inciso IV³⁰³ da Constituição Federal, na medida em que criaria encargo adicional ao empresário que empregasse pessoas do sexo feminino acima daquela importância.

O Partido Autor demonstrou, na inicial, a sistemática até então vigente acerca do benefício do salário maternidade: ausentando-se a empregada em virtude da maternidade, receberia ela do empregador, durante o prazo constitucional de 120 dias, o valor integral de seu salário então percebido, podendo o empregador compensar o mesmo valor despendido com outros débitos relativos à contribuição social sobre a folha de salários (prevista no artigo 195 da Constituição). Na prática, sob a visão econômica, o encargo era suportado pelo Estado e não pelo empregador, o que evitava que este discriminasse as empregadas em função da maternidade.

Porém, com as alterações, pretendeu a Emenda abolir este regime, limitando a responsabilidade estatal ao teto do Regime Geral, equivalente a R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). Desta forma, qualquer mulher que auferisse remuneração superior à importância acima sofreria prejuízo em sua empregabilidade, pois no caso de esta ter filhos, seria gerado um custo extra para o empresário, correspondente à diferença entre a sua efetiva remuneração e o teto do sistema, diferença esta que deveria ser custeada pela empresa, e não mais pelo Estado. Obviamente, o empresário faria a opção por empregar homens, já que seu custo econômico seria menor.

Em face de tais alegações, demonstrou-se a violação aos artigos 3º, IV³⁰⁴, 5º caput e inciso I³⁰⁵ e 7º, XVIII³⁰⁶, representando abolição a um direito fundamental

³⁰³ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:[...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.” (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 5 set. 2005).

da mulher (salário maternidade), assim como violação ao princípio da isonomia, vez que a norma constitucional estimulava a sociedade a adotar tratamento desigual contra as mulheres.

Como bem resumiu o Partido Autor na inicial, transcrita no Relatório do Acórdão que apreciou o pedido de liminar:

É relevante enfatizar, ainda, que se o entendimento fosse no sentido das empresas serem responsáveis pelo excedente a R\$ 1.200,00 estaríamos diante de um retrocesso histórico, tendo em vista o fato deste procedimento já ter sido dissipado do Brasil em 1974, com o advento da Lei 6.136 que transferiu para a Previdência Social o ônus do salário-maternidade.

Transferir para as empresas a responsabilidade pelo pagamento excedente da remuneração da trabalhadora seria retroceder e ignorar as grandes conquistas femininas na sociedade brasileira.

É bastante compreensível que as empresas não queiram arcar com mais este ônus, principalmente por não ser de sua responsabilidade. Assim sendo, estamos sujeitos a flagrantes práticas de discriminação do trabalho feminino em relação ao do homem, pois qual empresa não pensará duas vezes em dar preferência a um trabalhador? Ou, então, a mulher, tendo conseguido emprego, ficará condenada a um salário máximo de R\$ 1.200,00?³⁰⁷

³⁰⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:[...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 5 set. 2005).

³⁰⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 5 set. 2005)

³⁰⁶ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. (BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 5 set. 2005)

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADIn julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o**

Após o recebimento da inicial, foram prestadas informações pelas Presidências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, assim como pelo Ministério da Previdência Social.

Segundo as informações da Câmara, não haveria que se falar em inconstitucionalidade, pois não foi abolida a garantia da maternidade e do emprego, havendo somente limitação ao custeio pelos cofres públicos, pois “...urge que o Estado arque com o respectivo ônus apenas até o limite ditado na Emenda 20, pena de comprometimento de todo um sistema, cujo aludido conjunto de medida visa salvaguardar”. Alega ainda que, se inconstitucionalidade existisse, esta ocorreria pela atitude dos empregadores, nunca em face da Emenda Constitucional.

Nas informações prestadas pela Presidência do Senado Federal, argüiu-se, em manifesta confusão entre pressupostos de admissibilidade e mérito da ADIn, que não seria possível o controle de constitucionalidade da Emenda por ela não violar nenhum direito resguardado nos limites materiais à competência reformadora.

Alegou-se, naquela peça, além da necessidade de respeito ao teto, que “...a licença-maternidade não compõe o núcleo essencial da Constituição, razão pela qual a Emenda Constitucional em tela não pode ser contrastada com a Carta”, sendo, ainda, “...da natureza dos direitos sociais, sua limitação”. Por fim, em alegação que chega a parecer disparate, sustenta a Presidência do Senado que: “[...] aqueles que auferem um maior nível salarial têm aberta a possibilidade de complementar seu regime previdenciário mediante a filiação ao regime de previdência privada de caráter complementar [...]”.

art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. ADIn 1946. Partido Socialista Brasileiro – PSB x Congresso Nacional. Rel. Min. Sydney Sanchez. J. 07.04.1999. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 02.09.05.

Já o Ministro da Previdência e Assistência Social presta informações no sentido de que o artigo 14 da Emenda Constitucional n° 20 não teria abolido nenhum direito fundamental, assim como:

[...] mesmo se a interpretação dada ao termo **abolir** tiver uma conotação diversa do seu verdadeiro significado, tal como **violar** ou **modificar**, ainda assim não se estaria diante de uma incompatibilidade entre as regras estabelecidas pela EC n° 20, de 1998, e as cláusulas pétreas, uma vez que a nova norma constitucional sequer trata dessas matérias³⁰⁸.

Em complemento ao argumento acima, diz o Ministro que o direito previsto no inciso XVIII do artigo 7° da Constituição é exercitável contra o empregador e não contra o Estado, por se referir a emprego e salário, de forma que o benefício do salário maternidade poderia ter seu valor limitado até mesmo por lei ordinária.

Por fim, alega que, quanto à Portaria impugnada, não existe inconstitucionalidade, seja porque a Emenda Constitucional 20 traz normas constitucionais auto-aplicáveis, seja porque a Portaria é ato interno da Administração Pública, destinado somente a orientar os atos administrativos de concessão de benefícios, em anda inovando quanto à Emenda Constitucional.

Após ofertadas as informações já mencionadas, a ADIn foi incluída na pauta do dia 7.04.1999, para apreciação do pedido de liminar. Após lido o Relatório pelo Relator, Ministro Sydney Sanches, passou-se à análise do cabimento da ADIn, seja quanto à Emenda Constitucional, seja quanto à Portaria.

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADIn julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.** ADIn 1946. Partido Socialista Brasileiro – PSB x Congresso Nacional. Rel. Min. Sydney Sanchez. J. 07.04.1999. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 02.09.05.

No que tange à Emenda Constitucional, foi a ADIn conhecida pela unanimidade da Corte, tendo o Relator, em seu voto quanto à preliminar, feito referência ao quanto já decidido na ADIn 939 (vide tópico 3.2.4) por ele relatada, afirmando-se, mais uma vez, a competência do Supremo para o controle de constitucionalidade em abstrato de normas veiculadas por Emendas à Constituição, bastando, para tanto, que seja alegada violação ao § 4º do artigo 60 da Lei Maior.

Em relação à Portaria nº 4.883, abriu-se dissensão na Corte. O relator votou no sentido de não conhecer da ADIn neste aspecto, haja vista não ter ela eficácia normativa externa, o que provoca a sua não sujeição ao controle concentrado previsto no artigo 102, I, “a” da Constituição.

De tal posicionamento discordaram os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, argüindo que, como a intenção notória da Portaria teria sido regulamentar a norma constitucional, deveria ela ser conhecida, por se enquadrar como “ato normativo”.

Expressiva é a passagem de voto do Ministro Carlos Velloso quanto à matéria aqui abordada: “No caso, tem-se algo teratológico: uma Portaria, que, de regra, é ato de porteiro, dispendo-se a regulamentar a Constituição. Só por isto estaria sujeita ao controle de constitucionalidade”.

E complementa sua argumentação, após transcrever o teor do artigo 6º da portaria, que faz referência expressa ao salário-maternidade:

Isto não está na Constituição. Dir-se-á: é uma interpretação do dispositivo constitucional. Trata-se, então, de interpretação da Constituição pela portaria. Só isso, penso, faria com que a ação devesse ser conhecida também nesta parte.³⁰⁹

³⁰⁹

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op.cit.

Todavia, a maioria dos Ministros acompanhou o voto do Relator quanto ao não conhecimento da ADIn em face da citada portaria, adiando-se o julgamento quanto ao mérito para a sessão subsequente.

Na sessão de 29.04.1999, o STF passou a analisar o mérito do pedido de liminar. Quanto a este, houve unanimidade em reconhecer que, de fato, havia, em uma primeira análise, incompatibilidade entre o direito ao salário-maternidade e o “teto” dos benefícios previdenciários estipulado pelo artigo 14 da Emenda.

Lembrando da incidência ao caso também da norma do artigo 6º da Constituição³¹⁰, na redação vigente à época³¹¹, que estabelece a proteção à maternidade também como um direito social, a ser garantido “na forma desta Constituição”, ponderou o Relator acerca da questão prejudicial a ser analisada:

Na verdade, é preciso averiguar se a proteção à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, é mesmo um puro e simples encargo trabalhista do empregador, ou se, na substância, tem caráter previdenciário, e se a previdência social pode responder por valor inferior a tal encargo do empregador, cabendo a este o pagamento da diferença.

Enfim, é preciso discutir a natureza jurídica do direito da gestante à licença por 120 dias, sem perda do emprego e do salário que vinha percebendo até então (art. 7º, XVIII)³¹².

Fundando-se em parecer juntado aos autos pelo Partido Autor, elaborado pela Professora Marly A. Cardone, Livre-Docente e Professora-Assistente-Doutora de

³¹⁰ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 5 set. 2005)

³¹¹ A redação do dispositivo foi alterada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000, para incluir o direito à moradia: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. BRASIL, Constituição (1988). Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 5 set. 2005

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op.cit.

Direito do Trabalho na Universidade de São Paulo, entendeu o Relator que o sistema jurídico brasileiro considera o benefício do salário-maternidade (que é garantia da manutenção do salário integral durante o afastamento em razão da maternidade) como de caráter previdenciário desde 1974, o que foi acolhido mesmo após a promulgação da Constituição de 1988.

O Ministro Sydney Sanches considerou, porém, que não se poderia presumir que o Congresso Nacional, no exercício de sua competência reformadora, tivesse como objetivo descaracterizar o salário-maternidade e revogar o inciso XVIII do artigo 7º, por não existir enunciado expresso neste sentido. Mas isso não o impede de concluir pela inconstitucionalidade, ainda que parcial, da norma constitucional:

E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torna-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico de 25 anos, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

[...]

Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora.

Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.

Estará, então, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença³¹³.

Concluiu o Relator seu voto no sentido de deferir parcialmente a liminar requerida, para dar interpretação conforme à Constituição, "...no sentido de que tal norma não abrange a licença-gestante", mantendo-se a sistemática na qual o pagamento

³¹³

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op.cit.

à trabalhadora é feito pela empresa, que o compensa com seus débitos relativos à contribuição social sobre a folha de salários.

Acompanhou o Relator o Ministro Nelson Jobim, que invocou como fundamentação alguns precedentes da Suprema Corte Americana que versaram inicialmente sobre as chamadas “affirmative actions” ou “ações afirmativas”, como “Brown v. Board of Education of Topeka” (1954) e “Griggs v. Duke Power Co.” (1971). Assinalou que “Essa interpretação, transferindo o excedente de R\$ 1.200,00 para o empregador, teria um efeito discriminatório no mercado de trabalho”, produzindo um “...efeito contrário àquilo que a Constituição estabeleceu nas suas regras fundamentais”.

Digno de registro, ainda, é o trecho de voto do Ministro Marco Aurélio que, além de repetir os fundamentos do voto do Relator, aduz também a inconstitucionalidade do artigo 14 da Emenda por contrastar com a cláusula de abertura fornecida pelo § 2º do artigo 5º da Constituição:

Acompanho o Ministro-Relator, ressaltando também que o Brasil ratificou uma Convenção da Organização Internacional do Trabalho, anterior à Carta de 1988 e, portanto, alcançada pelo § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, no que esse dispositivo revela que, além dos direitos explícitos e implícitos no Diploma Maior, conta-se com os decorrentes de tratados. Essa convenção obstaculiza, de forma muito clara e salutar, a transferência de qualquer ônus proveniente da maternidade ao tomador dos serviços. O Ministro Nelson Jobim escancarou a razão de ser dessa norma da Organização Internacional do Trabalho: evitar, justamente, a discriminação, ou, então, a exigência de que a candidata ao emprego apresente um atestado, revelando ter ligado as trompas e, assim, não poder ter filhos³¹⁴.

Concluiu o Excelso Pretório, assim, em deferir a medida liminar, com eficácia “ex tunc”, no sentido de excluir do âmbito material do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20, o benefício do salário-maternidade. Eis a ementa do julgamento da liminar, publicada no Diário da Justiça de 14.09.2001:

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op.cit.

Após apresentação de defesa, pela Advocacia Geral da União, deu-se manifestação da Procuradoria Geral da República favorável à procedência da ADIn, na parte em que conhecida, para “declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 14, da emenda constitucional nº 20, de 1998, conferindo-lhe interpretação conforme a constituição”.

A ADIn foi incluída na pauta da sessão de 03.04.2003, na qual foi efetivamente julgada, tendo sido a medida liminar integralmente ratificada pela totalidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ali presentes, julgando-se parcialmente procedente a ADIn para conferir ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 1.946 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de algumas normas formuláveis com base naquele enunciado, a saber, aquelas segundo as quais caberia ao empregador o custeio da remuneração da empregada que se ausentasse do emprego por conta da maternidade. Materialmente, trata-se de uma decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, pois estabeleceu o único significado possível a ser atribuído ao enunciado, ou seja, aquele segundo o qual o teto não se aplica ao auxílio-maternidade.

5.3.2.3 Posteriores à Lei 9.868/99

5.3.2.3.1 ADIn 2.580

A ADIn 2.580, julgada em 26/09/2002, foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República, que impugnou diversos dispositivos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, especificamente aqueles que atribuíam a um órgão colegiado (Conselho Superior da Magistratura) distinto do Tribunal Pleno a competência para o processamento de processos administrativos disciplinares contra magistrados vinculados ao Tribunal, inclusive com a possibilidade de aplicação de sanções.

Apontou-se violação frontal ao disposto no artigo 93, X da Constituição Federal tal qual vigente à época, enunciado segundo o qual:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Assim, ao permitir que órgão fracionário do Tribunal de Justiça Estadual impusesse sanções administrativas a magistrados, violava-se frontalmente o enunciado Constitucional destacado.

O relator, Min. Carlos Velloso, votou no sentido da inconstitucionalidade da maior parte dos dispositivos. Todavia, quanto aos artigos 37 e 40 do Regimento Interno, pretendeu conferir interpretação conforme a Constituição. Eis a redação dos dispositivos legais.

Art. 37. O Conselho Superior da Magistratura, sempre que tiver conhecimento acerca de irregularidades ou de faltas funcionais praticadas por magistrados, tomará as medidas necessárias à sua apuração.
[...]

Art. 40. O Conselho Superior da Magistratura determinará a realização de sindicância pela Corregedoria Geral de Justiça, quando se fizer necessária a apuração da autoria e da materialidade de fatos que ensejem a aplicação de sanções disciplinares a magistrados.

Na opinião do Relator, seria possível conferir interpretação conforme a Constituição a tais enunciados, no sentido de que a competência para a apuração e determinação de sindicâncias pelo órgão corregedor restaria limitada àqueles casos em que se cogitasse de penas de advertência ou censura. Para justificar a proposta, o Min. Velloso considerou que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/79 – LOMAN) delegava, em seu artigo 48³¹⁵, aos Regimentos Internos dos respectivos Tribunais a competência para estabelecer o procedimento das faltas puníveis com as penas citadas.

Esclareça-se que o voto do Relator permitiria, mediante interpretação conforme, tão somente o processamento de tais processos administrativos perante o órgão fracionário, vez que a possibilidade de aplicação de quaisquer sanções (inclusive as de advertência ou censura) fora impossibilitada pela pronúncia de inconstitucionalidade dos demais dispositivos impugnados.

Todavia, os demais ministros não acompanharam tal entendimento, por entenderem que a norma constitucional formulável com base no inciso X do artigo 93, visto que, como bem resumiu o Ministro Sepúlveda Pertence, “Na competência de julgar, como garantia, está a de conduzir todo o processo”.³¹⁶

³¹⁵ “Art. 48 - Os Regimentos Internos dos Tribunais estabelecerão o procedimento para a apuração de faltas puníveis com advertência ou censura.” (BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 20.05.06.)

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn não conhecida em parte e, na parte conhecida, julgada procedente.** ADIn 2580. Procurador Geral da República x Governador do Estado do Ceará, Assembléia Legislativa do Estado do Ceará e Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 26.09.2002. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 19.05.06.

Assim, rejeitou o Supremo Tribunal Federal neste caso a aplicação da interpretação conforme à Constituição, vez que o significado que se pretendia estabelecer como o único constitucionalmente compatível, proposto no voto do Relator, também afrontaria as normas constitucionais, como entendeu a maioria da Corte.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 2.580 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial a respeito do texto, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de parte do texto legal. Materialmente, a decisão é estimatória parcial com redução do texto.

5.3.2.3.2 ADIn 1.170

A ADIn em referência, julgada na sessão do dia 03/10/2002, foi provocada pela Procuradoria Geral da República em face do artigo 28, XXIX da Constituição do Estado do Amazonas, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 12, de 30/06/1993, que conferia à Assembléia Legislativa daquele Estado convocar, dentre outras autoridades, “os Presidentes dos Tribunais de Contas do Estados e dos Municípios”, estabelecendo ainda como crime de responsabilidade “a recusa ou o não-comparecimento no prazo de trinta dias, para prestarem informações sobre assuntos previamente determinados”.

Assim, a amplitude do texto legislativo conferia espaço para se interpretar que praticamente qualquer assunto afeto à atuação dos Tribunais de Contas estaria sujeita ao escrutínio dos parlamentares, inclusive matérias relativas ao mérito dos julgamentos proferidos por aqueles órgãos.

Esta amplitude significativa, todavia, poderia contrastar com o disposto no artigo 71, VII da Constituição Federal, enunciado que veicula norma de repetição obrigatória pelos Estados, segundo a qual cabe ao Tribunal de Contas da União

prestar informações ao Legislativo tão somente no que tange à fiscalização contábil, orçamentária e patrimonial, ou então sobre os resultados de auditorias e inspeções realizadas.

No julgamento da medida cautelar, o STF decidiu, por maioria, que deveria ser dada interpretação conforme a Constituição Federal ao dispositivo impugnado, “...no sentido de que a convocação dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e Municípios não poderá ter, como objeto, esclarecimento sobre atos de julgamento, da competência do Tribunal”³¹⁷.

Este entendimento foi referendado no julgamento do mérito, desta vez por unanimidade, assentando o novo Relator, Min. Gilmar Mendes, ser “inconstitucional, sem redução de texto, a convocação dos Presidentes de Tribunais de Contas do Estados e dos Municípios para prestar esclarecimento sobre atos de julgamento, da competência do Tribunal”.³¹⁸

Acompanharam o voto do Ministro Gilmar Mendes os seguintes Ministros, presentes à sessão: Ilmar Galvão, Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausentes estavam a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Marco Aurélio.

Nota-se que, no julgamento da liminar, a Corte considerou a exclusão da norma segundo a qual seria possível a prestação de informações sobre atos de julgamento inerentes à função do Tribunal de Contas como “interpretação conforme a Constituição”. Por outro lado, ao julgar o mérito utilizou-se de maior precisão técnica para denominar o mesmo fenômeno (exclusão da norma passível

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn julgada procedente em parte**. ADIn 1.170. Procurador Geral da República x Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 03.10.2002. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ibidem*.

de formulação com base no texto impugnado) como inconstitucionalidade parcial sem redução de texto³¹⁹.

Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes manteve seu posicionamento já manifestado quando do julgamento da ADIn nº 1.586, quando ressaltou que

...na verdade, a interpretação conforme, segundo a técnica do Tribunal, em princípio, não envolve a exclusão como declaração de inconstitucionalidade. Se se trata de uma declaração de inconstitucionalidade, trata-se de afirmar a eliminação de um sentido³²⁰.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 1.170 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de algumas normas formuláveis com base naquele enunciado, a saber, aquela pela qual os parlamentares estaduais poderiam exigir a prestação de informações sobre atos de julgamento inerentes à função do Tribunal de Contas. Materialmente, trata-se de uma decisão estimatória parcial sem redução de texto manipulativa e redutora, pois reduziu a abrangência da norma formulável com base naquele enunciado, ao expressamente excluir a hipótese segundo a qual o Tribunal de Contas deveria prestar informações sobre “atos de julgamento”.

³¹⁹ Tal precisão técnica fugiu à Procuradoria Geral da República que, em seu parecer, opinou pela “procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto da expressão ‘Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios’, constante do inciso XXIX, do art. 28 da Constituição do Estado do Amazonas, na redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 12, de 30.06.93, conferindo-lhe interpretação conforme a Constituição Federal, ‘no sentido de que a convocação dos Presidentes dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios não poderá ter, como objeto, esclarecimento sobre atos de julgamento, da competência do Tribunal’”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ibidem*.)

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn julgada procedente em parte**. ADIn 1.586. Governador do Estado do Pará x Assembléia Legislativa do Estado do Pará. Rel. Min. Sydney Sanches. J. 29.08.2003. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 07.04.06.

5.3.2.3.3 ADIn 2.596

A ADIn 2.596, julgada em 19/03/2003, teve como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Foi ela ajuizada pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON e impugnou os incisos II, IV e VI do artigo 307 das “Disposições Constitucionais Gerais” da Constituição do Estado do Pará, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 10, de 3 de julho de 1997.

O enunciado em tela estabelecia o procedimento para a escolha de membros do Tribunal de Contas do Estado do Pará, nestes termos:

Art. 307. O processo de escolha de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado e do Tribunal de Contas dos Municípios, em caso de vaga ocorrida após a promulgação desta Constituição, ou que venha a ocorrer, observado o disposto no art. 119, obedecerá ao seguinte critério:
I – a primeira e a segunda vagas por escolha da Assembléia Legislativa;
II – a terceira vaga por escolha do governador do Estado;
III – a quarta vaga por escolha da Assembléia Legislativa;
IV – a quinta e a sexta vagas por escolha do Governador do Estado, dentre Auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, respectivamente, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;
V – a sétima por escolha da Assembléia Legislativa;
VI – a partir da oitava vaga, reiniciar-se-á o processo previsto nos incisos anteriores, observando-se a respectiva ordem de nomeação.

No entendimento esposado pela ATRICON, os enunciados impugnados (especificamente os incisos II, IV e VI do artigo 307) importariam em violação ao sistema de nomeação estabelecido no § 2º do artigo 73 da Constituição Federal, abaixo transcrito:

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. [...]

§ 2º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do

Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional.

Em seu voto o Min. Relator, Sepúlveda Pertence, combinou a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição com a pronúncia de inconstitucionalidade parcial com redução de texto, opinando no sentido de que: a) quanto ao inciso II, estabelecer a interpretação segundo a qual a vaga nele prevista não é de livre nomeação pelo Governador, que deverá proceder à nomeação de um auditor da Corte de Contas; b) quanto ao inciso IV fossem suprimidas as expressões “dentre Auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, respectivamente, segundo os critérios de antiguidade e merecimento”, interpretando-se o enunciado remanescente no sentido de que cabe ao Governador preencha estas duas vagas ora com um membro do Ministério Público atuante no Tribunal de Contas, ora mediante nomeação livre³²¹.

Ao combinar, em tal julgamento, a pronúncia de inconstitucionalidade do texto com a interpretação conforme a Constituição, estabelecendo como única interpretação possível do inciso IV uma norma que, nitidamente, não se pode deduzir do enunciado, o Supremo Tribunal Federal procedeu a verdadeira correção normativa, afastando-se assim do conhecido dogma segundo o qual a decisão interpretativa é limitada pela “vontade inequívoca do Legislador”, ou pelo “teor literal do enunciado”. Na prática o que ocorreu foi uma inversão da ordem das nomeações dos membros do Tribunal de Contas, de forma a compatibilizar a Constituição Estadual com a Federal.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn julgada procedente em parte**. ADIn 2.596. Associação dos Membros de Tribunais de Contas do Brasil x Assembléia Legislativa do Estado do Pará. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 19.03.2003. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 19.05.06.

Somente a título ilustrativo, esboçamos abaixo um quadro que mostra a ordem das nomeações segundo teor do enunciado como promulgado pela Assembléia Legislativa do Pará e como “moldado” pelo Supremo, mesmo que sem redução de texto:

Assembléia Legislativa	Supremo Tribunal Federal
Art. 307. [...] <p>I – a primeira e a segunda vagas por escolha da Assembléia Legislativa;</p> <p>II – a terceira vaga por escolha do governador do Estado;</p> <p>III – a quarta vaga por escolha da Assembléia Legislativa;</p> <p>IV – a quinta e a sexta vagas por escolha do Governador do Estado, dentre Auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, respectivamente, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;</p> <p>V – a sétima por escolha da Assembléia Legislativa;</p> <p>VI – a partir da oitava vaga, reiniciar-se-á o processo previsto nos incisos anteriores, observando-se a respectiva ordem de nomeação³²².</p>	Art. 307. [...] <p>I – a primeira e a segunda vagas por escolha da Assembléia Legislativa;</p> <p>II – a terceira vaga por escolha do governador do Estado, dentre auditores do Tribunal de Contas;</p> <p>III – a quarta vaga por escolha da Assembléia Legislativa;</p> <p>IV – a quinta e a sexta vagas por escolha do Governador do Estado, sendo a quinta dentre membros do Ministério Público junto ao Tribunal segundo os critérios de antiguidade e merecimento e a sexta de livre nomeação;</p> <p>V – a sétima por escolha da Assembléia Legislativa.</p> <p>(grifos nossos)</p>

Assim, a unanimidade do STF entendeu que a adoção da decisão interpretativa em conjunto com a pronúncia de inconstitucionalidade de trechos de enunciados da Constituição do Estado do Pará não consistiria em ofensa à vontade inequívoca do Legislador, limite anteriormente proclamado pela própria Corte como balizador de sua atividade hermenêutica.

Pareceu prevalecer, no caso, a necessidade de adequar a sistemática de nomeação atual à prevista na Constituição Federal, invocando-se o “princípio da efetividade máxima” na própria ementa do Acórdão:

³²² O inciso VI do mesmo artigo 307 foi objeto de pronúncia de inconstitucionalidade, haja vista que, segundo o voto do Relator, “...além de superar o número de conselheiros previstos pela Lei Maior, o dispositivo impugnado não assegura, como deveria, o necessário respeito à relação de proporcionalidade imposta pela Carta Magna”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn julgada procedente em parte**. ADIn 2.596. Associação dos Membros de Tribunais de Contas do Brasil x Assembléia Legislativa do Estado do Pará. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 19.03.2003. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 19.05.06.)

I. Constituição: princípio da efetividade máxima e transição. 1. Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve prevalecer, sempre que possível, a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento. II. Tribunal de Contas dos Estados: implementação do modelo de composição heterogênea da Constituição de 1988. A Constituição de 1988 rompeu com a fórmula tradicional de exclusividade da livre indicação dos seus membros pelo Poder Executivo para, de um lado, impor a predominância do Legislativo e, de outro, vincular a clientela de duas das três vagas reservadas ao Chefe do Governo aos quadros técnicos dos Auditores e do Ministério Público especial. Para implementar, tão rapidamente quanto possível, o novo modelo constitucional nas primeiras vagas ocorridas a partir de sua vigência, a serem providas pelo chefe do Poder Executivo, a preferência deve caber às categorias dos auditores e membros do Ministério Público especial: precedentes do STF.

É relevante também o fato de que a pronúncia de inconstitucionalidade dos dispositivos atacados não seria hábil a adequar o sistema de escolha de membros do Tribunal de Contas Estadual ao modelo federal, vez que a supressão dos incisos III, IV e VI do artigo 307 da Constituição Estadual geraria um grave vácuo legislativo, ante à inexistência de norma reguladora da forma de nomeação da quarta, quinta, sexta e oitava vagas.

A conclusão foi adotada pela unanimidade da Corte, representada pelos Ministros Marco Aurélio, Sydney Sanches, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 2.596 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, em face da pronúncia de inconstitucionalidade de algumas normas formuláveis com base naquele enunciado. Materialmente, trata-se de uma decisão estimatória parcial sem redução de texto manipulativa e substitutiva, pois alterou a ordem de nomeação dos membros do Tribunal de Contas existente por outra ordem, sob o pretexto de conformar a norma analisada à Constituição.

5.3.2.3.4 ADIn 2.887

A ADIn em referência, julgada em 04/02/2004, foi provocada pelo Governador do Estado de São Paulo e teve como objeto o artigo único do ato transitório da Lei Complementar Estadual nº 857, de 20 de maio de 1999. Referida lei tinha por objeto a proibição de conversão de licença-prêmio em pecúnia e o artigo impugnado fazia a ressalva no sentido de que tal proibição não se aplicaria aos períodos de licença-prêmio cujo término do período aquisitivo fosse anterior a 31 de dezembro de 1999.

Segundo o Governador do Estado, referido enunciado seria inconstitucional em razão de vício de iniciativa, já que foi acrescentado pelos parlamentares durante o trâmite do processo legislativo. Mesmo vetado, o dispositivo foi promulgado, ante à derrubada do ato pelo Legislativo Estadual.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, iniciou o julgamento votando no sentido da inconstitucionalidade total do mencionado enunciado. Porém, foi aberta dissidência com o voto do Ministro Cezar Peluso, no sentido de que a ressalva constante do artigo único, ao resguardar direitos já adquiridos à época da edição da lei, não poderia ser considerada inconstitucional:

Em síntese, se a data de entrada em vigor da lei é anterior a 31 de dezembro, quanto a esse período suplementar a norma é inconstitucional. Mas, até a data de início de vigência da lei, parece-me tutelar o direito adquirido do servidor de converter a vantagem em pecúnia, de acordo com a lei vigente ao tempo em que completou o período aquisitivo. O servidor tinha o direito, mas deixou de o exercer, isto é, deixou de requerer à Administração Pública o pagamento que, segundo a lei então vigente, era devido. Esse parágrafo único diz simplesmente isso, salvo eventual mudança quanto ao início de vigência.

Até a data de vigência da lei, não vejo infração à norma constitucional; acho, antes, que está cumprindo a Constituição³²³.

Logo, como a lei ressalvava os períodos até 31 de dezembro de 1999 e a citada legislação entrava em vigor em maio daquele ano, haveria inconstitucionalidade somente na conservação de períodos aquisitivos posteriores à vigência da lei.

Diante de tal argumentação, o Relator, Ministro Marco Aurélio, julgou a ADIn parcialmente procedente, declarando “que se mostra harmônica com a Carta Federal interpretação concernente a período já completo quando da vigência da lei nova”. Já o Ministro Sepúlveda Pertence, que sugerira inicialmente a adoção da inconstitucionalidade parcial “sem redução de texto, para excluir os períodos posteriores à vigência da lei”, votou no sentido da procedência parcial “sem redução de texto, para ressalvar da inconstitucionalidade os casos em que o direito à licença-prêmio já tivesse sido adquirido conforme a lei anterior”.³²⁴

O resultado foi acompanhado pela unanimidade dos Ministros presentes, quais sejam: Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Assim, o STF julgou a ADIn parcialmente procedente para proclamar a “inconstitucionalidade da norma impugnada, sem redução de texto, excluindo as situações jurídicas já constituídas até a data da Lei Complementar nº 857, de 20 de maio de 1999, do Estado de São Paulo”.

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn parcialmente procedente**. ADIn 2887. Governador do Estado de São Paulo x Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 04.02.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn parcialmente procedente**. ADIn 2887. Governador do Estado de São Paulo x Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 04.02.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

Ao efetuar a ressalva nestes moldes, o STF reduziu o alcance temporal do dispositivo, ressaltando que normas dele formuladas somente seriam constitucionais se tivessem abrangência limitada a maio de 1999. Embora tenha se cogitado da adoção da técnica de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, não se tratou de excluir uma interpretação (=norma) inconstitucional, mas sim estabelecer qual a única formulação normativa compatível com a Constituição.

Este caso mostra como as técnicas de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição são próximas, visto que qualquer uma das duas poderia ser adotada na solução do caso para a obtenção do mesmo resultado, a saber, a limitação temporal das normas formuláveis com base no dispositivo impugnado.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 2.887 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de algumas normas formuláveis com base naquele enunciado, a saber, aquelas que estendiam a proibição de conversão a direitos já adquiridos. Materialmente, trata-se de uma decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, pois estabeleceu que a única forma de interpretar o enunciado que seria compatível com a Constituição seria aquela que excluísse as situações em que já se teria adquirido o direito à conversão da licença-prêmio em dinheiro.

5.3.2.3.5 ADIn 134

A ADIn 134 foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, impugnando o enunciados da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul reputados inconstitucionais, em especial do artigo 53, XX daquela Carta, que assim dispunha:

Art. 53. Compete exclusivamente à Assembléia Legislativa além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

[...]

XX. Solicitar informações aos Poderes Executivo e Judiciário, por escrito, nos termos da lei, sobre fatos relacionados com cada um deles e sobre matéria legislativa, em tramitação na Assembléia Legislativa ou sujeita à fiscalização desta.

Sustentou-se a inconstitucionalidade de tal dispositivo em razão do princípio constitucional da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário (artigo 99 da CF/88), assim como o princípio da Separação de Poderes, plasmado no artigo 2º da Constituição. Nas informações prestadas pela Assembléia Gaúcha, consignou-se que não havia intenção de interferir na função jurisdicional, mas tão somente harmonizar o inter-relacionamento entre os Poderes³²⁵.

O Relator, Ministro Maurício Corrêa, entendeu que o alcance genérico do enunciado impugnado poderia gerar pedidos de informações do Legislativo relacionados a prerrogativas exclusivas do Judiciário, numa interferência que seria inadmissível. Por isso, votou no sentido de pronunciar a inconstitucionalidade do enunciado “e Judiciário”, excluindo este Poder do alcance de normas jurídicas geradas pelo dispositivo atacado.

No momento de proferir seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence se inclinou pela rejeição total à inconstitucionalidade do dispositivo. Porém, com a discussão que se segue, foi feita sugestão pelo Ministro Marco Aurélio no sentido de “dar interpretação conforme, para excluir os atos jurisdicionais”,

Votaram pela “interpretação conforme” para excluir do alcance do dispositivo os atos jurisdicionais os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Celso de

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn parcialmente procedente**. ADIn 134. Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB x Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Maurício Corrêa. J. 25.03.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06

Mello, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Pela pronúncia de inconstitucionalidade da expressão “e Judiciário” votaram o Relator, Ministro Maurício Corrêa, e os Ministros Cezar Peluso e Carlos Velloso.

Verifica-se que neste julgamento o STF utilizou a técnica de “interpretação conforme” não para estabelecer um único significado constitucionalmente compatível, mas sim para excluir um significado possível, no que seria, na sistemática das decisões interpretativas da Corte Alemã, uma “pronúncia de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 134 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de algumas normas formuláveis com base naquele enunciado, a saber, aquelas segundo as quais caberia ao Judiciário prestar informações sobre julgamentos realizados. Materialmente, trata-se de uma decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, pois estabeleceu que a única forma de interpretar o enunciado que o tornaria compatível com a Constituição seria aquela que excluísse as situações em que a prestação de informações pelo Judiciário fosse relativa a julgamentos.

5.3.2.3.6 ADIn 3.046

A ADIn 3.046 foi ajuizada pelo Governador do Estado de São Paulo contra a lei estadual nº 10.869/01, promulgada pela Assembléia Legislativa daquele Estado, que pretendia regulamentar a obrigatoriedade de prestação de informações pelo Executivo aos Deputados Estaduais individualmente considerados.

Sustentou-se violação aos artigos 49, X e 50 da Constituição Federal, dispositivos consagradores do dogma da Separação de Poderes e que, por sua vez, deveriam

ser de repetição obrigatória para os Estados membros. Em suma, defendeu-se que tendo a Constituição autorizado que a fiscalização do Executivo se fizesse pela atuação da mesa Diretora ocorreria uma proibição implícita de se outorgar tal aptidão a cada um dos parlamentares.

Na informações prestadas pela Assembléia Legislativa negou-se expressamente a inconstitucionalidade da lei, confirmando que a intenção do Legislador fora a outorga de autorização para a fiscalização individual do Executivo, não mediante comissões.

Em sede de parecer, a Procuradoria Geral da República opinou pela aplicação de interpretação conforme a Constituição à lei, “...de maneira que o poder nela enunciado seja adstrito às fiscalizações procedidas por meio de comissões de inquérito, nos termos do disposto no artigo 58 da Carta Política Federal”³²⁶.

Ao proferir seu voto na sessão de julgamento de 15/04/04, porém, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, opinou pela inaplicabilidade da decisão interpretativa, ao considerar que a vontade do Legislador restava deveras clara naquela oportunidade, reforçada que estava pelas informações da Assembléia Legislativa:

A fórmula, contudo, não parece adequada ao caso: a evidência de que a lei questionada visou a converter cada integrante da Assembléia Legislativa em fiscal solitário e independente da Administração Pública embarga a “interpretação conforme”, que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição³²⁷.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn integralmente procedente**. ADIn 3046. Governador do Estado de São Paulo x Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 10.04.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn integralmente procedente**. ADIn 3046. Governador do Estado de São Paulo x Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 10.04.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06

A decisão interpretativa foi rejeitada pela unanimidade dos Ministros presentes, com destaque para o Ministro Carlos Britto, que opinou no sentido de que a solução proposta pela PGR “...seria forçar a interpretação conforme, que tem os seus limites e não vai ao ponto de transmutar esta Casa em legislador”³²⁸. Fizeram-se presentes ao julgamento os Ministros Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Neste julgamento verificou-se a manutenção da “vontade inequívoca do Legislador”, decorrente do dogma da Separação de Poderes, como limite impeditivo da adoção de decisões interpretativas.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 3.046 consiste, formal e materialmente, numa “decisão estimatória total”, dada a pronúncia de inconstitucionalidade da integralidade do texto analisado.

5.3.2.3.7 ADIn 2.979

A ADIn em referência foi ajuizada pelo Governador do Estado do Espírito Santo, tendo por objeto a Lei Complementar Estadual nº 206, de 26.06.2001, que criou a chamada “promoção peculiar” de policiais militares e membros do corpo de bombeiros.

Segundo o Governador, referida lei estaria por estabelecer promoção automática de servidores públicos, mesmo sem a existência de cargos vagos no nível hierarquicamente superior, violando assim os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência da Administração Pública, assim como o da

³²⁸

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ibidem*.

razoabilidade, por permitir um maior número de comandantes do que comandados.

Em suas informações, a Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo propôs interpretar a lei de forma distinta, a saber, no sentido de que as promoções previstas na lei impugnada só poderiam se implementar caso haja cargos vagos no nível superior. Tanto a AGU quanto a PGR opinaram pela improcedência da ADI.

Na sessão do dia 15.04.2004, o Relator, Ministro César Peluso, proferiu seu voto, rejeitando as alegações de inconstitucionalidade, com algumas ressalvas, como se depreende de seu voto:

O que se pode notar é apenas que [...] a Lei Complementar nº 206, de 2001, não faz nenhuma vinculação nem remissão expressa à existência de vagas nos cargos da classe ou do efetivo de nível superior.

Mas isso é o que, por salvá-la, se há de presumir e ler em interpretação conforme à Constituição. Ou seja, as disposições da Lei Complementar nº 206, de 26 de junho de 2001, com a norma do inc. IV do § 2º do art. 1º, introduzida pela Lei Complementar nº 216, de 20 de dezembro de 2001, devem ser entendidas no sentido de que cada “*promoção peculiar*” só poderá efetivar-se quando exista, na classe superior, cargo vago³²⁹.

Tal voto foi acompanhado pela unanimidade dos Ministros presentes à sessão, a saber: Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 2.979 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de algumas normas formuláveis com base naquele

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn parcialmente procedente**. ADIn 2979. Governador do Estado do Espírito Santo x Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Rel. Min. César Peluso. J. 15.04.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06

enunciado, a saber, aquelas segundo as quais a promoção poderia ser feita de forma automática e independentemente da existência de cargo vago. Materialmente, trata-se de uma decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, pois elegeu-se uma única forma de interpretar a lei que a tornasse compatível com a Constituição.

5.3.2.3.8 ADIn 2.884

A ADIn nº 2.884 foi ajuizada pelo Partido Progressista – PP, visando a pronúncia de inconstitucionalidade, dentre outros dispositivos, do artigo 128, § 2º, II da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 13/2000, assim como o artigo 18 do ADCT da Constituição Estadual, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 25/2002.

Eis a redação de tais enunciados:

Art. 128.[...]

§ 2º Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro serão escolhidos:

II – três pelo Governador do Estado com aprovação da Assembléia Legislativa, sendo um dentre os membros do Ministério Público, o qual será indicado em lista tríplice pelo Tribunal de Contas, segundo os critérios de antiguidade e merecimento.

[...]

Art. 18. A partir da data de publicação desta Emenda Constitucional, a primeira vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas, dentre os escolhidos pela Assembléia Legislativa, será provida após escolha pelo Governador, aprovada pela Assembléia Legislativa, de acordo com a lista tríplice formulada pelo Tribunal de Contas entre membros do Ministério Público, respeitando-se, a partir de então, para o provimento das vagas seguintes, a forma de escolha do Conselheiro que será sucedido.

Alegou-se violação ao artigo 130 da Constituição Federal³³⁰, visto que o modelo federal obrigaria os Estados Membros a instituir Ministério Público Especial para atuação junto ao Tribunal de Contas, sendo que os Conselheiros nomeados pela

³³⁰ “Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.”

quota do MP devem sê-lo dentre os membros do MP Especial, e não do MP do Estado.

Nas informações da Assembléia Legislativa, restou patente que este órgão entendia não haver vinculação ao modelo federal e, pois, inexistir inconstitucionalidade. Já a Governadora do Estado propôs a adoção de decisão interpretativa para “afastar-se interpretação que não seja no sentido de que os membros do Ministério Público ali referidos são os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado”³³¹. No mesmo sentido da Governadora foi a manifestação da PGR.

O Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento do dia 02.12.2004, concluiu, no que tange aos dispositivos mencionados, no sentido de existir vinculação dos Estados ao modelo federal do Ministério Público Especial do Tribunal de Contas, concluindo pela procedência parcial da ADIn, restringindo a exegese dos dispositivos , de forma que, afastando outras possibilidades de interpretação, “seja fixado o entendimento de que o Ministério Público referido em tais normas é o Ministério Público Especial com atuação exclusiva junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro”³³².

Acompanharam o Relator a unanimidade dos Ministros presentes ao julgamento, a saber: Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, César Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn parcialmente procedente**. ADIn 2884. Partido Progressista - PP x Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Celso de Mello. J. 02.12.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn parcialmente procedente**. ADIn 2884. Partido Progressista - PP x Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Celso de Mello. J. 02.12.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 2.884 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de algumas normas formuláveis com base naquele enunciado, a saber, aquelas segundo as quais a nomeação ao cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas pela quota do MP poderia ser feita por membros do Ministério Público Estadual. Materialmente, trata-se de uma decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, pois elegeu-se uma única forma de interpretar a lei que a tornasse compatível com a Constituição.

5.3.2.3.9 ADIn 2.925

A ADIn em questão foi ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte – CNT, objetivando a obtenção de decisão interpretativa acerca do artigo 4º, I, “a”, “b”, “c” e “d” da Lei Federal nº 10.640 (Lei Orçamentária Anual), abaixo transcritos:

Art. 4º Fica o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares, observados os limites e condições estabelecidos neste artigo e desde que demonstrada, em anexo específico do decreto de abertura, a compatibilidade das alterações promovidas na programação orçamentária com a meta de resultado primário estabelecida no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2003, para suplementação de dotações consignadas:

I - a cada subtítulo, até o limite de dez por cento do respectivo valor, mediante a utilização de recursos provenientes de:

a) anulação parcial de dotações, limitada a dez por cento do valor do subtítulo objeto da anulação, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo;

b) reserva de contingência, inclusive de fundos e de órgãos e entidades das Administrações direta e indireta, observado o disposto no parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, e no § 6º deste artigo;

c) excesso de arrecadação de receitas diretamente arrecadadas, desde que para alocação nos mesmos subtítulos em que os recursos dessas fontes foram originalmente programados, observado o disposto no parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal; e

d) até dez por cento do excesso de arrecadação.

Entendeu a Confederação autora que tais dispositivos, em razão de sua amplitude, poderiam em tese ser interpretados de forma a violar o artigo 177, § 4º, II, “a”, “b” e “c” da Constituição Federal, que determina a aplicação integral dos recursos obtidos com os tributos da espécie “Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico” - CIDE em determinadas finalidades, a saber: ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo, ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás, ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás e ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

Em seu voto inicial, a Relatora, Ministra Ellen Gracie, não conhecia da ADIn, por entender, na forma da jurisprudência da Corte, não ser cabível controle abstrato de leis de efeitos concretos, como seria o caso de lei orçamentária. Porém, seu voto foi vencido, pois a maioria dos Ministros entendeu que, neste caso, o enunciado permitia a formulação de uma norma abstrata que permitiria, em tese, um desvio da receita arrecadada.

No que tange ao mérito, a Relatora julgava improcedente a ADIn porque entendia que a lei não dava margem à tredestinação, ainda mais quando interpretada com o parágrafo único do artigo 8º da Lei Complementar 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal), segundo o qual, os recursos legalmente vinculados a finalidade específica “serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”.

Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence teceu algumas considerações sobre o cabimento da decisão interpretativa:

Todo controle de constitucionalidade de normas parte - perdoem-me o lugar comum - da interpretação da norma questionada. E, a partir daí, o

Tribunal pode encontrar-se entre as duas hipóteses de uma alternativa: ou a interpretação é inequívoca - quanto uma interpretação pode ser inequívoca, mas ao Tribunal parecer inequívoca - e, aí, cabe-lhe dizer: essa interpretação inequívoca é constitucional ou é inconstitucional; ou o Tribunal reconhece a equivocidade do texto ou da norma, melhor dizendo, sujeita ao seu controle. Não qualquer dúvida subjetiva, por mais eminente que seja o sujeito da dúvida, mas uma ambiguidade nascida do próprio texto da norma e aí, sim - e só aí -, é que cabe cogitar de uma "interpretação conforme", na medida em que ela envolve também a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, de todas as interpretações a que o preceito pudesse dar lugar.

Basicamente, os Ministros entendiam que a lei orçamentária não poderia contrariar a Constituição no que tange à necessária destinação da receita da CIDE. Porém, alguns se inclinavam pela improcedência da ADIn (como a Relatora e os Ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa), sob o argumento de que a Lei de Responsabilidade Fiscal já proibia a conduta supostamente autorizada pela amplitude do enunciado questionado.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio consignou:

Todos estamos de acordo com a supremacia da Carta da República. Agora, se existe tanta dúvida, a ponto de se ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade, evidentemente, precisamos partir, a fim de evitar controvérsias futuras, para a interpretação conforme e proclamar que não pode haver a utilização, como crédito suplementar, dessa rubrica que tem destinação peremptória, categórica, em texto exaustivo na Carta da República.

[...]

Estamos aqui num processo - já perquiri o alcance do ato normativo -, não estamos sequer indagando o alcance da Carta da República, porque os dez ministros presentes -Vossa Excelência, ainda, não se manifestou - concordam com o alcance do artigo 177, § 4o, inciso II, dessa mesma Carta, mas há sérias dúvidas, e o Tribunal está dividido, quanto ao alcance do ato normativo atacado. Não tenho nenhuma dúvida. O que eu digo é que o amanhã, se a decisão não for no sentido da procedência do pedido formulado na inicial, revelará o emprego dessa contribuição, do arrecadado a título dessa contribuição do artigo 177, §4º, em áreas diversas, tendo em conta - repito - a ambiguidade da lei atacada.

Acolhendo por maioria este entendimento, o STF julgou parcialmente procedente a ação para, dando interpretação conforme a Constituição, estabelecer que “a

abertura de crédito suplementar deve ser destinada às três finalidades enumeradas nos artigos 177, § 4º, inciso I, alíneas 'a', 'b' e 'c', da Carta Federal...”.

Participaram do julgamento, além da Relatora, os Ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa (vencidos), Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Carlos Britto.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 2.925 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de algumas normas formuláveis com base naquele enunciado, a saber, aquelas segundo as quais a abertura de créditos suplementares de CIDE poderia ser feita sem respeitar as finalidades constitucionais. Materialmente, trata-se de uma decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, pois elegeu-se uma única forma de interpretar a lei que a tornasse compatível com a Constituição.

5.3.2.3.10 ADIn 2.816

A ADIn nº 2.816 foi ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina objetivando a pronúncia de inconstitucionalidade da lei estadual nº 11.373, cujo teor segue transcrito abaixo:

Art. 1º Fica determinado que o Departamento Estadual de Trânsito de Santa Catarina – DETRAN/SC e o Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina – DER/SC enviem juntamente com a multa ao contribuinte, foto do momento em que ocorreu a infração, sendo ela registrada pelo Sistema de Foto-Sensor.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Alegou-se, no caso, que referido conjunto de enunciados importaria em invasão da competência privativa da União para legislar sobre trânsito, em afronta ao artigo 22, II da Constituição Federal.

Na sessão de julgamento do dia 09.03.2005 o Relator, Ministro Eros Grau, inicialmente votou no sentido da procedência integral da ADIn, acolhendo a fundamentação da inicial. Porém, iniciou-se divergência com o voto do Ministro Carlos Britto, que opinou no sentido de que a lei analisada não estava legislando sobre trânsito, mas somente garantindo a ampla defesa do suposto infrator de trânsito, ao exigir que os autos de infração fossem acompanhados da foto do momento da infração.

Durante a discussão, surgiu dúvida acerca da interpretação do enunciado “sendo ela registrada pelo Sistema de Foto-Sensor”, presente no artigo 1º da lei, causada especificamente pela palavra “sendo”. Esta poderia ser interpretada como sinônimo de “devendo ser” ou então de “caso seja”. Na primeira situação, haveria inconstitucionalidade, pois lei de iniciativa parlamentar não poderia criar obrigação para o Estado, representada pela instalação de foto-sensores. Na segunda hipótese, a norma seria constitucional, pois estabelece a obrigatoriedade do envio da foto somente nas situações em que a infração tenha sido captada por tal sistema.

Considerando inclusive que em suas informações a Assembléia Legislativa aduziu que a lei versava sobre “tecnologia existente e implantada”³³³, o Supremo Tribunal Federal, após a reconsideração do voto do Ministro Eros Grau, optou pela segunda interpretação, julgando a ADIn procedente em parte para reduzir o alcance do enunciado, “às hipóteses em que houver, no local, sistema de foto-sensor”.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn parcialmente procedente**. ADIn 2816. Governador do Estado de Santa Catarina x Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Rel. Min. Eros Grau. J. 09.03.2005. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

Participaram do julgamento, além do Relator, os Ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Utilizando a classificação proposta por Revorio e adotada nesta dissertação, a decisão da ADIn nº 2.816 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, dada a pronúncia de inconstitucionalidade de algumas normas formuláveis com base naquele enunciado, a saber, aquelas segundo as quais haveria obrigatoriedade de instalação de foto-sensores pelo Estado de Santa Catarina. Materialmente, trata-se de uma decisão estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito, pois estabeleceu-se uma única forma de interpretar o enunciado que fosse compatível com a Constituição.

5.3.3 Conclusões da análise da jurisprudência do STF

Após a análise dos Acórdãos listados nos itens anteriores, podemos chegar a algumas conclusões acerca do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre as decisões interpretativas.

Em primeiro lugar, conclui-se que a jurisprudência do STF, apesar de evocar em muitas situações a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, não distingue com clareza as figuras da “interpretação conforme a Constituição” da “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”. Desde o início da abordagem da matéria na Representação 1.417 já se esboçava um tratamento uniforme de ambas as figuras, o que se confirmou quando o Supremo passou a adotar a “procedência parcial” da ADIn nos casos em que aplica decisões interpretativas (ADIn 581).

Os demais casos demonstraram que o STF, quando adota decisões interpretativas, se utiliza da fórmula da “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto mediante interpretação conforme a Constituição”, jungindo ambas as figuras. De todos os casos analisados, somente na ADIn 1.170 verificou-se a utilização da nomenclatura “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” no sentido empregado pelo Tribunal Constitucional Alemão, a saber, exclusão de um significado inconstitucional com manutenção do texto legislativo.

Esta prática acaba tornando inócua a distinção entre tais modalidades como vem sendo feita pela doutrina brasileira, ainda que inspirada na literalidade do parágrafo único do artigo 28 da Lei Federal nº 9.868/99. Como a disposição legal mencionada não estabelece os requisitos mínimos para se verificar quando ocorre uma “interpretação conforme a Constituição” e quando se dá a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, o STF acabou desfrutando de enorme liberdade para estabelecer os contornos materiais de tais institutos, inclusive para negar uma efetiva diferença prática entre eles, ao menos no âmbito do controle de constitucionalidade em abstrato.

No que tange aos critérios utilizados pelo STF para a adoção de decisões interpretativas, verificou-se que sua aplicação fica restrita aos casos em que a ambiguidade do texto proporcione mais de uma construção interpretativa. E esta ambiguidade não ocorrerá necessariamente quando o legislador utilize palavras de conteúdo semântico aberto (como “interesse público”, “interesse social”, dentre outros), como se pôde verificar na ADIn 2.816, em que a palavra “sendo” dava margem a diversas interpretações. Percebeu-se também uma grande valorização da análise do processo legislativo, bem como das informações prestadas pelo Poder Legislativo, para a aferição da chamada “vontade inequívoca do Legislador”, que é outra das limitações auto-impostas pelo STF para a aplicação de decisões interpretativas. Esta vontade, longe de ser o fim perseguido

objetivamente pela norma (*mens legis*), corresponde à análise da intenção dos membros do Legislativo (*mens legislatoris*) que aprovaram a lei³³⁴.

Pôde-se verificar que, para o Supremo Tribunal Federal, a chamada “vontade inequívoca do legislador” liga-se com a idéia de presunção de constitucionalidade. Ao valorizar a vontade inequívoca do Legislador como limite à adoção da decisão interpretativa, a Corte demonstra entender que se deve, a princípio, considerar que o Legislativo não quis criar uma lei inconstitucional. Porém, caso fique claro que a intenção dele foi esta, não se pode retorcer o enunciado para salvá-lo, tornando-se imperativa a pronúncia de inconstitucionalidade, salvo quando esta pronúncia gere uma situação mais grave do que a inconstitucionalidade em si, como por exemplo na ADIn 2596.

Ainda no que diz respeito aos critérios para a utilização de decisões interpretativas, verificou-se que o Supremo ainda valoriza bastante o dogma da Separação de Poderes, que reflete o entendimento segundo o qual não caberia ao Tribunal atuar como legislador positivo (criador de normas), mas somente como legislador negativo (extinguindo normas, ainda que sem afetar o texto). Todavia, pôde-se verificar no mínimo uma situação em que o STF entendeu como preponderante a Supremacia Constitucional, a saber, a ADIn 2.596, em que se realizou verdadeira manipulação normativa da Constituição do Estado do Pará sob o pretexto de adequá-la ao modelo federal.

Também foi possível constatar, acerca dos limites objetivos das decisões interpretativas, que o STF se considera apto a aplicá-las para adequar qualquer ato normativo aos ditames constitucionais, seja ele de esfera estadual ou federal,

³³⁴ Esta última constatação revela uma certa ponderação do STF acerca da utilização de sua discricionariedade interpretativa, visto que enquanto esta discricionariedade revela uma posição de ativismo judicial, a valorização da vontade dos parlamentares que editaram a lei demonstra uma certa dose de influência do originalismo aplicado agora não à Constituição, como nos Estados Unidos, mas às leis infraconstitucionais.

inclusive Emendas à Constituição Federal, como se verificou na Questão de Ordem na ADC nº 1 e na ADIn 1946.

De forma geral, e retomando a classificação de Revorio, as decisões interpretativas formuladas pelo STF no controle de constitucionalidade em abstrato apresentam a seguinte tendência: a) pelo critério formal, as decisões passaram de desestimatórias interpretativas (decisões de constitucionalidade condicionada) a estimatórias parciais sem redução de texto (decisões de inconstitucionalidade parcial) a partir da ADIn 581; b) pelo critério material, as decisões apresentam-se, em sua grande maioria, como estimatórias parciais sem redução de texto em sentido estrito (quando a Corte estabelece o “único significado possível”), embora tenham-se verificado casos de decisões estimatórias parciais manipulativas tanto aditivas (Questão de Ordem na ADC nº 1) quanto substitutivas (como na ADIn 2.596), como redutoras (caso da ADIn 1.170).

Demonstrando esta tendência, temos que, dos acórdãos analisados, quanto à forma, 11 deles consistiram em decisões estimatórias parciais sem redução de texto em sentido estrito, havendo somente 1 decisão desestimatória interpretativa e 5 acórdãos que chegaram a conclusões distintas.

Quanto ao critério de classificação material, verificamos que do total de acórdãos analisados, 10 deles consistiram em decisões estimatórias parciais sem redução de texto em sentido estrito, ao passo que há 3 decisões estimatórias parciais sem redução de texto manipulativas, das quais há 1 aditiva, 1 substitutiva e 1 redutora, ao lado de outros 2 acórdãos que chegaram a conclusões diversas.

Tais dados foram resumidos nos quadros abaixo:

<i>Critério formal</i>	<i>Quant.</i>	<i>%</i>
Desestimatória interpretativa	1	5,88

<i>Critério formal</i>	<i>Quant.</i>	<i>%</i>
Estimatória parcial sem redução de texto em sentido estrito	11	64,7
Outras	5	29,41

<i>Critério material</i>	<i>Quant.</i>	<i>%</i>
Sem redução de texto em sentido estrito	10	58,82
Sem redução de texto manipulativa aditiva	1	5,88
Sem redução de texto manipulativa substitutiva	1	5,88
Sem redução de texto manipulativa redutora	1	5,88
Outros	4	23,52

A análise das decisões interpretativas do STF levando em consideração o critério material, ou seja, analisando os efeitos que a decisão tem sobre a norma jurídica passível de formulação com base no enunciado, indica forte tendência da Suprema Corte no sentido de restringir cada vez mais a interpretação do enunciado analisado. Este fenômeno bem poderia ser apelidado de “Escola da Exegese Constitucional”³³⁵, já que a interpretação conferida pelo Supremo é garantida pela eficácia vinculante de sua decisão.

Se por um lado esta pretensa uniformização hermenêutica tem fins nobres, a saber, garantir a manutenção da lei no ordenamento jurídico adaptada aos ditames constitucionais, por outro lado ela pode gerar alguns questionamentos a

³³⁵ A “Escola da Exegese”, que floresceu no século XIX, segundo Tavares, consistiu numa “...vertente do método gramatical de interpretação, na qual predomina o subjetivismo histórico do legislador”. (TAVARES, André Ramos. **Teoria de Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29). Consistia a Escola da Exegese em corrente doutrinária que pregava o respeito à vontade do legislador, vez que este, em última instância, exprimia a vontade do povo, de quem decorria a soberania. Disto decorria a falácia de que a lei deveria ser interpretada literalmente e seu texto somente comportaria um único significado. No caso mencionado, como a decisão interpretativa sem redução de texto em sentido estrito visa estabelecer um único significado que seria constitucionalmente compatível, há uma repetição da mesma lógica da Escola da Exegese, com a substancial diferença de que o subjetivismo histórico a predominar não é mais o do Legislador, mas o do STF.

longo prazo, haja vista a constante mutação por que passa a interpretação dos enunciados legais e constitucionais.

Além deste questionamento, cumpre ainda saber se as decisões interpretativas, quando adotadas, importam de fato em uma pronúncia de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade e se, conseqüentemente, deve-se aplicar ou não o quorum especial do artigo 97 da Constituição às situações em que elas venham a ser aplicadas.

6 QUESTÕES AINDA CONTROVERSAS DECORRENTES DA ADOÇÃO DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

No capítulo anterior verificamos qual é o posicionamento do Supremo Tribunal acerca da utilização das decisões interpretativas, abordando os critérios e limites eleitos por aquela Corte para a utilização de tais técnicas decisórias. Porém, alguns aspectos ligados à utilização das decisões interpretativas continuam em aberto mesmo após o detido estudo da jurisprudência do STF.

Neste capítulo, buscaremos analisar estes aspectos inexplorados pelo Supremo Tribunal Federal, bem como outros que são necessários para seu correto entendimento.

6.1 PRONÚNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E O ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO

Um dos aspectos relevantes a serem definidos acerca das decisões interpretativas corresponde a saber se elas correspondem a uma pronúncia de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Tal indagação é relevante a partir do momento em que verificamos a existência da norma formulável com base no enunciado do artigo 97 da Constituição, segundo o qual apenas com o voto da maioria absoluta de seus membros, “...ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

Esta exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a pronúncia de inconstitucionalidade também se aplica ao Supremo Tribunal Federal, seja por força da própria norma constitucional, que não o excepciona, seja em razão do

que dispõe o artigo 23 da Lei 9.868/99³³⁶, que exige o voto de seis ministros (maioria absoluta) para se considerar dada lei inconstitucional.

Como já visto quando da adoção da classificação de Revorio, sob o aspecto formal as decisões interpretativas podem se apresentar tanto quanto uma pronúncia de constitucionalidade condicionada (“A lei é constitucional desde que interpretada desta forma...”) como uma pronúncia de inconstitucionalidade restrita (“A lei é inconstitucional se interpretada desta forma...”).

Porém, caso elejamos o aspecto formal³³⁷ como parâmetro para a aplicação ou não do artigo 97 da Constituição, estar-se-ia relegando tal norma ao destino da casuística, pois bastaria que a conclusão do acórdão nada falasse sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade para negar sua aplicação em situações nas quais seria cabível. Por tais motivos, pensamos que é o aspecto material, a saber, o efeito da decisão sobre o enunciado analisado, que deve determinar a incidência ou não do artigo 97 da Constituição.

Na praxe jurisprudencial do STF, verificamos que desde a ADIn 581 a Corte passou a, formalmente, considerar a demanda parcialmente procedente sempre que adotasse decisões interpretativas. E assim fez porque entendeu, conforme explicitado pelo Ministro Moreira Alves, que quando o Tribunal só admite “...como

³³⁶ “Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.”

³³⁷ Embora não existam muitos pronunciamentos abordando o assunto, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de privilegiar o critério formal ao decidir que “(...) não é necessário instaurar o procedimento do art. 97 da Lei Maior, pois o acórdão objurgado não exerceu o controle da compatibilidade vertical da lei em face da Constituição, mas deu, conforme seu juízo, uma interpretação consentânea com os princípios constitucionais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento não conhecido**. AI 574.356, EMPRESA PÚBLICA DE TRANSPORTE E CIRCULAÇÃO S/A - EPTC x Roberto Gazolla. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 22.02.2006. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 15.06.06)

constitucional uma das interpretações possíveis da lei impugnada” está ele, “na realidade, declarando a inconstitucionalidade das demais”³³⁸.

Esta concepção é válida quando o STF utiliza nominalmente a interpretação conforme a Constituição, porém na concepção do Tribunal Constitucional Alemão, a saber, como decisão estimatória sem redução de texto em sentido estrito, na qual se elege um único significado como constitucional. Nestas situações, o significado escolhido pelo STF é expressamente declarado constitucional, com a conseqüente pronúncia implícita de inconstitucionalidade dos demais, segundo jurisprudência da Corte.

A rigor, nestes casos, o Supremo Tribunal Federal, mantendo o enunciado legislativo intacto, exclui do sistema jurídico todas as demais normas jurídicas que seriam formuláveis com base naquele texto, mantendo-se somente aquela considerada constitucional.

No que tange, porém, à mera exclusão de um significado inconstitucional, quando o STF aplica a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” nos moldes em que concebida pela Corte Constitucional Alemã, ou seja, como decisão estimatória parcial sem redução de texto manipulativa redutora, o Supremo exclui do sistema jurídico tão somente uma das normas jurídicas formuláveis com base no enunciado controlado, mantendo no sistema todas as demais.

Ademais, se o quorum da maioria absoluta do artigo 97 da Constituição fosse aplicável sempre que o Tribunal concluísse pela expulsão de normas jurídicas do Ordenamento, em razão de sua incompatibilidade com a Constituição, deveria ele ser aplicável também sempre que se utilizassem decisões interpretativas, pois

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn julgada parcialmente procedente**. ADIn 581. Procurador Geral da República x Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 12.08.92. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 10.04.06.

estas importam sempre numa exclusão normativa mais ou menos abrangente, conforme a técnica adotada.

Contrariando este entendimento, Amaral Júnior³³⁹ opina pelo cabimento da regra do artigo 97 somente quando haja expressa exclusão de significados inconstitucionais:

Assim, como na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto há efetivo juízo de desvalor da norma, surgindo a *quaestio juris* incidentalmente em um órgão fracionário de Tribunal, o incidente deverá ser processado por seu Plenário ou Órgão Especial (art. 97 da CRFB/88 - “full bench”). Por sua vez, a interpretação conforme à Constituição, por ser técnica hermenêutica que visa à preservação do texto inquinado, pode (e deve) ser procedida por todo e qualquer juízo, monocrático ou colegiado, não necessitando, nesse último caso, de provocação do Plenário.

Discordamos deste entendimento e pensamos que a chamada regra do “*full bench*” do artigo 97 da Constituição não poderá ser aplicada nos casos em que a Corte proferir decisões interpretativas. Duas formas de interpretar o citado enunciado nos levariam a tal conclusão, a saber, a literal e a teleológica.

Valorizando o aspecto literal da interpretação, verificamos que o citado enunciado faz referência tão somente aos casos em que haja uma pronúncia de inconstitucionalidade “de lei ou ato normativo do Poder Público”. Em outras palavras: o texto constitucional exige o voto da maioria absoluta dos componentes do Tribunal sempre que se trate de considerar inconstitucional o enunciado legislativo, mas não a norma com base nele formulada.

³³⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Da necessária distinção entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 2, n. 24, abr. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=132>>. Acesso em: 01 fev. 2006.

Quando o controle de constitucionalidade em abstrato se dá diretamente sobre o enunciado, a norma jurídica é excluída do ordenamento de forma reflexa, já que seu texto (suporte físico, sem o qual é impossível formulá-la) é atingido. Já nas técnicas de decisão interpretativa aqui comentadas, a norma jurídica é atingida diretamente, em maior ou menor grau, mantendo-se sempre intacto seu enunciado.

Além da interpretação literal do dispositivo constitucional, também sua finalidade leva à conclusão segundo a qual a reserva de plenário não é aplicável quando da utilização de decisões interpretativas.

Assim pensamos porque a razão de ser do *quorum* qualificado supra é justamente evitar a tensão entre Poderes inerente a uma pronúncia de inconstitucionalidade do enunciado legislativo. Quando a Constituição reputa com necessário para a pronúncia de inconstitucionalidade de uma lei a maioria absoluta dos membros de um Tribunal, busca-se dificultar a conclusão pela inconstitucionalidade, justamente para evitar um choque frequente entre o Poder Judiciário e o Legislador. Citada tensão, todavia, é bastante minimizada pela utilização das decisões interpretativas.

Assim, pelos motivos aqui expostos, a regra da reserva de plenário, extraível do artigo 97 da Constituição, somente poderá ser aplicada aos casos de pronúncia de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ou seja, quando o controle atinja diretamente o enunciado legislativo atacado. Quando se tratar de decisões interpretativas, que afetam diretamente a norma jurídica e conservam o texto legislativo, não é cabível a exigência do *quorum* especial, seja porque a Constituição a estabelece somente para os casos de pronúncia de inconstitucionalidade de “lei” (e não de “norma”), seja porque sua finalidade é evitar a tensão entre os Poderes, tensão esta que já é evitada pela adoção das técnicas decisórias aqui estudadas.

6.2 LIMITES SUBJETIVOS DA DECISÃO INTERPRETATIVA

O questionamento acerca dos limites subjetivos da decisão interpretativa proferida pelo STF no controle de constitucionalidade em abstrato não tem peculiaridades que o diferenciem da indagação acerca dos limites subjetivos de qualquer decisão proferida em tal âmbito do controle de validade das leis perante a Constituição e acaba por se limitar na perquirição dos limites do efeito vinculante. A particularidade estará presente tão somente na definição do limite da vinculação, já que no caso de a decisão considerar uma lei constitucional sem ressalvas, estarão os órgãos vinculados proibidos de considerar a lei inconstitucional, ao passo que no caso de vinculação via decisão interpretativa a vinculação se dá diretamente sobre o significado emanado do texto legislativo.

Indaga-se, neste aspecto, basicamente, quem está vinculado pela decisão em sede de ADIn e, em nosso caso, quem está vinculado à interpretação eleita pelo STF como constitucional, nos casos em que isso ocorra. Este questionamento importa verificar, inclusive, se o próprio Tribunal está vinculado à interpretação por ele adotada ou se é possível que a Corte venha a rever seu entendimento.

Inicialmente previsto em âmbito constitucional pela EC nº 03/93 exclusivamente para a Ação Declaratória de Constitucionalidade, o efeito vinculante foi tratado pela Lei 9.868 no parágrafo único do artigo 28, nos seguintes termos:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45 alterou a redação do § 2º do artigo 102 da Constituição, estendendo o efeito vinculante a todas as ações de controle

abstrato de constitucionalidade, passando o enunciado constitucional a contar com a seguinte redação:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Como se pode verificar, são abrangidos pela decisão interpretativa todos os órgãos da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Também os órgãos do Judiciário estão expressamente afetados pelo efeito vinculante e, conseqüentemente, também pela interpretação eleita pelo STF quando este adote decisão interpretativa uniformizadora.

Esclarecemos que a vinculação da decisão interpretativa ocorrerá em maior ou menor grau conforme se trata de decisões em que o STF estabeleça um único significado como constitucionalmente compatível, ou então de decisões em que a Corte exclua um dentre os possíveis significados do enunciado, por inconstitucionalidade.

Exemplos da primeira situação (em que há uma forte vinculação) consistem nas decisões estimatórias parciais **a)** em sentido estrito e **b)** manipulativas **b.1)** aditivas e **b.2)** substitutivas. Ademais, podemos apontar as decisões **c)** estimatórias parciais manipulativas redutoras como exemplos da segunda hipótese, em que existe uma vinculação mais fraca dos órgãos afetados³⁴⁰.

Assim, nos casos “a”, “b.1” e “b.2” os órgãos vinculados possuem o dever positivo de interpretar a lei da forma preconizada pelo Supremo Tribunal Federal. Já no

³⁴⁰ Cumpre lembrar que as hipóteses “a” e “c” correspondem, respectivamente, ao que a Corte Constitucional Alemã considera como sendo “interpretação conforme a Constituição” e “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”.

caso “c” a vinculação é mais branda, de forma que o órgão fica adstrito ao dever negativo de não utilizar a interpretação considerada inconstitucional pela Corte.

No caso, a prevalência da interpretação eleita pelo STF está garantida pela possibilidade de que a parte prejudicada por eventual decisão que a desconsidere se utilize da chamada “reclamação constitucional”, na qual o Supremo, verificando a inobservância da interpretação vinculante, sustará os efeitos da decisão. No caso “c” acima, porém, a reclamação somente será viável caso o órgão vinculado utilize a interpretação expressamente rechaçada pelo STF.

Todavia, cumpre indagar se o próprio Supremo Tribunal Federal estaria limitado pelo efeito vinculante de sua interpretação, seja nos casos de vinculação forte (positiva) ou nos casos de vinculação fraca (negativa).

Sob uma ótica estritamente normativa, uma interpretação evolutiva das normas que estabelecem o efeito vinculante leva à conclusão da inexistência de vinculação do STF às suas próprias decisões, aplicando ou não uma decisão interpretativa. E assim ocorreria porque, enquanto o artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99, estabelece o efeito vinculante “em relação aos órgãos do Poder Judiciário”, a norma constitucional do art. 102, § 2º, introduzida pela EC nº 45 estabelece a vinculação “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário”. Como visto, enquanto no primeiro caso o Supremo Tribunal Federal estaria incluído (já que faz parte do Poder Judiciário), no segundo inexistiria vinculação, visto que o enunciado constitucional aparenta excluir o STF do efeito vinculante.

Com argumentação semelhante, Martins e Mendes³⁴¹ chegaram à mesma conclusão acerca da Ação Declaratória de Constitucionalidade:

³⁴¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 342.

A fórmula adotada pela Emenda n. 3, de 1993, parece excluir também o Supremo Tribunal Federal do âmbito de aplicação do efeito vinculante. A expressa referência ao efeito vinculante em relação aos “demais órgãos do Poder Judiciário” legitima este entendimento.

O tema chegou a ser discutido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem na ADC nº 1. O Ministro Moreira Alves, Relator, demonstrou entendimento segundo o qual o Tribunal não poderia voltar atrás em suas decisões em razão da eficácia *erga omnes*:

De feito, se a eficácia erga omnes que também possuem suas [da ADC] decisões de mérito lhe dá a mesma eficácia que têm as decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade (e – note-se – é em virtude dessa eficácia erga omnes que esta Corte, por ser alcançada igualmente por ela, não pode voltar atrás na declaração que nela fez anteriormente), dos efeito vinculante que lhe é próprio resulta...

Note-se que, no trecho destacado de seu voto, o Ministro Moreira Alves enxergou como óbice à alteração da jurisprudência do STF não o efeito vinculante, mas sim a eficácia *erga omnes*, de forma que, segundo entendemos, estava ele a se referir à impossibilidade de alteração jurisprudencial em relação à pronúncia de inconstitucionalidade, e não no caso de o Supremo considerar a norma constitucional.

Alguns autores enfocam a questão sob a ótica da pronúncia de constitucionalidade. Assim, uma lei considerada constitucional pelo STF, ainda que dotada de eficácia vinculante a decisão, poderia ser posteriormente considerada inconstitucional, como aponta Barroso³⁴²:

Parece totalmente inapropriado que se impeça o Supremo Tribunal Federal de reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, à vista de novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 152

de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei.

Esta nova análise do STF deveria pressupor, todavia, alguma alteração, seja no contexto fático-histórico, seja no sentido da norma constitucional utilizada como parâmetro. Assim já ensinava Hesse³⁴³, para quem "... uma mudança das relações fáticas pode - ou deve - provocar mudanças na interpretação da Constituição".

No mesmo sentido é a abalizada análise de Streck³⁴⁴:

Não há, pois, um caráter absoluto na decisão que declara, de forma direta ou indireta, a constitucionalidade de um ato normativo, *uma vez que a mutação do contexto social-histórico pode acarretar uma nova interpretação*. Por isso, a hermenêutica de matriz fenomenológica pode contribuir para a elucidação dessa problemática, uma vez que o processo de interpretação é sempre produtivo (*Sinngebung*), e não meramente reprodutivo (*Auslegung*). *Uma lei pode ser constitucional em um dado momento histórico e inconstitucional em outro*. Mergulhado no rio da história, o intérprete poderá atribuir outro sentido ao texto.

Por fim, cumpre salientar trecho importantíssimo de voto do Ministro Carlos Velloso na Questão de Ordem na ADC nº 1, versando especificamente sobre a abrangência do efeito vinculante da declaração de constitucionalidade decorrente da procedência da ADC:

Alterando-se a constituição substancial, a esta há de ajustar-se a constituição formal. Daí porque interpreto a norma inscrita na Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que estabelece a eficácia erga omnes para a decisão que resolve em definitivo a ação declaratória de constitucionalidade, cum grano sallis. Quer dizer, a declaração de constitucionalidade da lei não impede, a meu ver, diante de alteração das circunstâncias fáticas ou da realidade normativa, a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Penso que esta é uma posição que a Corte Constitucional deve assentar. É que, como foi dito: hoje, a lei pode ser constitucional, amanhã, não.

³⁴³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 23

³⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 439.

Este posicionamento foi posteriormente reafirmado pela composição plenária da Corte, quando do julgamento de Questão de Ordem na ADIn 2.675, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência do STF, nº 331:

Em seguida, no mesmo julgamento acima mencionado, em virtude da ponderação feita pelo Min. Presidente, no sentido de que os votos então proferidos contrariam a validade da norma declarada constitucional, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, nos autos da ADI 1851/AL, submeteu-se ao Plenário nova questão de ordem sobre a admissibilidade, ou não, do julgamento das ações diretas em causa, haja vista a possibilidade de que seja dada nova interpretação ao mesmo tema pela Corte. O Tribunal, embora salientando a necessidade de motivação idônea, crítica e consciente para justificar eventual reapreciação de uma questão já tratada pela Corte, concluiu no sentido de admitir o julgamento das ações diretas, por considerar que o efeito vinculante previsto no § 2º do art. 102 da CF não condiciona o próprio STF, limitando-se aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, e que, no caso, ficou demonstrada a distinção entre os dispositivos impugnados nas presentes ações e a Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97³⁴⁵.

Assim, nos casos em que o Supremo pronuncia a constitucionalidade do enunciado, sem quaisquer ressalvas, há um consenso tanto da doutrina quanto da própria Corte no sentido de que pode ele julgar novamente a questão tão somente para pronunciar a inconstitucionalidade. Enunciados já considerados inconstitucionais não poderiam ser posteriormente transformados em constitucionais, vez que já teriam sido expulsos do ordenamento jurídico e, por tal motivo, a mudança de entendimento geraria grave perturbação da segurança jurídica (pior ainda do que a própria pronúncia de inconstitucionalidade).

Estes fundamentos poderiam, inclusive, levar à conclusão de que o STF também não estaria totalmente adstrito à decisão anteriormente proferida também no que tange às súmulas vinculantes, visto que o art. 103-A da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, também se refere ao efeito vinculante "...em

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem decidida no sentido de se apreciar a questão já analisada na ADIn 1851**. ADIn 2.675. Governador do Estado de São Paulo x Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 26.11.2003. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

relação aos demais órgãos do Poder Judiciário”. Ressalta-se, todavia, que no mesmo enunciado há a previsão da possibilidade de sua “revisão ou cancelamento” na forma da lei, mas que poderá ser provocada pelos mesmos legitimados para a propositura de ADIn ou ADC. Logo, como o próprio enunciado constitucional prevê a possibilidade de revisão ou cancelamento da súmula vinculante, pensamos que também quanto a estas o STF não se encontra vinculado.

Vale para o caso das súmulas vinculantes, porém, o mesmo pensamento que informa a possibilidade de revisão de decisões proferidas no controle abstrato, ou seja, deve existir um fundamento fático ou normativo relevante que altere a forma de interpretação do enunciado.

Logo, firmado o posicionamento de que o Supremo Tribunal Federal não está, em tese, adstrito ao efeito vinculante de suas próprias decisões quando proclama a constitucionalidade do enunciado, cumpre verificar se será possível fazê-lo quando tenha proferido decisões interpretativas, já que tais técnicas decisórias estão justamente entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da lei.

6.3 UNIFORMIDADE SEMÂNTICA VIA DECISÃO INTERPRETATIVA E IMOBILISMO HERMENÊUTICO

Como visto no tópico anterior, quando profere decisões interpretativas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal mantém o enunciado legislativo no sistema jurídico, seja estabelecendo uma única significação e excluindo todas as demais implicitamente, seja somente excluindo uma significação incompatível com a Lei Maior.

Ademais, a utilização de decisões interpretativas sempre importará na inconstitucionalidade de no mínimo uma norma, ainda que o texto que lhe dá

suporte seja mantido intacto. A inconstitucionalidade da norma, ainda que não atingido o enunciado que lhe dá suporte, importará em sua exclusão do ordenamento jurídico. Desta forma, em tais situações não poderia o STF voltar atrás para considerar uma norma jurídica antes expulsa do sistema como compatível com a Constituição.

A prevalecer tal lógica o STF, ao estabelecer, via decisão interpretativa, um único significado do enunciado como compatível com a Constituição, excluindo implicitamente todos os demais, não poderia voltar atrás para dar preferência a uma interpretação já implicitamente rejeitada. Da mesma forma, não poderia optar pela interpretação já expressamente excluída, no caso de decisões estimatórias parciais sem redução de texto manipulativas redutoras. Embora não vislumbremos problemas quanto à vinculação da segunda hipótese, a existente na primeira pode contribuir em demasiado para uma paralisia da interpretação, no que já denominamos de “Escola da Exegese Constitucional”³⁴⁶.

Revorio³⁴⁷, em tradução livre, versa sobre o assunto tendo por parâmetro o direito espanhol, e chega à seguinte conclusão:

No que tange às sentenças interpretativas que pronunciam a constitucionalidade, creio que elas não impedem a rediscussão da questão constitucional em outros processos, embora me pareça que não se possa propor a questão interpretando a lei no sentido que o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional, mas somente baseando-se na

³⁴⁶ Vide nossa justificativa quanto a tal nomenclatura em nota de rodapé no tópico 5.2.3.

³⁴⁷ Segue o original: “Por lo que se refiere a las sentencias interpretativas de desestimación creo que tampoco impiden el replanteamiento de la cuestión en otros procesos, aunque me parece que la misma no puede plantearse interpretando la ley en el sentido que el Tribunal Constitucional consideró inconstitucional, sino solamente basándose en la o las interpretaciones que en un momento dado se entendieron acordes con la Constitución, pero sobre la que un cambio de circunstancias puede aconsejar un nuevo pronunciamiento; o bien en relación a nuevas interpretaciones no consideradas em su momento. Hay que tener en cuenta que en este caso se utilizarán argumentos diferentes a los considerados inicialmente por el Tribunal Constitucional, ya que el cambio de circunstancias implicará una interpretación diferente de la Constitución.” (REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, pp. 118-119.)

ou nas interpretações que em dado momento se entenderam como compatíveis com a Constituição, mas acerca das quais uma mudança de circunstâncias pode aconselhar um novo pronunciamento; ou então em relação a novas interpretações não consideradas quando do julgamento. Deve-se ter em conta que neste caso se utilizarão argumentos diferentes dos considerados inicialmente pelo Tribunal Constitucional, já que a mudança de circunstâncias implicará numa interpretação diferente da Constituição.

Assim, na prática do Tribunal Constitucional Espanhol, admite-se uma revisão da decisão interpretativa desde que tenham ocorrido mudanças das circunstâncias fáticas ou normativas que alterem a forma de interpretar o enunciado, ou então quando se cogite interpretação do enunciado não expressamente rejeitada pela Corte.

A transposição de tal solução para as decisões interpretativas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos parece adequada e demanda, por sua vez, um certo temperamento na conclusão segundo a qual a decisão da Corte que fixa o “único significado compatível com a Constituição”, denominada por nós de decisão estimatória sem redução de texto em sentido estrito e que corresponde à “Interpretação conforme a Constituição” da Corte Constitucional Alemã, importa numa exclusão de todo e qualquer significado destoante do eleito pelo Tribunal.

Com efeito, mesmo que não se verifique qualquer alteração quanto às circunstâncias fáticas ou normativas, a cogitação de uma forma de interpretar o enunciado não expressamente analisada pela Corte deve viabilizar a revisão da interpretação por ela estabelecida como a “única” constitucionalmente admissível. Esta forma de entender o fenômeno adquire ainda maior plausibilidade quando se verifica que a exclusão dos demais significados distintos daquele considerado constitucional não chega a ser uma unanimidade nem mesmo no Direito Alemão, como bem salienta Mendes³⁴⁸:

³⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 265.

A constatação de que uma lei determinada é compatível com a Lei Fundamental não significa que apenas naquela interpretação deva ela ser considerada constitucional, uma vez que a Corte Constitucional não pode proferir decisão sobre todas as possíveis interpretações. A norma declarada constitucional continua, também depois da decisão do Tribunal, carecendo de interpretação em suas outras aplicações e os Tribunais ordinário, que também são competentes para aplicação do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição.

A declaração de compatibilidade não corresponde nem a uma censura de outras interpretações nem à fixação de uma única interpretação como válida.

Também Bofill³⁴⁹, em tradução livre, alerta para a indevida introdução de uma presunção de inconstitucionalidade das possibilidades normativas não aventadas pelo Tribunal Constitucional quando adota uma decisão interpretativa pretensamente uniformizante:

O que ocorre com as interpretações não consideradas pelo Tribunal Constitucional não é que a maioria delas sejam inconstitucionais, mas sim que não são mencionadas, porém em um processo de interpretação conforme, se introduz “pela porta de trás” uma presunção de inconstitucionalidade que tanto o juiz ordinário quanto o próprio Tribunal Constitucional, em caso de revisão, devem se encarregar de explicitamente revogar.

Assim, a pronúncia implícita de inconstitucionalidade de todas as demais normas jurídicas formuláveis com base no enunciado objeto de controle não passa de mera ficção, aventada para conferir segurança às decisões da Corte, razão pela qual somente se devem considerar excluídas do ordenamento jurídico as normas expressamente rejeitadas pelo Tribunal quando da adoção da decisão interpretativa.

³⁴⁹ BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 113. Segue o original: "Lo que ocurre con las interpretaciones no asumidas por el Tribunal Constitucional no es que la mayoría sean inconstitucionales, es que non son mencionadas, pero al ubicarse en un proceso de interpretación conforme, se introduce 'por la puerta de atrás' una presunción de inconstitucionalidad que tanto el juez ordinario como el propio Tribunal Constitucional, en caso de revisión, deben encargarse explícitamente de revocar".

Por outro lado, mudanças formais ou informais de normas constitucionais podem também influenciar uma mudança na forma de se entender o enunciado já contrastado com a Constituição, ocasião em que se deve permitir à Corte alterar seu pronunciamento.

Perante o atual sistema constitucional, a forma de alterar a interpretação estabelecida na decisão interpretativa deverá ocorrer, preferencialmente, através de outra ação de controle abstrato. Porém, é mais factível que novas possibilidades de interpretação do enunciado (novas normas jurídicas formuláveis) que não tenham sido cogitadas pela Corte venham a ser expostas em sede de Reclamação, pois é na realidade dos casos concretos que a interpretação eleita pelo STF será contextualizada e, se for o caso, relativizada.

Logo, não é necessária a criação de um instrumento jurídico específico para provocar a revisão da interpretação estabelecida pelo Supremo, podendo ela ocorrer tanto em sede de ADIn quanto em sede de Reclamação.

Porém, resta ainda perguntar: poderá o STF, ao rever sua decisão interpretativa, eleger como significado constitucionalmente compatível uma norma que já foi expressamente excluída do Ordenamento Jurídico com a decisão anterior? Pensamos que não, sob pena de grave agressão à segurança jurídica e à estabilidade das relações jurídicas. Caso uma mudança formal da Constituição justifique a alteração do posicionamento do STF, esta somente poderá ser aplicada aos casos futuros.

A função da Jurisdição Constitucional é a preservação da Supremacia da Constituição. Ao exercê-la, muitas vezes há aptidão para uma indesejável tensão com o Poder Legislativo, o que justifica a utilização das decisões interpretativas. Porém, a utilização de tais técnicas decisórias não pode chegar ao cúmulo de criar um imobilismo hermenêutico, visto que a interpretação das leis e da Constituição

não pode ocorrer de forma a ignorar a enorme dinamicidade da evolução histórico-social.

Desta forma, a adoção de decisões interpretativas que pretensamente estabelecem o “único significado constitucionalmente compatível” do enunciado contrastado não se mostra recomendável, visto que restringe de forma desmesurada a interpretação judicial em razão do efeito vinculante. Por outro lado, nos aparenta ser mais recomendável a utilização de decisões interpretativas que somente excluam um ou mais significados tidos por inconstitucionais, visto que tal proceder conserva com maior eficácia o cânone da segurança jurídica e permite uma menor vinculação no que tange a novas formas de interpretar o mesmo enunciado.

7 CONCLUSÕES

Após todo o desenvolvimento empreendido na presente dissertação, pudemos chegar a algumas conclusões e responder ao problema proposto, bem como verificar a confirmação ou a infirmação da hipótese formulada.

As decisões interpretativas são adotadas no estrangeiro e decorrem da necessidade de buscar alternativas à mera constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei. Nos países estudados, justificam-se tais decisões basicamente em razão de uma necessidade de deferência ao Legislador democrático, em nítida atitude de auto-contenção judicial, da qual se derivam outras máximas, como o princípio da conservação de normas, a presunção de constitucionalidade das leis e a unidade do Ordenamento jurídico.

No Brasil as decisões interpretativas são resultado da evolução técnica da tradição de conferir uma determinada interpretação à lei para evitar sua inconstitucionalidade, sofrendo forte influência do direito alemão, razão pela qual a jurisprudência do STF passou a se referir em suas decisões interpretativas às técnicas de “interpretação conforme a Constituição” e “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”.

A partir desta adoção inicial das decisões interpretativas pelo STF sob a influência germânica, a doutrina passou a estudá-las sob tal enfoque, abordando alguns pontos-chave, como os fundamentos justificadores de tais decisões, a distinção entre as figuras da “interpretação conforme a Constituição” e a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, bem como os limites na sua utilização.

Quanto a tais pontos, chegamos à conclusão que as decisões interpretativas justificam-se em razão da necessidade de harmonia entre os Poderes e a busca

pela estabilidade institucional necessária ao correto funcionamento do Estado de Direito. As figuras da “interpretação conforme a Constituição” e da “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” podem se diferenciar tanto por critérios formais (conclusão pela constitucionalidade condicionada ou pela inconstitucionalidade restrita) quanto materiais (estabelecimento ou exclusão de uma norma).

No que tange aos limites estabelecidos pela doutrina para a utilização das decisões interpretativas, entendemos que a “literalidade da lei” só pode atuar como limite quando impossibilite o “espaço de decisão” apto a gerar mais de uma norma jurídica. Já a “vontade inequívoca do Legislador” deve ser entendida como forma de confirmar a presunção de que o Legislativo quis ou não produzir uma norma contrária à Constituição.

Após analisar a jurisprudência do STF acerca das decisões interpretativas, pudemos verificar que a Corte não distingue com clareza as figuras da “interpretação conforme a Constituição” e da “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, preferindo misturá-las pela aplicação usual da fórmula “declaro a inconstitucionalidade, sem redução de texto, da lei 'x', mediante interpretação conforme a Constituição”.

Também se constatou que as decisões interpretativas somente são aplicadas pelo Supremo quando haja possibilidade de conferir mais de uma interpretação ao texto analisado. Como limitação, a “vontade inequívoca do Legislador” acaba sendo definida pela Corte mediante a análise do processo legislativo e das informações prestadas pelo Parlamento, representando muito mais a vontade dos membros do Legislativo (*mens legislatoris*) do que o fim perseguido objetivamente pela norma (*mens legis*). Quando resta clara a intenção de criar uma lei em desconformidade com a Constituição, o STF rejeita a decisão interpretativa.

O dogma da Separação de Poderes é extremamente valorizado enquanto limitação perante o produto legislativo, o que não impediu a Corte de, em alguns casos excepcionais, proferir decisões manipulativas substitutivas, em ocasião na qual a mera pronúncia de inconstitucionalidade do texto não seria apta a sanar o vício de incompatibilidade com a Constituição.

Quanto ao objeto de controle, verificou-se que o STF profere decisões interpretativas tanto sobre leis federais ou estaduais, quanto sobre Constituições Estaduais e Emendas à Constituição Federal.

Aplicando novamente a classificação de Revorio, as decisões interpretativas formuladas pelo STF no controle de constitucionalidade em abstrato apresentam a seguinte tendência: a) pelo critério formal, as decisões passaram de desestimatórias interpretativas (decisões de constitucionalidade condicionada) a estimatórias parciais sem redução de texto (decisões de inconstitucionalidade parcial) a partir da ADIn 581; b) pelo critério material, as decisões apresentam-se, em sua grande maioria, como estimatórias parciais sem redução de texto em sentido estrito (quando a Corte estabelece o “único significado possível”), embora tenham-se verificado casos de decisões estimatórias parciais manipulativas tanto aditivas (Questão de Ordem na ADC nº 1) quanto substitutivas (como na ADIn 2.596), como redutoras (caso da ADIn 1.170).

Ponderou-se também uma forte tendência ao estabelecimento de uma uniformidade semântica dos textos legislativos analisados, o que poderia levar a uma paralisação da atividade hermenêutica. Analisando a questão, chegou-se à conclusão de que o STF pode revisar a conclusão de decisão interpretativa por ele adotada, desde que sejam levantadas novas interpretações não vislumbradas quando do primeiro julgamento ou ocorram mudanças nas circunstâncias fáticas ou jurídicas que o justifiquem. Esta revisão pode ocorrer tanto em sede de ADIn quanto de Reclamação, mas fica limitada à escolha de normas jurídicas que não

tenham sido expressamente proclamadas inconstitucionais, já que nestes casos a norma jurídica é expulsa do Ordenamento Jurídico.

Ainda por tais razões, ponderou-se ser mais recomendável à Corte que utilize decisões estimatórias parciais sem redução de texto manipulativas redutoras (equivalentes à “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” da Corte Alemã) em vez de decisões estimatórias parciais sem redução de texto em sentido estrito (equivalentes à “interpretação conforme a Constituição” germânica), vez que a primeira confere maior liberdade de interpretação aos aplicadores do Direito e minimiza a necessidade de constante revisão das decisões do STF.

Concluiu-se, por fim, que o quorum especial do artigo 97 da Constituição, não obstante ser aplicável no controle de constitucionalidade em abstrato, não incide nas hipóteses em que o STF adota decisões interpretativas, haja vista que, além de o texto se referir à lei e não à norma, o que justifica tal regra é justamente a prevenção da tensão entre Poderes inerente à pronúncia de inconstitucionalidade da lei, tensão esta que já é afastada pela utilização das decisões interpretativas.

Reputamos assim atingidos os objetivos geral e específicos, bem como parcialmente confirmada a hipótese “a” (“quanto aos critérios, o Supremo Tribunal Federal profere decisões interpretativas auto-limitado por uma interpretação teleológica decorrente da análise do processo legislativo assim como pelo dogma da Separação dos Poderes”) e integralmente confirmadas as hipóteses “b” (quanto aos limites subjetivos, o STF não está limitado pelo efeito vinculante de significado de suas decisões interpretativas) e “c” (“quanto aos limites objetivos, qualquer texto normativo pode ser objeto de decisão interpretativa, inclusive emendas à Constituição”).

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: (Neo) Constitucionalismo: ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições.** Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, Vol. 1, n. 2.

ALDER, John. **Constitutional and administrative law.** Londres: Macmillan, 1999.

ALEMANHA, Constituição (1949). Promulga a Constituição da República Federal da Alemanha. Disponível em http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art_19.html.

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Osório. **Interpretação conforme a Constituição e Direito Tributário.** São Paulo: Dialética, 2002, 95p.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Da necessária distinção entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 2, n. 24, abr. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=132>>. Acesso em: 01 fev. 2006.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dimensões da interpretação conforme a Constituição. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (org). **A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2002, 167p.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AVILÉS, María del Carmen Barranco. **Derechos y decisiones interpretativas**. Madrid: Marcial Pons, 2004, 158p.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Atualização Ricardo Rodrigues Gama
Campinas: Russel, 2003, 203p.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9.868/99**: processo do controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004, 142p.

BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **As vertentes do Direito Constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Brasília: América Jurídica, 2002, p. 593-617 de 685p.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, 299p.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

_____. As modernas formas de interpretação constitucional. **Revista dos tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**. Ano 6, n. 24, Julho/Setembro de 1998. pp. 45-50

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodríguez. São Paulo: Ícone, 1995, 239p.

BOFILL, Héctor López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 430p.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed, 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, 230p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, 806p.

BRASIL. Lei Complementar n° 35, de 14 de março de 1979. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 20.05.06

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação não conhecida**. Rp 1273. Procurador Geral da República x Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Oscar Corrêa. J. 26.09.1985. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação conhecida em parte, para declaração de interpretação das normas legais, em referência**.. Rp 1288. Procurador Geral da República x Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Rafael Mayer. J. 01.10.1986. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação julgada procedente**. Rp 1305. Procurador Geral da República x Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. Rel. Min. Sydney Sanches. J. 26.08.1987. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação julgada procedente para pronunciar a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 65 da LC 35/73**. Rp 1417. Procurador Geral da República x Congresso Nacional. Rel. Min. Moreira Alves. J. 09.12.87. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação julgada improcedente desde que dada interpretação conforme à Constituição**. Rp 1389. Procurador Geral da República x Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Oscar Correa. J. 23.06.88. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial indeferida..** ADI-QO 174. Procurador Geral da República x Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 21.03.1990. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn julgada parcialmente procedente**. ADIn 581. Procurador Geral da República x Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 12.08.92. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 10.04.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93, NO TOCANTE A INSTITUIÇÃO DESSA AÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. TRAMITAÇÃO DA AÇÃO DECLARATORIA DE**

CONSTITUCIONALIDADE. Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da emenda constitucional n. 3, de 1993, no tocante a ação declaratória de constitucionalidade. ADC n° 01, Questão de Ordem. Presidente da República; Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal. Rel. Min. Moreira Alves. J. 27.10.1993. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 02.09.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn julgada parcialmente procedente.** ADIn 1377. Procurador Geral da República x Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Otavio Gallotti. J. 03/06/98. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 10.04.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn não conhecida em parte e, na parte conhecida, julgada procedente.** ADIn 2580. Procurador Geral da República x Governador do Estado do Ceará, Assembléia Legislativa do Estado do Ceará e Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 26.09.2002. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 19.05.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn julgada procedente em parte.** ADIn 1.170. Procurador Geral da República x Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 03.10.2002. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn julgada procedente em parte.** ADIn 2.596. Associação dos Membros de Tribunais de Contas do Brasil x Assembléia Legislativa do Estado do Pará. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 19.03.2003. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 19.05.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn parcialmente procedente**. ADIn 2887. Governador do Estado de São Paulo x Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 04.02.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn parcialmente procedente**. ADIn 134. Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB x Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Maurício Corrêa. J. 25.03.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn integralmente procedente**. ADIn 3046. Governador do Estado de São Paulo x Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 10.04.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn integralmente procedente**. ADIn 3046. Governador do Estado de São Paulo x Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 10.04.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn parcialmente procedente**. ADIn 2979. Governador do Estado do Espírito Santo x Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Rel. Min. César Peluso. J. 15.04.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn parcialmente procedente**. ADIn 2884. Partido Progressista - PP x Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Celso de Mello. J. 02.12.2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn parcialmente procedente**. ADIn 2816. Governador do Estado de Santa Catarina x Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Rel. Min. Eros Grau. J. 09.03.2005. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento não conhecido**. AI 574.356, EMPRESA PÚBLICA DE TRANSPORTE E CIRCULAÇÃO S/A - EPTC x Roberto Gazolla. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 22.02.2006. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 15.06.06)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem decidida no sentido de se apreciar a questão já analisada na ADIn 1851**. ADIn 2.675. Governador do Estado de São Paulo x Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 26.11.2003. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16.05.06.

BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, 392p.

CAMAZANO, Joaquín Brage. **La acción de inconstitucionalidad**. México (DF): Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1998, 284p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 19XX, 1461p.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. – reimpressão. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999, 142p.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 541p.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos e JEVEAUX Geovany Cardoso (orientador). **A inconstitucionalidade de normas constitucionais**: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Pesquisa (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais). Vitória: FDV, 2005.

COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, p. 383p.

CURRIE, David P. **The constitution of the Federal Republic of Germany**. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, 426p.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado**: Introdução. Teoria e Metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 258p.

ESPAÑA, Constituição (1978). Promulga a Constituição do Estado Espanhol. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/CONSTITUCION.htm>

FAVOREAU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, 131p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, 539p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 378p.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, 392p.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Quebra de Mais um Tabu no Mundo Jurídico. Implantação e evolução da jurisdição constitucional na França. **Revista In Verbis**. Caderno de Estudos, n. 25, ano 8, pp. 383-414.

GOUGH, J. W. A separação de Poderes e Soberania. In: QUIRINO, Célia Galvão e SOUZA, Maria Tereza Sader R. de. **O pensamento político clássico**. T.A. Queiroz Editor Ltda, 1980.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2005, 538p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 86p.

_____. **Direitos Adquiridos em Face da Constituição**: proposta de um novo paradigma. Rio de Janeiro: tese de doutorado. Universidade Gama Filho. 2003, 283p.

_____. **As decisões interpretativas tomadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito constitucionalizador do direito ordinário**. Artigo Inédito. Vitória: 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 427p.

_____. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug e outros. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 319p.

_____. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, 509p.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 727p.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. As decisões intermediárias . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 855, 5 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7514>>. Acesso em: 01 fev. 2006.

MARSHALL, John. **William Marbury contra James Madison – Sessão de fevereiro de 1803 (I, repertório de Crunch, 137 – 180)**, in **Decisões**

Constitucionais de Marshall. Coleção do texto integral das principais decisões redigidas por John Marshall, feita e editada por José Lobo e Estevam Lobo. Rio de Janeiro, 1904. p. 23/25.

LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho:** evolución y puntos cruciales. Trad. de Jorge Guerrero R. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editora Temis, 1992.

MACEDO, Magda Helena Soares. **Manual de metodologia da pesquisa jurídica.** 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 01 fev. 2006.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito:** conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 253 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade:** comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001, 357p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 8.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 375p.

_____. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na

jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. Ano 1, n4, Julho-Setembro de 1993, pp 7-30

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 11 mai. 2006

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 301p.

_____. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, 342p.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004, 335p.

Néri da Silveira é contra o aborto de anencéfalos . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 413, ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=602>>. Acesso em: 16 mai. 2006.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PERALTA, Ramon. **La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado**. Madrid: Servicio publicaciones facultad de derecho de Madrid, 1994, 177p.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, 281p.

REIS, Maurício Martins. A interpretação conforme à Constituição como garantia inerente ao princípio da inafastabilidade jurisdicional . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 160, 13 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4533>>. Acesso em: 01 fev. 2006.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, 342p.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 318p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, 1.015p.

SÁNCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid, 1998, n. 100, p. 57-100.

SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição – *Verfassungskonforme Auslegung* – no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: ano 36, n. 143, jul/set. 1999. pp. 19-34.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, 392p.

_____. La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial. **Cuestiones Constitucionales**. Núm. 12, Jan-Jun 2005, pp. 3-28.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, 328p.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, 710p.

TAVARES, André Ramos. **Teoria de Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, 633p.

TRIVIÑOS, Augusto N.S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987, 175p.

TINOCO, Jorge Ulisses Carmona. **La Interpretación Judicial Constitucional**. México (D.F): Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1996, 223p.

VEGA, Augusto Martín de La. **La sentencia constitucional em Italia**: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de

debate doctrinal. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales. 2003, 429p.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, José Ribas (coord.) et all. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da Jurisdição Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Out/dez. 2003. Ano 40, n. 160.

WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional Analysis**. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979.

ZAMUDIO, Hector Fix. **Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: (1940-1965)**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968, 168p.