

**BIANCA REY GUEDES DA SILVEIRA**

**CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE:  
uma análise dogmático-jurisprudencial das técnicas decisórias  
“Interpretação conforme a Constituição” e “Inconstitucionalidade parcial sem  
redução de texto”**

**Porto Alegre**

**2011**

**BIANCA REY GUEDES DA SILVEIRA**

**CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE:  
uma análise dogmático-jurisprudencial das técnicas decisórias  
“Interpretação conforme a Constituição” e “Inconstitucionalidade parcial sem  
redução de texto”**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Itiberê de Oliveira Rodrigues.

**Porto Alegre**

**2011**

**BIANCA REY GUEDES DA SILVEIRA**

**CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE:  
uma análise dogmático-jurisprudencial das técnicas decisórias  
“Interpretação conforme a Constituição” e “Inconstitucionalidade parcial sem  
redução de texto”**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Porto Alegre, junho de 2011.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Itiberê de Oliveira Rodrigues  
Orientador

## **AGRADECIMENTOS**

Durante o curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pude contar com a qualificação e o suporte de muitas pessoas, para as quais faço agora uma especial deferência, em agradecimento.

Início, por ordem de precedência, agradecendo ao Prof. Doutor Fábio Medina Osório, através do qual ingressei no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e que me orientou segundo o projeto inicial, que apresentei por ocasião do meu ingresso.

Agradeço aos professores dessa casa com os quais tive o prazer de aprender, durante a realização dos créditos, tanto através dos ensinamentos proferidos, como pelas apreciações críticas nos trabalhos desenvolvidos. Em especial, agradeço aos professores: Judith Hofmeister Martins Costa, Almiro do Couto e Silva, Itiberê de Oliveira Rodrigues e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, pela excelência das cadeiras oferecidas, que influenciaram o meu modo de pensar e muito acrescentaram no desenvolvimento do presente trabalho.

Agradeço igualmente aos funcionários dessa casa, em especial à Rosmari de Azevedo, pela compreensão, paciência e incentivo com que trata os alunos que cursam o Programa de Pós-Graduação em Direito desta Universidade.

Agradeço à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, instituição que me proporcionou, através do deferimento de licença de capacitação, dedicar-me com exclusividade durante o período de três meses, na etapa final de conclusão do curso. Por esse privilégio, agradeço com especial carinho a todos os meus colegas de divisão e aos colegas de outras unidades, que me substituíram em minha ausência.

Aos meus familiares e amigos, agradeço pela paciência, pelo carinho e pelo incentivo dedicados ao longo desses anos atribulados que marcaram essa etapa acadêmica.

Agradeço ainda à Celina Leite Miranda, que me ajudou no desafio final de formatar o presente trabalho.

Todo o meu apreço e sincero agradecimento, ao meu orientador final, professor Itiberê de Oliveira Rodrigues, que literalmente aceitou orientar minha pesquisa, na “prorrogação do segundo tempo”, dado que o meu orientador original

desligou-se da Pós-Graduação em Direito desta Universidade no decurso da pesquisa. Ao professor Itiberê, agradeço pelo pronto acolhimento, pela generosa orientação, pela disponibilidade dispensada e pelas palavras de incentivo que me permitiram, em tempo recorde, iniciar e concluir o trabalho que ora se apresenta.

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a estudar os fundamentos das técnicas de decisão de “interpretação conforme a Constituição” e de “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, hoje positivadas no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Com o propósito de realizar uma análise dogmático-jurisprudencial das técnicas decisórias, na primeira parte do texto serão abordados os fundamentos que fornecem a sustentabilidade teórica para a compreensão do tema da pesquisa, abordando três distintos e específicos contextos, a saber: contexto hermenêutico, contexto jurídico e contexto histórico-político. Para cada um desses contextos estão presentes importantes conceitos subjacentes à origem, definição e delimitação da “interpretação conforme a Constituição” e da “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, conceitos que serão aprofundados na segunda parte do trabalho. Assim, a apresentação está dividida, no segundo capítulo, em dois capítulos: no primeiro é apresentado um panorama da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, através do qual se pretende aferir a sistemática de emprego da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pela Corte. Uma análise da doutrina avalizada sobre o tema também é feita, em separado para cada técnica de decisão. Por fim, no segundo capítulo, procede-se a uma análise crítica acerca da jurisprudência e da doutrina tratadas, para, a partir daí, serem expostas as considerações pessoais acerca das técnicas decisórias “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”.

**Palavras-Chave:** Controle abstrato de constitucionalidade. Interpretação conforme a Constituição. Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

## RESUMÉ

Ce travail propose une étude sur les fondements des techniques de décision de "interprétation en conformité à la Constitution" et de la "déclaration d'inconstitutionnalité partiel sans réduction du texte" posées par l'article 28, paragraphe unique, de la Loi 9.868/99, de 10 de novembre de 1999, qui dispose sur le procès et le jugement de l'action directe d'inconstitutionnalité et de l'action déclaratoire de constitutionnalité devant la Cour Suprême. Avec le propos d'analyser la dogmatique-jurisprudenciel des techniques de décision, la première partie du texte traite les fondements théoriques de la compréhension du thème de la recherche par le biais de l'approche de trois contextes distincts et spécifiques, à savoir : le contexte herméneutique, le contexte juridique et le contexte Historique Politique. Pour chacun de ces contextes nous traitons les concepts à l'origine, ainsi que la définition et la délimitation de l'interprétation en conformité à la constitution" et de la "déclaration d inconstitutionnalité partiel sans réduction du texte". Ces notions nous allons approfondir dans la deuxième partie du texte. De ce fait, nous avons divisé la deuxième partie en deux chapitres : dans le premier chapitre nous présentons un panorama sur la jurisprudence de la Cour Suprême par laquelle nous entreprenons évaluer les formes d'emploi de "l'interprétation en conformité à la constitution" et de la "déclaration d inconstitutionnalité partiel sans réduction de texte", par la Cour. Ainsi, dans cette deuxième partie, la présentation est organisée en deux chapitres. Dans le premier chapitre nous présentons un panorama de la jurisprudence de la Cour Suprême par lequel nous entreprenons de vérifier la systématique de l'emploi de "l'interprétation en conformité à la constitution" et de la "déclaration d'inconstitutionnalité partiel sans réduction du texte" par la Cour Suprême. Une analyse de la méthode avalisée sur le thème compose aussi le premier chapitre, mais, cette fois, abordé en séparé, pour chacune des techniques de décision. Enfin, dans le deuxième chapitre, nous avons procédé a une analyse sur la jurisprudence e le système que nous avons traité, avec le but de présenter nos considérations finales sur les techniques décisives de l' "interprétation en conformité à la constitution" et de la "déclaration d inconstitutionnalité partiel sans réduction du texte".

**Mots-clés:** Contrôle abstrait de constitutionnalité – "interprétation en conformité à la constitution" – "déclaration d' inconstitutionnalité partiel sans réduction de texte".

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>PARTE I</b>	
<b>2 FUNDAMENTOS DE PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA</b>	<b>14</b>
<b>2.1 Contexto hermenêutico: interpretação da Constituição</b>	<b>14</b>
2.1.1 Superação dos métodos tradicionais de origem positivista	15
2.1.2 Novos métodos de interpretação da Constituição: nova hermenêutica e pós-positivismo	18
2.1.2.1 O método científico-espiritual	19
2.1.2.2 O método tópico-problemático	20
2.1.2.3 O método hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse	23
2.1.2.4 A metódica jurídica normativo-estruturante de Friedrich Müller	25
2.1.3 Distinção entre texto e norma como parte de uma hermenêutica pós-positivista e relevância prática dessa distinção	30
2.1.4 Considerações pontuais	31
<b>2.2 Contexto jurídico: inconstitucionalidade e controle abstrato de normas</b>	<b>32</b>
2.2.1 A inconstitucionalidade	33
2.2.1.1 Tipologia das inconstitucionalidades	34
2.2.1.1.1 Natureza do vício	34
2.2.1.1.1.1 Inconstitucionalidade formal	34
2.2.1.1.1.2 Inconstitucionalidade material	36
2.2.1.1.2 Inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial	36
2.2.1.1.3 Inconstitucionalidade parcial quantitativa <i>versus</i> inconstitucionalidade parcial qualitativa	38
2.2.2 Competência do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade abstrato	39
2.2.3 Efeitos: o Supremo Tribunal Federal como legislador negativo na visão de Kelsen	42
2.2.4 Considerações pontuais	45
<b>2.3 Contexto histórico-político: possíveis origens da recepção da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade no modelo brasileiro</b>	<b>47</b>



2.3.1 Modelo alemão	48
2.3.1.1 Declaração parcial de nulidade, distinção entre nulidade quantitativa e nulidade qualitativa	50
2.3.1.1.1 Declaração parcial de nulidade quantitativa	50
2.3.1.1.2. Declaração parcial de nulidade qualitativa	51
2.3.1.2 Variantes de decisão à declaração de inconstitucionalidade das leis no controle abstrato de normas do Tribunal Constitucional Federal	52
2.3.1.2.1 Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade	52
2.3.1.2.2 O apelo ao legislador	56
2.3.1.2.3 Interpretação conforme a Constituição	58
2.3.1.3 Considerações pontuais	60
2.3.2 Modelo italiano	63
2.3.2.1 Primeira fase do Tribunal Constitucional: sentenças de rejeição e sentenças de acolhimento da inconstitucionalidade	64
2.3.2.2 Segunda fase do Tribunal Constitucional: as sentenças manipulativas	70
2.3.2.3 Considerações pontuais	72
<b>2.4 Considerações finais</b>	<b>74</b>
<b>PARTE II</b>	
<b>3 ANÁLISE DAS TÉCNICAS DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO POSITIVADAS NO ARTIGO 28, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.868/99</b>	<b>75</b>
<b>3.1 Jurisprudência e doutrina sobre “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”</b>	<b>77</b>
3.1.1 Precedente histórico: a representação de inconstitucionalidade n. 1417/DF, do Supremo Tribunal Federal	77
3.1.2 Sistemática da utilização da “interpretação conforme a Constituição” e da “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	80
3.1.2.1 ADI 3395-6/DF	80
3.1.2.2 ADI 581/DF	82
3.1.2.3 ADI 2544/RS	84

	10
3.1.2.4 ADI 3026/DF	87
3.1.2.5 ADI 1480/DF	90
3.1.2.6 ADI 3430/ES	96
3.1.2.7 ADI 1127/DF	100
3.1.2.8 ADI 3510/DF	102
3.1.3 A doutrina acerca da interpretação conforme a Constituição	105
3.1.4. A doutrina acerca da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto	112
<b>3.2 Considerações críticas a respeito da jurisprudência e da doutrina tratadas</b>	115
3.2.1 Os limites decorrentes das possibilidades hermenêuticas do texto e as suas implicações	116
3.2.2 Os limites decorrentes do princípio da separação de Poderes e as suas implicações	122
<b>4 CONCLUSÕES</b>	126
<b>REFERÊNCIAS</b>	130

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a estudar os fundamentos das técnicas de decisão de “interpretação conforme a Constituição” e de “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, hoje positivadas no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, bem como a sistemática de sua aplicação.

Tratam-se, portanto, de mecanismos integrantes do controle abstrato de constitucionalidade das normas, e somente enquanto tal serão por nós analisados. Não se desconhece do emprego dessas técnicas, principalmente da interpretação conforme a Constituição, também em sede de controle concreto de normas, pelos demais órgãos do Poder Judiciário; contudo, as decisões proferidas em sede de controle abstrato diferenciam-se substancialmente pelas consequências práticas dos seus efeitos, decorrentes do alcance *erga omnes* e do efeito vinculante de que são dotadas. Tais efeitos conferem à atividade judicial uma relevância particular no cenário jurídico, equiparada à de um legislador negativo.

A introdução expressa dessas novas técnicas de decisão no ordenamento jurídico pátrio deu-se a partir do julgado na Representação de inconstitucionalidade n. 1417/DF,<sup>1</sup> de relatoria do Ministro Moreira Alves, ainda na vigência da Constituição Federal precedente, onde se reconheceu que o princípio da interpretação conforme a Constituição constitui espécie de técnica de decisão no âmbito do controle de constitucionalidade, e não um simples método de hermenêutica do direito infraconstitucional.

A importância do tema provém do largo uso dessas técnicas pela jurisprudência pátria, muitas vezes sem uma correspondente análise dos seus pressupostos aplicativos, ou dos limites correspondentes. Em que pese à positivação da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto já contar com mais de uma década de vigência, ainda hoje essa distinção não aparece claramente nos julgados do Supremo Tribunal Federal, que basicamente os trata como equivalentes desde uma

---

<sup>1</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Representação n. 1417/DF**. Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento em 09/12/1987, DJ 15/04/1988.

perspectiva prática. A falta de estudos dogmático-jurídicos mais aprofundados sobre o tema contribui, nesse sentido, inclusive para o mau emprego dessas técnicas decisórias, ou então para o seu uso pelos tribunais desacompanhado de uma análise crítica desse uso por parte da doutrina pátria.

O nosso objetivo geral consiste realizar uma investigação acerca dos fundamentos das técnicas decisórias da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, com o fim de empreender depois uma análise crítica acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sua práxis jurídica e sobre os seus conceitos dogmático-doutrinários. Como objetivo específico, pretende-se aferir-se a própria constitucionalidade da aplicação, pelo tribunal dessas técnicas decisórias, positivadas no artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Em outras palavras: analisar desde uma perspectiva dogmático-jurídica o sentido, o alcance e os limites constitucionais do uso dessas técnicas.

Assim, na primeira parte deste estudo busca-se, pela pré-compreensão dos contextos hermenêuticos, jurídicos e histórico-políticos subjacentes às duas técnicas de decisão, apontar os elementos indispensáveis que servem de fundamento e que irão depois nortear a nossa análise acerca do conteúdo da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, seus alcances e limites. Pretende-se identificar, no contexto hermenêutico, a partir de uma análise evolutiva dos métodos de interpretação jurídica, um método que dê embasamento aos pressupostos das técnicas decisórias de interpretação conforme a Constituição e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

No contexto jurídico, estuda-se o controle de constitucionalidade em abstrato, destacando-se a tipologia das decisões de inconstitucionalidade e a função de legislador negativo, segundo a formulação originária de Hans Kelsen e sua posterior recepção nos países que adotam o controle abstrato. Busca-se, nesse sentido, aferir se a natureza jurídica das técnicas decisórias de interpretação conforme a Constituição e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, se identifica com a natureza invalidatória-negativa própria da concepção de Kelsen, de legislador negativo no controle abstrato de constitucionalidade.

Por fim, ao analisar-se o contexto histórico-político estuda-se, no sistema constitucional alemão e no italiano, o desenvolvimento das técnicas decisórias na prática dos seus respectivos Tribunais Constitucionais, em vista a determinar a possibilidade de recepção desses modelos em nosso ordenamento jurídico-legal. Isso se justifica porque o nosso Supremo Tribunal Federal refere expressamente em seus julgados, tanto fundamentos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (a Representação n. 1417/DF é paradigmática nesse sentido), quanto da terminologia da Corte Constitucional italiana (por exemplo: decisão "aditiva"), fatos que indicam que são nessas fontes básicas que o nosso Tribunal Supremo se abebera para desenvolver, no direito pátrio, as técnicas de decisão ora estudadas. Não por último, o próprio artigo 28 da Lei supracitada seguramente deita raízes no direito constitucional alemão e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Na segunda parte do estudo, pretende-se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de identificar a sistemática de aplicação das técnicas decisórias na prática do Tribunal. Para tanto, foi feita uma seleção dos julgados do Tribunal onde a discussão acerca do conteúdo, extensão e alcance das técnicas decisórias de interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, se mostra mais viva e mais aparente. Igual estudo analítico foi empreendido a partir dos entendimentos da doutrina, tanto pátria quanto estrangeira.

Com embasamento nos elementos de pré-compreensão identificados na primeira parte do trabalho, bem como das constatações acerca do estudo da jurisprudência e da doutrina, procurou-se, por fim, no último capítulo tecer, algumas considerações pontuais sobre as seguintes questões: i) fundamentos da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; ii) pressupostos aplicativos da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; iii) limites ao emprego da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; iv) distinção entre interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; v) aferição de constitucionalidade das técnicas decisórias de interpretação conforme a Constituição e de declaração de inconstitucionalidade

parcial sem redução de texto.

Entende-se que, investigando-se desse modo o tema proposto, o presente trabalho descreve tanto o “estado da arte” a ela relativo quanto à opinião crítica da autora em relação a esse estado, cumprindo, assim, os requisitos exigidos para que este trabalho seja, ao fim e ao cabo, merecedor do grau de “dissertação de mestrado”.

## 2 FUNDAMENTOS DE PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA

Ao falar-se em pré-compreensão, não se pode deixar de mencionar Hans-Georg Gadamer:

A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.<sup>2</sup>

Na tentativa de seguir os seus ensinamentos, elegeu-se três contextos subjacentes ao tema, em cuja compreensão estão os substratos analíticos que serão abordados na segunda parte deste trabalho. A matéria situa-se, portanto, ao redor de três contextos principais: contexto hermenêutico, contexto jurídico e contexto histórico-político.

### 2.1 Contexto hermenêutico: interpretação da Constituição

O estudo da interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pressupõe, enquanto primeiro elemento de pré-compreensão, uma análise evolutiva dos métodos de interpretação jurídica e da interpretação constitucional em especial. Somente a partir da superação dos tradicionais métodos de interpretação de origem positivista, com a suplantação das correntes cognoscitivas e o surgimento das correntes de pensamento voluntaristas, que o papel do intérprete passa a assumir importância participativa na criação e produção do direito, possibilitando o desenvolvimento de técnicas avançadas de interpretação constitucional, como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

À guisa de exemplo simbólico, mesmo na obra de Kelsen, cuja adoção de um método positivista radical e extremo é característica básica do autor (reduzindo-se o Direito a seu aspecto puramente normativo), o tema "interpretação" é considerado algo secundário em relação ao tema "conhecer" o objeto da ciência jurídica, é dizer: conhecer as normas jurídicas.

O presente capítulo tem por objetivo apresentar um panorama dos diferentes

---

<sup>2</sup> GADAMER, 2008, p. 356.

métodos de interpretação constitucional sob uma perspectiva evolutiva, de modo a identificar, no contexto hermenêutico, a partir de quando e como se tornaram possíveis as técnicas de decisão aqui estudadas: interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

### 2.1.1 Superação dos métodos tradicionais de origem positivista

Calcadas na premissa de que a segurança jurídica se confunde com a certeza do Direito, assim compreendida dentro de uma necessária completude do ordenamento jurídico e de neutralidade do intérprete, tradicionalmente, a interpretação jurídica devia ser entendida enquanto mero procedimento de descoberta da vontade (objetiva) da lei, ou (subjéctiva) do legislador, através dos tradicionais métodos de exegese. Nesse contexto, o intérprete assumia papel secundário no cenário jurídico, na medida em que se restringia a declarar o conteúdo previamente contido na lei.

Segundo refere Norberto Bobbio:

O positivismo jurídico impõe um limite intransponível à atividade interpretativa: a interpretação é geralmente *textual* e, em certas circunstâncias (quando ocorre integrar a lei), pode ser *extratextual*; mas nunca será *antitextual*, isto é, nunca se colocará contra a vontade que o legislador expressou na lei.<sup>3</sup>

Os métodos clássicos de interpretação – meios de interpretação textual – remontam a Escola Histórica do Direito, fundada por Friedrich Carl von Savigny. Segundo refere Paulo Bonavides, interpretação, no entendimento clássico de Savigny: “é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro”.<sup>4</sup>

Inicialmente, vislumbrou Savigny três métodos para se elaborar essa “reconstrução de conteúdo da lei”, a saber: o método gramatical, sistemático e histórico; posteriormente, acrescentou o método teleológico de interpretação.<sup>5</sup> A interpretação da norma é, assim, a interpretação do texto da norma, declarada através de uma atividade silogística, em que se busca descobrir o sentido já pronto da “norma”, para aplicá-la ao fato por ela disciplinado. Na lição de Silvio Luiz Maciel:

---

<sup>3</sup> BOBBIO, 2006, p. 214.

<sup>4</sup> BONAVIDES, 2000, p. 398.

<sup>5</sup> MACIEL, 2005, p. 61.



São métodos formalistas de interpretação que não permitem qualquer flexibilização de sentido das normas. Os métodos de Savigny buscam, sob uma perspectiva positivista, reconstruir formal e dogmaticamente a vontade da lei ou do legislador, sem permitir ao intérprete qualquer função construtiva da norma. Ao intérprete não cabe reformar a lei, mas apenas explicá-la, devendo ainda aceitar seus defeitos.<sup>6</sup>

Dentro desse contexto, duas foram as correntes que se formaram, na metade do século XIX, sobre o objetivo da interpretação jurídica, da qual a interpretação constitucional é espécie. São elas a “teoria subjectivista” ou “teoria da vontade”, que considera a indagação da vontade histórico-psicológica do legislador como fim a ser buscado pela interpretação, e da qual foram representantes Windscheid e Bierling; e a “teoria objectivista” ou teoria da interpretação imanente à lei, em que importa a exploração do sentido que é inerente à própria lei, e da qual são representantes Kohler, Binding e Wach.<sup>7</sup> Ambas as teorias possuem em comum o entendimento acerca da separação entre as funções de interpretação e aplicação do direito, concebidas enquanto momentos distintos e estanques, tornando-se mero ato de conhecimento do Direito e, portanto, desvinculado da prática do Direito. Trata-se de teorias que prescindem do próprio problema a ser resolvido pelo direito, tornando a atividade interpretativa mera repetição da vontade “objetiva” ou “subjéctiva” da lei.

Nesse sentido, assevera Konrad Hesse:

A teoria tradicional da interpretação pretende, de ordinário, revelar a vontade (objetiva) da norma ou a vontade (subjéctiva) do legislador através da análise do texto, do seu processo de criação, das suas conexões sistemáticas e dos seus antecedentes, assim como, finalmente, do sentido e da finalidade (a “ratio” e o “telos”) da norma. Em seguida, o conteúdo da norma assim revelado – quer dizer, abstração feita do problema concreto que se deve decidir – é subsumido à moda de conclusão silogística ao suposto vital de cuja norma se trata, que assim fica resolvido. Segundo essa teoria, haveria interpretação, inclusive, interpretação constitucional, em princípio, na simples execução de uma vontade preexistente (objetiva ou subjéctiva), que pode ser encontrada com certeza objetiva através desses métodos, independentemente do problema que se tenha de resolver.<sup>8</sup>

Como bem observou José Joaquim Gomes Canotilho, partia-se da premissa equivocada, que assemelhava a interpretação constitucional à interpretação legal,

---

<sup>6</sup> MACIEL, 2005, p. 62.

<sup>7</sup> LARENZ, 1997, p. 380.

<sup>8</sup> HESSE, 2009, p. 104.

servindo-se assim dos cânones tradicionais da hermenêutica. Nas palavras do autor português:

O método jurídico parte da consideração de que a constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Interpretar a constituição é interpretar uma lei (*tese da identidade*: interpretação constitucional = interpretação legal). Para se captar o sentido da lei *constitucional* devem utilizar-se os *cânones ou regras* tradicionais da hermenêutica. O sentido das normas constitucionais desvenda-se através da utilização como elementos interpretativos: (i) do elemento filológico (= literal, gramatical, textual); (ii) do elemento lógico (= elemento sistemático); (iii) do elemento histórico; (iiii) do elemento teleológico; (iiiii) do elemento genético.

A articulação desses vários factores hermenêuticos conduzir-nos-á a uma *interpretação jurídica* (= método jurídico) da constituição em que o princípio da legalidade (= normatividade) constitucional é fundamentalmente salvaguardado pela dupla relevância atribuída ao texto: (1) ponto de partida para a tarefa da mediação ou captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais; (2) limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito.<sup>9</sup>

Trata-se, portanto, de uma concepção eminentemente jurídica, em que a legalidade constitucional é salvaguardada por uma dupla relevância atribuída ao texto, o qual é, ao mesmo tempo, ponto de partida para a interpretação e limite da mesma, uma vez que a função do intérprete cinge-se a desvendar o sentido do texto, sem ir além ou muito menos contra o seu teor literal.<sup>10</sup>

Em oposição a essa visão formalista do Direito, Hesse assinala que o objetivo da interpretação somente em termos relativos pode consistir na descoberta de uma “vontade” objetiva ou subjetiva preexistente na Constituição, nas palavras do autor:

Deixando de lado o que é discutível nos fundamentos dessa tese (que, afinal, se apóia no dogma da vontade elaborada pela pandectística do século XIX e adotado pela sua contemporânea ciência do Direito Político que, por si só, não é suficiente para uma compreensão da Constituição moderna), desde logo tem-se encoberta a verdadeira situação. Isso porque, no pressuposto de que Constituição não possui qualquer critério inequívoco – o que equivale a dizer o mesmo em relação a todos os pressupostos de interpretação constitucional –, nem ela nem o constituinte decidiram nada, limitando-se a proporcionar uma série mais ou menos numerosa, porém incompleta, de pontos de apoio para a sua compreensão. Onde não quis nada de modo inequívoco, torna-se impossível descobrir uma vontade autêntica, conseguindo-se, no máximo, revelar uma vontade suposta ou fictícia, de nada servindo, para nos tirar desse aperto, quaisquer recursos semânticos, do tipo

<sup>9</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1210-1211.

<sup>10</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1211.

“obediência reflexiva” do intérprete, por exemplo. Identificar como “objetivo” da interpretação constitucional a descoberta da prévia vontade objetiva da Constituição ou do constituinte é o mesmo que pretender cumprir algo que em realidade não preexiste e, portanto, equivocar-se desde o ponto de partida da problemática da interpretação constitucional. Em razão do seu objeto, só com reservas cabe admitir-se que a interpretação seja execução, mas, desde logo, nunca subsunção. Pelo contrário, deverá partir-se do fato de que o seu “objetivo”, realmente, ainda não existe.<sup>11</sup>

Seja pela teoria objetivista ou pela subjetivista, para o positivismo jurídico, o processo da decisão jurídica se revela pela resolução de um problema eminentemente cognitivo, em que a concretização da norma é a interpretação do texto da norma, e com ela se confunde. Texto da norma e norma jurídica são, portanto, a mesma coisa, havendo entre eles um sentido unívoco a ser descoberto pelo intérprete, quer se trate do sentido da lei (teoria objetiva) ou do sentido pretendido pelo legislador (teoria subjetivista). A declaração de inconstitucionalidade da norma é, de conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade do texto.

### 2.1.2 Novos métodos de interpretação da Constituição: nova hermenêutica e pós-positivismo

A insuficiência desse modelo baseado em uma pretensão de completude do ordenamento jurídico faz surgir, na doutrina, concepções superadoras de uma visão formalista do Direito, que buscam integrar Direito e realidade social. No plano constitucional, o declínio das ideias positivistas se reflete na passagem de uma concepção formal/liberal de Constituição a uma noção material/social da mesma, que, por sua vez, passa a exigir da doutrina dogmática jurídica a elaboração de novos métodos de concretização do Direito.

---

<sup>11</sup> HESSE, 2009, p. 105-106.

### 2.1.2.1 O método científico-espiritual

O método científico-espiritual, ou ainda, método integrativo, desenvolvido pelo alemão Rudolf Smend, traz para a interpretação a realidade vivencial do Estado.<sup>12</sup> Em claro distanciamento ao modelo clássico, impõe uma visão de conjunto, em que, para a interpretação da Constituição, deve-se levar em consideração: a) as bases de valoração (= ordem de valores, sistema de valores) subjacente ao texto constitucional; b) o sentido da realidade da constituição como elemento do *processo integrativo*.<sup>13</sup> Assim, imbuído de uma visão global pela qual a constituição interpreta-se como um todo, Smend teve grande mérito em relação aos positivistas: o de integrar o processo interpretativo da Constituição à realidade, à concretude.

Paulo Bonavides assinala o caráter acentuadamente sociopolítico-integrativo, em relação ao caráter estritamente jurídico (melhor: estritamente normativo) dessa visão de Constituição, em que também a interpretação se dirige a uma finalidade (fático-)integrativa. Assim, segundo o autor:

A Constituição é assim para Smend uma unidade de sentido, e o preenchimento desse sentido o seu princípio regulativo. A unidade de sentido se traduz por igual num sistema de valor ou cultura. Que resta portanto do *jurídico* na Constituição? Smend assim o explica em parte: “Se a natureza jurídica de uma Constituição reside antes de mais nada em seu sistema especial de combinação dos órgãos políticos superiores do Estado, então essa natureza não se haverá de compreender pela apresentação de um catálogo de competências ou por uma análise jurídico-formal das relações desses órgãos entre si” mas, acrescenta, pelas suas tarefas constitucionais de integração.<sup>14</sup>

Na medida em que a realidade e o “sentido” (finalidade) da Constituição constituem o fundamento e a medida da interpretação, o que evolui é o sentido ou o espírito integracionista da Constituição – e não apenas o texto constitucional em si. Assim, embora o intérprete não esteja “engessado” pelo texto, como nos métodos tradicionais, o sentido normativo do texto constitucional é retirado da realidade, assim entendida enquanto evolução do espírito, dando lugar a uma interpretação eminentemente sociológica da Constituição (e não “puramente” normativa).

Portanto, ainda que o sentido do texto infralegal seja “atualizado” pelo sentido

---

<sup>12</sup> BONAVIDES, 2000, p. 436.

<sup>13</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1213.

<sup>14</sup> BONAVIDES, 2000, p. 438.

normativo do texto constitucional, não se chega ao ponto de estruturar, por esse processo de concretização, uma distinção clara entre o texto da norma e a norma jurídica. De conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade permanece incidindo sobre o texto legal, apenas.

### 2.1.2.2 O método tópico-problemático

A partir da publicação de *Tópica e Jurisprudência*, de Theodor Viehweg, inaugura-se um novo caminho para o conhecimento do Direito, a ser traçado pelas vias argumentativas.<sup>15</sup> O método tópico, em grande parte, resgatou o pensamento aristotélico, abrindo espaço para uma hermenêutica renovadora, fundada no lema “o pensamento jurídico é tópico”.<sup>16</sup> Como disse Bonavides, a tópica pensada por Viehweg se caracteriza como uma “técnica de pensar o problema”, isso é, “técnica mental que se orienta para o problema”.<sup>17</sup>

De conseguinte, o problema a ser resolvido pelo julgador se antepõe ao próprio sistema jurídico-normativo (invertendo-se totalmente com isso a lógica silogística do positivismo tradicional, que punha a norma jurídica – ou melhor, o texto da norma jurídica – como a premissa maior do silogismo jurídico e o fato individual e concreto como a premissa menor). E se nesse modelo do positivismo a norma ganhava a prevalência perante o fato, com Viehweg os fatos (e a busca de uma solução para os fatos litigiosos) são mais importantes no processo de interpretação e argumentação do que as normas que podem servir de solução para esse litígio – o problema prático precede o sistema jurídico-normativo. Assim, com a abertura normativa do sistema, abre-se lugar a uma “jurisprudência de valoração”<sup>18</sup> do caso decidendo, em que a preocupação do aplicador da lei direciona-se à produção da solução “justa” para o fato litigioso *in concreto*.

Adiante, Josef Esser está entre um dos primeiros juristas a acentuar a atividade criadora da jurisprudência ao arremesso de um positivismo legalista; onde quer que a jurisprudência transcenda os quadros traçados pela lei, ela apelará necessariamente a “pensamentos jurídicos gerais” ou a “princípios” que se retira ou pretende-se retirar dos mais altos páramos do ordenamento jurídico. Assim, tais

---

<sup>15</sup> MÜLLER, 1999, p. 6.

<sup>16</sup> BONAVIDES, 2000, p. 446-447.

<sup>17</sup> BONAVIDES, 2000, p. 449.

<sup>18</sup> LARENZ, 1997, p. 139.

pensamentos jurídicos gerais seriam, enquanto princípios, válidos e eficazes independentemente de sua positivação em regras legais.

Esser distingue depois o achamento da decisão (*rechtsfindung*), com o que se chegaria a uma decisão materialmente adequada ao caso concreto e a fundamentação dessa decisão, realizada as mais das vezes posteriormente, que serve à demonstração da compatibilidade da decisão encontrada por outras vias com o Direito legislado, e onde o juiz utiliza o método que se demonstra adequado a esse fim.<sup>19</sup>

Assim, dada a missão dos tribunais de decidir de modo “justo” os conflitos trazidos perante si, a jurisprudência necessita primeiro responder à questão de saber o que é justo, em cada caso, ao que passou a responder procedendo topicamente: justo apenas perante o caso concreto decidendo. Novamente aqui quebra-se a teoria positivista, uma vez que esta apregoava que a fundamentação com base no direito posto precedia desde um ponto de vista lógico-metódico a construção do *decisum* judicial.

Nesse sentido, ensina Karl Larenz:

Mas o que é que entende Viehweg por “tópica”? Na linha de Aristóteles e dos retores, sobretudo Cícero, define-a como “um processo especial de tratamento de problemas”, que se caracteriza pelo emprego de certos pontos de vista, questões e argumentos gerais, considerados pertinentes – os “tópicos”, precisamente. Os tópicos são “pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, com validade geral, que servem para a ponderação dos prós e dos contras das opiniões e podem conduzir-nos ao que é verdadeiro”.<sup>20</sup>

Já por tópicos jurídicos entende-se, na lição do autor:

Serão pois argumentos utilizados na solução de problemas jurídicos, e que podem contar neste domínio com a concordância geral, o “consensus omnium” Poderão surgir de novo sob uma forma muito diversa. No Direito civil romano, assumiam a forma de decisões de casos, que eram abstraídas do caso decidido de tal modo que “podiam facilmente ser reformuladas numa regra”.<sup>21</sup>

A ideia difundida por Viehweg de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistente em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global dos argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Nesse

<sup>19</sup> LARENZ, 1997, p 165.

<sup>20</sup> LARENZ, 1997, p 171.

<sup>21</sup> LARENZ, 1997, p 172.

contexto, também Viehweg labora contra o método por excelência do positivismo, que era o método lógico-dedutivo, mediante a adoção de um método analítico-indutivo.

Aí, trata-se tanto da estrutura lógica da argumentação – especialmente da possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação–, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática jurídica.<sup>22</sup> A problemática ínsita ao emprego desse método tipicamente analítico-indutivo está no casuísmo ao qual conduz o intérprete, e na inversão fundamental de se partir do problema para norma, enquanto deveria se dar o oposto. Dessa forma, possibilita a negação da normatividade dos dispositivos constitucionais em detrimento do caso concreto a ser decidido.

Manuel Atienza observa a deficiência desse método, vez que ele “[...] não proporciona uma resposta – nem sequer o começo de uma resposta – para a questão central da metodologia jurídica, que não é outra senão a da racionalidade da decisão jurídica”.<sup>23</sup> Já Friedrich Müller vai além, apontando uma incongruência ainda maior da tópica e correntes análogas desde um ponto de vista do método:

O fracasso de tais concepções se deve ao fato delas quererem superar o nível do positivismo legalista sem ao mesmo tempo deixar para trás o seu *back-ground* teórico, a sua compreensão da norma, a sua identificação de norma jurídica e texto da norma e a sua concepção de prescrições jurídicas como ordens logicizadas ou juízos hipotéticos [ao invés de modelos de ordenamento materialmente determinados].<sup>24</sup>

Assim, como se pode perceber, em que pese não se tenha conseguido superar a identificação unívoca entre o texto da norma e a norma, admite-se, em razão dessa inversão entre a primazia do problema sobre o conteúdo da norma, a própria desconsideração do texto da norma. Com isso, abre-se largo espaço ao decisionismo jurídico, em contraposição aos imperativos de clareza e objetividade jurídica, garantidores da segurança jurídica, própria do Estado de Direito.

Em vista dessas críticas, novas concepções foram desenvolvidas, as quais buscaram então superar os problemas trazidos com a (re)introdução dos métodos analítico-indutivos pelas correntes da tópica jurídica. Aqui se destaca, sobretudo, o

---

<sup>22</sup> LARENZ, 1997, p. 179.

<sup>23</sup> ATIENZA, 2006, p. 55.

<sup>24</sup> MÜLLER, 1999, p. 34.

chamado "método hermenêutico-concretizador".

### 2.1.2.3 O método hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse

O método hermenêutico-concretizador, do qual é expoente Konrad Hesse, parte da ideia de que a leitura do texto normativo, inclusive o texto constitucional, começa pela pré-compreensão do intérprete.<sup>25</sup>

Para o método concretista, a interpretação constitucional é considerada uma concretização e o processo de concretização; nas palavras de Hesse: “deve ser dirigido pelo objeto da interpretação – a Constituição – e pelo problema em questão”.<sup>26</sup>

Explicitando o sentido de concretização em Hesse, Bonavides ensina:

[...] de modo que o teor da norma, segundo Hesse, só se completa no ato interpretativo. A concretização, acrescenta o mesmo publicista, pressupõe uma “compreensão” do conteúdo da norma que se interpreta, sendo relevante na operação interpretativa o vínculo que prende a “compreensão prévia” do intérprete ao problema cuja solução se busca.<sup>27</sup>

Portanto, assim como no método tópico problemático, parte-se de um pensamento problematicamente orientado, mas com a diferença de que este se assenta no primado do texto constitucional em face do problema.<sup>28</sup> Nas palavras de Hesse:

Pois bem, através de uma atuação “tópica” orientada e limitada pela norma (o que significa dizer vinculada pela norma), haverão de encontrar-se e provar-se pontos de vista que, buscados pela via da *inventio*, sejam submetidos ao jogo das opiniões favoráveis e contrárias e fundamentem a decisão de maneira mais esclarecedora e convincente possível (*topoi*).

[...]. De um lado, o intérprete só pode utilizar na tarefa de concretização aqueles pontos de vista que tenham relação com o problema; a vinculação ao problema exclui *topoi* estranhos à questão. De outro lado, está obrigado a incluir no seu “programa normativo” e no seu “âmbito normativo” (*cf. Supra n. 46*) os elementos de concretização que lhe ministra a própria norma constitucional, assim como as diretrizes contidas na Constituição, em ordem à aplicação, coordenação e valoração desses elementos no curso da solução do problema.<sup>29</sup>

Assim, entende-se, juntamente com Paulo Bonavides, que o método

<sup>25</sup> COELHO, 2007, p. 87.

<sup>26</sup> HESSE, 2009, p. 110.

<sup>27</sup> BONAVIDES, 2000, p. 439.

<sup>28</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1212.

<sup>29</sup> HESSE, 2009, p. 111.



concretista de interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a norma que se vai concretizar, a “compreensão prévia” do intérprete e o problema concreto a resolver.<sup>30</sup>

A “compreensão prévia”, no dizer de Bonavides, deve ser fundamentada e conscientizada, sendo tarefa da teoria constitucional estabelecer os seus fundamentos. Disso resulta: “[...] que a hermenêutica da Constituição se converte assim numa teoria material da Constituição”.<sup>31</sup> Na lição de Hesse:

Normalmente, apenas a interpretação do texto não enseja a sua concretização de forma suficientemente exata. Faz-se preciso, então, ter em conta os dados trazidos pelo “âmbito normativo” em relação ao problema em questão. Dado que aquilo que pretendem as normas da Constituição é ordenar a realidade das concretas situações existenciais, ter-se-á de apreender essa realidade nos termos demarcados no programa normativo, em sua forma e caráter materialmente - e, não raro, também juridicamente – determinados [...].<sup>32</sup>

Para Canotilho, o método realça e ilumina vários pressupostos da tarefa interpretativa:

[...] (1) os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objectivos, isto é, o contexto, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em “movimento de ir e vir” (círculo hermenêutico).<sup>33</sup>

Quanto aos limites da interpretação Constitucional, Hesse assevera que: “para uma interpretação constitucional que parte da primazia do texto, é este último o limite inultrapassável da sua atuação. As possibilidades de compreensão do texto delimitam o campo das suas possibilidades tópicas”.<sup>34</sup> Conclui-se, portanto, tratar-se de um método em que a determinação do sentido da norma e a sua aplicação ao caso concreto constituem um processo unitário, realizado por um procedimento tópico de interpretação, tendo o texto constitucional como limite da concretização, mas sem perder de vista a realidade que ele intenta regular.<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> BONAVIDES, 2000, p. 440.

<sup>31</sup> BONAVIDES, 2000, p. 439.

<sup>32</sup> HESSE, 2009, p. 112.

<sup>33</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1212.

<sup>34</sup> HESSE, 2009, p. 117.

<sup>35</sup> COELHO, 2007, p. 87.

Aqui, já não mais se pode falar em sentido unívoco entre o texto da norma e a norma jurídica. Contudo, o problema dessa teoria reside na “gratuidade da pré-compreensão”, na medida em que os elementos de pré-compreensão não são apresentados de forma racionalizada e controlável no nexo da fundamentação jurídica.<sup>36</sup> Nesse contexto, a superação do modelo positivista pressupunha ainda novos estudos bem como o desenvolvimento de novos modelos hermenêuticos, e aqui se chega à metódica normativo-estruturante de Friedrich Müller (ou "teoria estruturante do Direito").

#### 2.1.2.4 A metódica jurídica normativo-estruturante de Friedrich Müller

A metódica normativo-estruturante abrange, no sentido desenvolvido por Friedrich Müller, segundo o autor:

[...] todas as modalidades de trabalho da concretização da norma e da realização do direito, mesmo à medida que elas transcendem – como a análise dos âmbitos das normas, como o papel dos argumentos de teoria do estado, teoria do direito e teoria constitucional, como conteúdos dogmáticos, elementos de técnica de solução e elementos de política jurídica bem como constitucional – os métodos de interpretação (Auslegung) ou interpretação (Interpretation) no sentido tradicionalmente restringido.<sup>37</sup>

Paulo Bonavides classifica a Teoria Estrutural do Direito como um “monumento do saber jurídico”, que desvenda

com a combinação metodológica da realidade fática do programa da norma e do círculo normativo, o sentido estrutural e integrativo do direito, conciliando, fora do mero sincretismo e das convergências aparentes, os aspectos usualmente desmembrados da norma, do fato e do valor.<sup>38</sup>

Para Müller, “uma norma jurídica é mais do que o seu texto da norma” e a “concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto”.<sup>39</sup> Assim, preocupado em estruturar a ação jurídica a partir das exigências do Estado de Direito, entende Müller que o trabalho tem início lá onde para Kelsen ele termina, vindo ele mesmo a classificar a sua teoria de “impura”.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> MÜLLER, 2009, p. 81.

<sup>37</sup> MÜLLER, 1999, p. 18.

<sup>38</sup> BONAVIDES, 2009, p. 235.

<sup>39</sup> MÜLLER, 1999, p. 18.

<sup>40</sup> MÜLLER, 1996, p. 10.

Essa teoria, segundo apresentou Olivier Jouanjan,

repousa na idéia fundamental que a norma jurídica não se identifica com o texto da norma (texto da lei, texto da Constituição, ou mesmo texto do preceito costumeiro), mas ela é o resultado de um trabalho, no sentido econômico, produtivo do termo. Não se trata, todavia, aqui de um trabalho de extração da norma a partir do material bruto dos textos (reencontrar a norma que estaria contida anteriormente no texto). Se trata de um trabalho de construção. Esse trabalho está designado pela palavra “concretização”. A norma não é o ponto de partida da concretização, mas o seu resultado.

Pode-se tomar esta imagem: para a teoria estruturante do direito, é tão absurdo pensar que a norma preexiste a este trabalho do jurista (“o obreiro do direito”) quanto a pensar que a casa estaria desde já no projeto do arquiteto. A norma não está, portanto, no texto, mas ela é o resultado de sua concretização, significa dizer o resultado, em um caso dado, do emprego de métodos jurídicos. Vê-se aqui a ligação íntima entre a concepção da norma e a metodologia jurídica: Esta concepção – da norma – pode, portanto, ser formulada primeiramente como modelo estrutural de normas jurídicas, a seguir como estruturação dos processos de decisão e enfim como exigências de trabalho destinadas aos juristas. Para este conceito (estruturante do direito), a teoria (da norma) jurídica e a metodologia jurídica estão necessária e concretamente ligadas entre si, antes mesmo que seu fundamento na Constituição e na Teoria da Constituição e que seus efeitos na dogmática jurídica fossem tomados em consideração.<sup>41</sup>

Compreendida como uma teoria da geração do Direito, ela inicia com uma descrição indutiva<sup>42</sup> da práxis jurídica,<sup>43</sup> em que a orientação prévia do jurista não é a norma jurídica pronta para ser aplicada, mas apenas o texto da norma criado pelo legislador, assim como as circunstâncias fáticas do caso.<sup>44</sup>

Nesse contexto, observa Christensen que: “como a norma jurídica é precisamente mais e outra coisa do que o mero texto da norma, toda e qualquer aplicação do direito implica em princípio um enriquecimento e aperfeiçoamento no

---

<sup>41</sup> JOUANJAN, 2009, p. 259.

<sup>42</sup> Nas palavras de Müller, “o novo enfoque é indutivo, à medida que desenvolve intrajuridicamente os seus esquemas conceituais, partindo dos problemas do próprio universo jurídico, sem ‘dedução’ filosófica ou ‘transferência’ de um assim chamado plano superior e sem colonização por visões de mundo advindas de fora. Ele é indutivo por operar de baixo para cima: não inicia com a teoria abstrata – assim, e.g., com a teoria geral da ciência –, mas com as tarefas comuns da práxis jurídica no seu entorno social. A partir daí, sempre em contato com essa realidade, ele desenvolve gradualmente concepções teóricas. Estas são indutivas, à medida que principiam com a dogmática do direito positivo e examinam sempre de novo inferências subseqüentes para a metódica, a teoria, a teoria constitucional e a lingüística jurídica com base nos seus efeitos sobre a dogmática [...]” (MÜLLER, 2009, p. 139).

<sup>43</sup> CHRISTENSEN, 2009, p. 239.

<sup>44</sup> CHRISTENSEN, 2009, p. 242.

plano do conteúdo”.<sup>45</sup> A normatividade assume assim caráter dinâmico, enquanto propriedade da norma jurídica de influenciar a realidade que lhe é correlacionada (normatividade concreta), influenciada que é, por sua vez, pela própria realidade (normatividade materialmente determinada).

Todos os elementos que, para a teoria estruturante do direito, conferem uma direção ao processo decisório são normativos, sendo eles reunidos em dois grupos: “programa da norma”, assim entendido enquanto resultado da interpretação do texto da norma, realizado a partir dos dados primaciais de linguagem; e “âmbito da norma”, em que compreendidos os dados secundariamente veiculados pela linguagem sobre nexos da realidade.<sup>46</sup>

Nas palavras de Müller:

A norma jurídica criada no caso está estruturada segundo “programa da norma” e “âmbito da norma”, isto é, segundo o resultado da interpretação lingüística e o conjunto dos fatos individuais e gerais do caso/tipo de caso conforme à interpretação lingüística. Assim, a “norma jurídica” é agora um conceito composto que operacionaliza, torna trabalhável o problema tradicionalmente irresolvido de “ser *e/versus* dever ser”.<sup>47</sup>

Preocupado em situar a sua teoria na qualidade de pós-positivista,<sup>48</sup> Müller utiliza-se das ideias de virtual *versus* real/atual, em referência também a uma suposta<sup>49</sup> oposição entre ser e dever ser, de modo a explicitar ainda mais o processo de concretização da norma jurídica. Nesse sentido, o “virtual” situar-se-ia no campo das possibilidades, e, portanto, em momento antecedente ao “real”, concebido este a partir da “aplicação” daquilo que está previamente dado, e assim,

<sup>45</sup> CHRISTENSEN, 2009, p. 243.

<sup>46</sup> CHRISTENSEN, 2009, p. 240-241.

<sup>47</sup> MÜLLER, 2009, p. 139.

<sup>48</sup> E não antipositivista, uma vez que embasados cada uma em pressupostos distintos – e não opostos, como referiu Olivier Jouanjan: “Se o trabalho começa aí onde se detém a construção Kelseniana, isto não significa, portanto, que se trataria de retomar o fio condutor da teoria pura para conduzi-la a um lugar onde ela não pode, por incapacidade constitutiva, chegar: uma teoria de métodos de realização do direito, significa dizer também uma teoria da normatividade como determinação concreta e ordem concretamente determinada” (MÜLLER, 2009, p. 254).

<sup>49</sup> “[...] nesse sentido ‘virtual’ e ‘atual’ não são oposições reciprocamente excludentes. Em analogia a isso, a mudança de paradigma efetuada pela teoria estruturante do direito, do conceito positivista ao conceito pós-positivista da norma, inicia com a transgressão da oposição neokantiana de ‘ser *versus* dever ser’. E Vilém Flusser procura ancorar o salto paradigmático da modernidade à pós-modernidade na afirmação de que esta última teria levado *ad absurdum* a convicção da Idade Moderna, segundo a qual verdadeiro e falso são oposições, por conseguinte, real e fictício também seriam oposições, e segundo a qual não pode existir uma solução de compromisso [...] entre esses dois horizontes” (MÜLLER, 2009, p. 134).

“atualizado”.<sup>50</sup>

Ensina Müller:

A norma jurídica e a norma de decisão são produzidas apenas na situação do caso jurídico determinado e por meio do trabalho com vistas à sua solução. Somente elas devem ser denominadas “normativas”, pois somente por meio dos seus textos se determina de forma suficientemente concreta como o conflito do caso deve ser solucionado e como se deve proceder para implementar a norma de decisão. Somente a norma jurídica e a norma de decisão, no termo do nosso trabalho, podem produzir esse efeito, são ‘reais’ nesse sentido.<sup>51</sup>

Nesse caminho a ser percorrido do texto da norma até a norma de decisão, está o trabalho de concretização a ser desenvolvido pelo intérprete, e cuja construção exige a observância de critérios técnico-rationais de aferição, necessariamente pressupostos pelo princípio do Estado de Direito.<sup>52</sup> Müller entende, nesse sentido, que o caminho a ser traçado na concretização deve ser “racionalmente recapitulável” e ensina:

Em termos realistas, i.e., nos limites do rendimento da língua natural (do direito), não se trata da fixação absolutamente unívoca, mas da transparência, da honestidade nos métodos, da possibilidade de recapitulação, para os outros participantes da vida do direito. Trata-se, portanto, de uma (assim compreendida) determinidade do trabalho jurídico e não de uma determinidade dos conceitos jurídicos e do seu significado. Por força da polissemia natural da linguagem, o ‘significado’ existe somente no plural; tanto maior se torna a plurivocidade fora da semântica relativamente simples de palavras isoladas. As tarefas complexas da ação jurídica não podem ser resolvidas sem a semântica da frase, do texto, e do contexto.<sup>53</sup>

Como é possível verificar, a teoria estruturante do direito desenvolvida por Müller deixa para trás, definitivamente, o positivismo legalista, situando a interpretação do texto apenas como uma etapa no processo (mais amplo) de concretização.<sup>54</sup> A normatividade é vista como um “processo estruturado”,<sup>55</sup> realizado a partir do “âmbito da norma” e do “programa da norma”. Trata-se de uma abordagem metódica que distingue a estrutura da norma e do texto da norma, a

<sup>50</sup> Na perspectiva do autor: “o ‘possível’ sempre existe como entidade previamente dada, sempre está pré-formado, só necessita de realização. Encontra-se, por assim dizer, em *stand by*, está disponível para ser chamado. A sua realização é então essa chamada a ‘aplicação’ do que está previamente dado” (MÜLLER, 2009, p. 131).

<sup>51</sup> MÜLLER, 2009, p. 131.

<sup>52</sup> CHRISTENSEN, 2009, p. 246.

<sup>53</sup> MÜLLER, 2009, p. 140.

<sup>54</sup> MÜLLER, 1999, p. 52.

<sup>55</sup> MÜLLER, 1999, p. 48.

normatividade e o processo de concretização, o nexó entre concretização estruturada da norma e as tarefas das funções individuais da práxis jurídica, a não identidade de norma e texto da norma e, por fim, a não identidade entre concretização e interpretação.<sup>56</sup>

A partir desse momento, com base na teoria estruturante da norma, é que se tornou mais claramente possível, no campo do controle de constitucionalidade, o desenvolvimento de técnicas de decisão que superem, na mesma medida, essa não identidade entre texto da norma e norma jurídica. Isso possibilita, de conseguinte, que o controle incida apenas e tão somente sobre a(s) norma(s), e não necessariamente sobre o texto tal e qual originariamente se concebeu.

### 2.1.3 Distinção entre texto e norma como parte de uma hermenêutica pós-positivista e relevância prática dessa distinção

A nova hermenêutica<sup>57</sup> assim como a hermenêutica tradicional positivista somente são superadas por uma hermenêutica pós-positivista, encabeçada por Müller, quando este definitivamente transcende a noção unívoca entre texto da norma e norma jurídica. A partir daí, se estabelece um novo paradigma no Direito, calcado em questões fundamentais da estrutura da norma e da metódica.

Seguindo as diretrizes da teoria estruturante do Direito, vários autores já assinalaram a importância prática decorrente da distinção entre o dispositivo da norma e a norma. Para Humberto Ávila:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma, deverá haver um

---

<sup>56</sup> MÜLLER, 1999, p. 58.

<sup>57</sup> No sentido de que a obra de Friedrich Müller não se situaria na fase intitulada “nova hermenêutica”, a própria posição do autor aduz: “[...] é errado, em minha opinião, situar-me na segunda geração da teoria material ou nova hermenêutica. Tudo isso não pertence ainda a um novo paradigma positivista – na medida em que as críticas ao positivismo (por Schmitt ou Smend, por Heller ou Neumann, pela escola smendiana e por correntes, como a escola livre do direito, o sociologismo ou a hermenêutica) permanecem no mundo do positivismo, compartilhando com esse a ilusão de que os textos nas leis, nas constituições, sejam já as normas. Em outros termos, os críticos confundem, também eles, como os positivistas, norma e texto da norma e opõem sempre, como os positivistas, ser e dever-ser” (MÜLLER, 2009, p. 273).

dispositivo que lhe sirva de suporte.<sup>58</sup>

Ricardo Guastini observa que, para muitos contextos, a distinção entre disposição do texto e norma é irrelevante e pode ser ignorada sem causar problemas. Contudo, em outros contextos, essa distinção se reveste de uma importância fundamental, sendo um instrumento conceitual indispensável, para esclarecer, entre outras, os diversos tipos de vício das leis e as decisões interpretativas e manipulativas do Tribunal Constitucional.<sup>59</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho reconhece que a interpretação das leis em conformidade com a Constituição “[...] ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma”.<sup>60</sup> Ainda na lição do mestre lusitano, a interpretação conforme a Constituição “é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei”.<sup>61</sup>

A compreensão da norma enquanto produto da interpretação do enunciado, situada além do plano sintático da linguagem, no qual se localiza o texto, possibilitou o surgimento das denominadas “decisões interpretativas”, que Gustavo Zagrebelsky assim conceituou:

[...] as sentenças interpretativas reconhecem-se pelo facto de serem decisões nas quais a contrariedade ou a não contrariedade da lei à Constituição são afirmadas não em absoluto, mas enquanto à disposição se dê um certo significado evidenciado no sentido e no modo de interpretar constante da fundamentação.<sup>62</sup>

Como se pode perceber, a importância da distinção entre texto da norma e norma jurídica no campo da dogmática revelou-se imediatamente na prática jurídica dos Tribunais, possibilitando o surgimento de novas formas de decisões, dentre as quais estão a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

---

<sup>58</sup> ÁVILA, 2008, p. 30.

<sup>59</sup> GUASTINI, 1999, p. 101.

<sup>60</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1226.

<sup>61</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1310.

<sup>62</sup> ZAGREBELSKY *apud* BRANCO, 2009, p. 81.

#### 2.1.4 Considerações pontuais

Pela retrospectiva evolutiva que se acabou de traçar acerca da hermenêutica constitucional contemporânea, destacou-se como marco superador da hermenêutica tradicional, conforme visto, a teoria estruturante do Direito de Friedrich Müller, que pela sua definição e estruturação da norma jurídica, foi capaz de transcender, definitivamente, as limitações da hermenêutica constitucional clássica e inclusive, se viu, da chamada "nova hermenêutica". Essa retrospectiva teve por propósito demonstrar, para cada método de interpretação apresentado, quais eram as possibilidades hermenêuticas oferecidas, consoante a fundamentação e compreensão do conceito de norma jurídica que possuíam.

Tal exame revela-se imperioso na pré-compreensão do tema, na medida em que a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto pressupõem, para a sua caracterização, uma necessária distinção entre o texto da norma e a norma jurídica.

De conseguinte, estando a caracterização da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto a depender de uma compreensão estruturada da norma jurídica, calcada na premissa de uma necessária distinção entre dispositivo legal e norma jurídica, pode-se concluir dizendo que, no contexto hermenêutico, o surgimento dessas técnicas de decisão somente tornou-se possível após o novo paradigma hermenêutico pós-positivista, delineado por Müller em sua teoria estruturante do direito.

#### **2.2 Contexto jurídico:** inconstitucionalidade e controle abstrato de normas

O controle abstrato de constitucionalidade das normas insere-se em princípio no modelo de controle concentrado (i.e., pelo Tribunal Constitucional, enquanto órgão monopolizador desse controle) e é exercido pela via principal, é dizer: por meio de um processo específico para essa finalidade.

Como já mencionado na introdução ao presente estudo, a análise está restrita ao âmbito do controle abstrato de constitucionalidade; de conseguinte, a explicitação dessa competência conferida ao Supremo Tribunal Federal (muito embora o Tribunal não detenha o monopólio da jurisdição constitucional, o que tecnicamente faz



inexistir entre nós o controle concentrado de constitucionalidade), bem como dos efeitos que dela emanam, constituem importantes fundamentos de pré-compreensão à análise que se pretende empreender na segunda parte do presente trabalho.

Antes ainda, não se prescinde de uma abordagem do instituto da inconstitucionalidade, enquanto consequência jurídica do próprio controle de constitucionalidade, em sentido *lato*, na medida em que as técnicas de decisão se encontram em uma zona intermediária entre a declaração de constitucionalidade e a declaração de inconstitucionalidade total, somente tornada possível após a superação da clássica figura unitária da inconstitucionalidade, compreendida enquanto nulidade total.

### 2.2.1 A inconstitucionalidade

Buscando atribuir um conceito ao fenômeno da inconstitucionalidade, destaca-se a lição do mestre português Jorge Miranda, com a seguinte e bastante ampla definição:

Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um acto – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido.<sup>63</sup>

Caracterizada a desconformidade do texto – ou, conforme visto, mais exatamente: a desconformidade entre duas normas produzidas a partir de dois textos normativos, (i.e., a norma produzida a partir do texto constitucional e a norma produzida a partir do texto infraconstitucional impugnado) –, impõe à Supremacia da Constituição, sua vinculatividade e rigidez, uma sanção qualificada, que se traduz na previsão de um procedimento de anulação do ato inconstitucional por órgão competente. Nesse sentido, continua atual a afirmação de Mendes de que: “a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica”.<sup>64</sup>

As técnicas de decisão do controle de constitucionalidade, denominadas “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, estão a “meio caminho” da declaração de nulidade

---

<sup>63</sup> MIRANDA, 2007, p. 11.

<sup>64</sup> MENDES, 1990, p. 8.

total da lei, enquanto sanção mais “grave”, que possa surgir desse controle. Trata-se, em realidade, de uma evolução nas formas de controle, decorrente do aprimoramento na identificação dos diferentes tipos de inconstitucionalidade que podem macular o texto legal.

O estudo prévio de uma tipologia das inconstitucionalidades assume, portanto, importância prática na posterior caracterização da “interpretação conforme a Constituição” e da “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”. É o que se passa a fazer a seguir.

#### 2.2.1.1 Tipologia das inconstitucionalidades

A inconstitucionalidade de uma lei pode se manifestar sob diversas formas, variando, segundo a natureza do vício, sua extensão ou o conteúdo da norma. Pode, ainda, a inconstitucionalidade ser decorrente de uma conduta positiva do legislador, ou negativa, como no caso da omissão constitucional.

A seguir, serão abordadas algumas das classificações existentes, que possuem relevância, em nosso entendimento, à compreensão das técnicas de controle aqui investigadas. Não será tratada, por exemplo, da inconstitucionalidade por omissão, que possui instrumentos próprios de fiscalização, os quais escapam ao objeto do presente estudo.

##### 2.2.1.1.1 Natureza do vício

Como foi visto, a relação de desconformidade entre os atos normativos e os preceitos constitucionais dá origem aos vícios de inconstitucionalidade; esses, por sua vez, podem se manifestar sob diversas formas. Se atingirem o conteúdo da norma, serão de natureza material; já se resultarem da inobservância de regras de caráter procedimental, técnicas ou ainda de competência, serão de natureza formal. Nada impede ainda a coexistência das duas formas de inconstitucionalidade em um mesmo ato legislativo.

Cabe, então, detalhar as peculiaridades de cada espécie de vício, de modo a diferenciar as possíveis implicações ao controle de constitucionalidade e aos efeitos que possam resultar desse controle.

### 2.2.1.1.1.1 Inconstitucionalidade formal

Os vícios formais atingem necessariamente o texto legal em si, na sua forma final, independentemente do seu conteúdo, uma vez que são vícios prévios à própria promulgação do texto normativo infraconstitucional.<sup>65</sup>

Tomando-se emprestada a definição exposta por Mendes, os vícios formais:

[...] afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei. Traduzem defeitos de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência.<sup>66</sup>

Luís Roberto Barroso, por sua vez, distingue ainda a inconstitucionalidade orgânica da inconstitucionalidade formal, aduzindo que a primeira se traduz na “inobservância da regra de competência para a edição do ato”, exemplificando que, se “a Assembléia Legislativa de um Estado da Federação editar uma lei em matéria penal ou em matéria de direito civil, incorrerá em inconstitucionalidade por violação da competência da União na matéria”. Já a inconstitucionalidade formal, propriamente dita, ocorrerá se “determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio”.<sup>67</sup>

As inconstitucionalidades formais e orgânicas não abrem espaço a considerações de cunho normativo-aplicativo do ato impugnado em si, uma vez que atingem o ato normativo singularmente considerado e em sua integralidade,<sup>68</sup> não restando outra alternativa senão a da declaração de invalidade do ato como um todo.

Há, porém, uma hipótese em que a incompatibilidade formal de determinado ato pode subsistir validamente na ordem jurídica – e que se refere apenas, *en passant*, por não se inserir no tema das técnicas de decisão, mas circundar o assunto do controle de constitucionalidade –, que é quando a incompatibilidade ocorrer entre uma nova Constituição – ou uma emenda constitucional – e norma infraconstitucional preexistente.<sup>69</sup> Nesse caso, havendo compatibilidade material,

---

<sup>65</sup> CANOTILHO, 2003, p. 959.

<sup>66</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1061.

<sup>67</sup> BARROSO, 2009, p. 26-27.

<sup>68</sup> Há, contudo, exceções, como no caso de uma lei ordinária conter um único dispositivo reservado à lei complementar, ou uma lei federal que contenha determinado artigo que interfira, ilegitimamente, na competência legislativa estadual. Vide sobre o tema Luís Roberto Barroso (2009, p. 39, nota 98).

<sup>69</sup> BARROSO, 2009, p. 29.

mas incompatibilidade formal, a norma será recepcionada validamente, considerando-se que, somente *ad futurum*, deverá se submeter à nova disciplina.<sup>70</sup>

#### 2.2.1.1.1.2 Inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade material diz respeito ao conteúdo do ato, quando desconforme às normas e princípios da Constituição.<sup>71</sup> A inconstitucionalidade material, na lição de Barroso,

expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (art. 5º, caput, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas.<sup>72</sup>

Assim, o vício de inconstitucionalidade material ocorre quando o controle de constitucionalidade atinge o conteúdo linguístico da lei e, por consequência, também o da Constituição. A partir daí, possibilita-se a aferição de uma outra modalidade de inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade qualitativa, que possui especial relevância na identificação dos pressupostos de admissibilidade das técnicas de decisão.

#### 2.2.1.1.2 Inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial

No que diz respeito à abrangência do vício de inconstitucionalidade, poderá ser o mesmo total ou parcial, conforme venha a atingir o ato normativo como um todo – total –, ou apenas incida sobre fração do mesmo, recaindo assim sobre um ou mais artigos, parágrafos ou alíneas – parcial. Será ainda total a inconstitucionalidade se identificada uma relação de dependência ou de interdependência entre as suas partes constitucionais e inconstitucionais, como

---

<sup>70</sup> BARROSO, 2009, p. 30.

<sup>71</sup> CANOTILHO, 2003, p. 959.

<sup>72</sup> BARROSO, 2009, p. 29.

observado por Gilmar Mendes:

Se a disposição principal da lei há de ser considerada inconstitucional, pronuncia o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de toda a lei, salvo se algum dispositivo puder subsistir sem a parte considerada inconstitucional. Trata-se aqui de uma declaração de inconstitucionalidade em virtude de dependência unilateral.

A indivisibilidade da lei pode resultar, igualmente, de uma forte integração entre as suas diferentes partes. Nesse caso, tem-se a declaração de inconstitucionalidade em virtude da chamada dependência recíproca.<sup>73</sup>

Outra possibilidade construída na prática dos Tribunais é a da declaração de inconstitucionalidade “por arrastamento”, também denominada inconstitucionalidade por atração, ou ainda inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados, que ocorre nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, quando:

A dependência ou interdependência normativa entre os dispositivos de uma lei pode justificar a extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos constitucionais mesmo nos casos em que estes não estejam incluídos no pedido inicial da ação.<sup>74</sup>

Por sua vez, segundo refere Mendes, haverá inconstitucionalidade parcial sempre que se verificar a divisibilidade da lei e o juízo de inconstitucionalidade atribuído a parte dela não alcance outros, que possam subsistir de forma autônoma. O mesmo raciocínio é válido para o veto presidencial, exercido em sede de controle político preventivo.

Outrossim, dois requisitos devem ser preenchidos para que se possa falar em declaração de inconstitucionalidade parcial, a saber: a) o grau de dependência entre os dispositivos, como já referido acima; b) e a verificação de que a norma que há de subsistir, após a declaração de inconstitucionalidade parcial, corresponderia à vontade do legislador.<sup>75</sup>

Sobre a vontade do legislador, ensina Mendes:

No exame sobre a vontade do legislador assume peculiar relevo a dimensão e o significado da intervenção que resultará da declaração de nulidade. Se a declaração de inconstitucionalidade tiver como consequência a criação de uma nova lei, que não corresponda às concepções que inspiraram o legislador, afigura-se inevitável a

<sup>73</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1298.

<sup>74</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1298-1299.

<sup>75</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1299.

declaração de inconstitucionalidade de toda a lei.<sup>76</sup>

Assim, havendo possibilidade de divisão do ato legal, a supressão da(s) parte(s) inconstitucional(i)s não invalida necessariamente o texto legal como um todo se os dispositivos subsistentes possuírem expressão autônoma. O conceito de inconstitucionalidade parcial evoluiu, posteriormente, para uma distinção entre inconstitucionalidade parcial qualitativa *versus* quantitativa.

#### 2.2.1.1.3 Inconstitucionalidade parcial quantitativa *versus* inconstitucionalidade parcial qualitativa

Na jurisprudência alemã, o Tribunal Constitucional diferencia, dentro da classe da inconstitucionalidade parcial, a inconstitucionalidade parcial quantitativa da qualitativa – também denominada declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Essa distinção, como se verá, assume notória relevância na identificação das hipóteses de aplicação das técnicas “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” e “interpretação conforme a Constituição” na forma da Lei nº 9.868/99.

Segundo refere Mendes: “a declaração parcial de nulidade “quantitativa” diferencia-se da chamada declaração de nulidade parcial sem redução de texto, que se refere a uma constelação de casos não definidos precisamente no texto normativo”.<sup>77</sup> De fato, enquanto que na inconstitucionalidade parcial quantitativa ocorre a supressão de partes do texto de lei, incidindo assim a supressão diretamente sobre o enunciado legal, e apenas indiretamente sobre a norma que se produz a partir do texto; de outro lado, na inconstitucionalidade parcial qualitativa, o texto resta inalterado, recaindo o controle sobre uma ou mais normas formuláveis a partir do texto.<sup>78</sup>

Por essa distinção, torna-se possível, quando diante de uma inconstitucionalidade parcial qualitativa, para a qual está pressuposta um complexo de normas, quer a exclusão de uma ou mais normas do texto (declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto), quer a declaração de compatibilidade mediante interpretação conforme a Constituição, em que

<sup>76</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1300.

<sup>77</sup> MENDES, 1996, p. 196.

<sup>78</sup> COLNAGO, 2007, p. 89.

condicionada uma específica interpretação do enunciado legal enquanto compatível com a Constituição.

Cláudio Colnago situa a inconstitucionalidade parcial qualitativa em duas etapas de atuação:

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 de vários significados possíveis de um mesmo texto legislativo. Na segunda, considera-se um ou mais destes significados como inconstitucionais. Contudo, se estiver manifestamente demonstrado que a vontade do legislador foi expressa 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.<sup>79</sup>

Portanto, a inconstitucionalidade parcial qualitativa é a que nos interessa para a compreensão das técnicas de decisão. Para sua caracterização, mister que o texto legal impugnado possua sentido multívoco, para o qual seja possível afastar-se tão somente aqueles que se afigurem qualitativamente incompatíveis com a norma produzida a partir do texto constitucional, tudo sem provocar a modificação da expressão literal do texto.

### 2.2.2 Competência do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade abstrato

O artigo 102, *caput* da Constituição Federal (CF) dispõe de início que: “compete ao Supremo Tribunal Federal (STF), precipuamente, a guarda da Constituição”. Costumeiramente, afirma-se a partir daí ser o Supremo Tribunal Federal o “Guardião da Constituição” e, dentre as suas principais tarefas de “Guardião”, está a competência prevista no inciso I, alínea “a”, que diz que a ele compete: “processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Essa competência teve origem na Emenda Constitucional 16, de 26/11/1965,<sup>80</sup> que alterou o dispositivo do artigo 101, I, “k”, da Constituição de 1946,

---

<sup>79</sup> COLNAGO, 2007, p. 89.

<sup>80</sup> Embora já existisse no sistema brasileiro a ação interventiva, com competência concentrada do

e atribuiu ao STF competência para: “processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.<sup>81</sup> A mesma Emenda Constitucional 16/65 também previu o controle abstrato, de competência originária do Tribunal de Justiça, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município, contrário à Constituição do Estado-membro. Essa mesma competência foi reproduzida nas Constituições seguintes, de 1967 e 1969, até que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, assumiu o controle abstrato de constitucionalidade uma nova e importante dimensão.

Dentre as mais significativas alterações produzidas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, está a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, conferindo maior caráter democrático e social a esse instrumento, antes concentrado na pessoa do Procurador-Geral da República. Restou com isso alargado o papel do controle abstrato de constitucionalidade,<sup>82</sup> antes exercido de modo prevalente pelo modelo difuso.

Outra importante inovação foi a instituição de instrumentos de controle da inconstitucionalidade por omissão, com a criação, no sistema abstrato, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, parágrafo 2º, da CF/88), e, no controle difuso da omissão inconstitucional, do mandado de injunção (artigo 5º, LXXI, da CF/88). Por fim, o artigo 102, parágrafo único, da CF/88 (hoje renumerado pela Emenda Constitucional 3 como parágrafo 1º do artigo 102 da CF/88), instituiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As alterações constitucionais subsequentes somente fizeram reforçar esse papel prevalente do controle abstrato de constitucionalidade na jurisdição constitucional. Primeiramente, sobreveio a Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/1993, instituindo a ação declaratória de constitucionalidade no artigo 103, parágrafo 4º.

---

Supremo Tribunal Federal, que figurava como pressuposto da decretação da intervenção federal nos Estados, ela não possuía caráter abstrato.

<sup>81</sup> ZAVASCKI, 2001, p. 40.

<sup>82</sup> Referindo-se à ampliação no rol de legitimados à propositura da ADIN, Mendes assevera: “esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente” (MENDES, 1996, p. 78).



Outro acréscimo trazido pela Emenda Constitucional nº 3/93 foi a previsão, para as decisões de mérito proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade de: “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” (artigo 102, parágrafo 2º da CF).

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, estendeu o rol de legitimados à propositura da ação declaratória de constitucionalidade a todos os legitimados da ação declaratória de inconstitucionalidade, visto que antes eles estavam limitados ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República. Estendeu ainda à Emenda Constitucional nº 45/04 o efeito vinculante da ação declaratória de constitucionalidade à ação declaratória de inconstitucionalidade, conferindo natureza dúplice a essas ações diretas.

Gize-se que a Lei 9.868/99, de 10/11/1999, já havia previsto o efeito vinculante para a decisão na ação declaratória de inconstitucionalidade, bem como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Ainda no plano infralegal, a Lei 9.882/99, de 03/12/1999, regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, admitindo novas hipóteses de controle de constitucionalidade abstrato.

Por fim, deve-se citar o artigo 103-A da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/04, que instituiu a Súmula Vinculante em matéria constitucional e o parágrafo 3º, acrescentado ao artigo 102 da CF, que instituiu a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, enquanto instrumentos de objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

A função jurisdicional exercida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade diferencia-se substancialmente daquela que exerce na solução de conflitos de interesses concretizados, como muito bem observa Teori Zavascki. Nas palavras do autor:

[...] faz-se atuar a jurisdição com o objetivo de tutelar não direitos subjetivos, mas, sim, a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da norma jurídica abstratamente considerada, independentemente da sua incidência em específicos suportes fáticos.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> ZAVASCKI, 2001, p. 42.

A natureza desse controle é, portanto, a de assegurar a supremacia da Constituição e a defesa da ordem federativa.<sup>84</sup> Na qualidade de garantia da Constituição,<sup>85</sup> Canotilho relaciona o controle abstrato com o controle concentrado e principal, definindo-o do seguinte modo:

[...] o controlo abstrato significa que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controlo abstrato de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a “defesa da constituição” e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos contraditórios à constituição. Dado que se trata de um processo objectivo, a legitimidade para solicitar este controlo é geralmente reservada a um número restrito de entidades.<sup>86</sup>

Como já foi dito supra, embora o Brasil não tenha adotado o modelo dos tribunais constitucionais europeus, em que as garantias da Constituição constituem atribuição específica e exclusiva de um Tribunal Constitucional ("monopólio da jurisdição constitucional"), pode-se dizer que a competência exercida hoje pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, em sede de controle de constitucionalidade, dadas as significativas reformas que sofreu desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, está cada vez mais próxima desse paradigma, seja pela ampliação do modelo concentrado, seja pela objetivação crescente que vem sofrendo o modelo difuso.

### 2.2.3 Efeitos: o Supremo Tribunal Federal como legislador negativo na visão de Kelsen

Como já referido, desde a Emenda Constitucional nº 16, de 26/11/ 1965, o Brasil passou a conviver com dois sistemas distintos de controle de constitucionalidade, a saber, o sistema concreto e o sistema abstrato. Para o sistema abstrato, que aqui está em análise, recepcionou-se, sobretudo, o modelo austríaco, idealizado por Hans Kelsen, para quem a figura central desse sistema é a do tribunal constitucional, a quem está reservada a função de Guardiã da Constituição.

---

<sup>84</sup> MENDES, 1996, p. 102.

<sup>85</sup> Na acepção de Kelsen, “garantias da Constituição” significam: “garantias de regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis” (KELSEN, 2003, p. 126).

<sup>86</sup> CANOTILHO, 2003, p. 900.

Kelsen é autor, nesse contexto, da conhecida teoria do “legislador negativo”, compreendida enquanto função específica e diferenciada no quadro das funções estatais, exercida pela jurisdição constitucional na sua atividade de fiscalização e controle da constitucionalidade das leis, visando compatibilizar essa função com a soberania do legislador ordinário. Para Kelsen, o Tribunal Constitucional, ao anular uma lei inconstitucional, não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional. Veja-se a explicação dada pelo autor:

Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo.<sup>87</sup>

Haveria assim, na formulação de Kelsen, uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos – tribunal constitucional e poder legislativo; e, nesse sentido, a expressão “divisão de poderes” traduziria melhor a ideia de repartição do poder entre diferentes órgãos, do que a expressão “separação de poderes”. Essa repartição, diz o autor, justifica-se: “não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros”.<sup>88</sup> Desse modo, conclui Kelsen que: “[...] a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele”.<sup>89</sup>

Para Kelsen, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que:

Embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando [...] como legislador negativo.<sup>90</sup>

Assim, na formulação de Kelsen, um tribunal constitucional atua como

---

<sup>87</sup> KELSEN, 2003, p. 151-152.

<sup>88</sup> KELSEN, 2003, p. 152.

<sup>89</sup> KELSEN, 2003, p. 152.

<sup>90</sup> KELSEN, 2003, p. 263.

legislador negativo quando, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, elimina uma norma geral com eficácia *erga omnes* e efeitos *ex nunc*. Isto porque Kelsen menciona a possibilidade de anulação da lei, e não de sua nulidade.

De fato, a decisão anulatória da lei é, para Kelsen, constitutiva, e não declaratória. Isto porque “o sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma”.<sup>91</sup>

Para Kelsen, em uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade “uma norma jurídica pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas anulável”,<sup>92</sup> afirma. No entanto, reconhece Kelsen a possibilidade de que a anulabilidade prevista pela ordem jurídica possua diferentes graus, admitindo, nesse sentido, a anulação com efeitos retroativos: “[...] tal, por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela”.<sup>93</sup>

Logo, para Kelsen, a natureza constitutiva da declaração de inconstitucionalidade de uma lei decorre do fato de que aquela enseja a necessidade, para a sua verificação, da aferição dos pressupostos dessa incompatibilidade. Assim, ensina o autor que:

[...] como esta verificação tem caráter constitutivo, como a nulidade da norma em questão é efeito desta verificação, como não pode ser juridicamente afirmada antes de realizada tal verificação, esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, a anulação, com efeitos retroativos, de uma norma até aí considerada válida.<sup>94</sup>

Portanto, verifica-se que o modelo de controle abstrato de constitucionalidade das leis, na forma como pensado originariamente pelo seu idealizador, Hans Kelsen, confere ao Tribunal Constitucional a função de legislador negativo, entendida enquanto processo especial de revogação de normas do ordenamento jurídico, com eficácia *erga omnes* e, regra geral, efeitos *ex nunc*.

Também no Brasil, a adoção desse modelo confere ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Estaduais, no que se refere à fiscalização das leis estaduais ou municipais, essa mesma competência de legislador negativo, vista enquanto

---

<sup>91</sup> KELSEN, 2009, p. 307.

<sup>92</sup> KELSEN, 2009, p. 306.

<sup>93</sup> KELSEN, 2009, p. 306-307.

<sup>94</sup> KELSEN, 2009, p. 308.

processo especial de revogação das leis; somente que, na jurisprudência e doutrina pátrias, desde a recepção desse sistema, seguiu-se a atribuir eficácia *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade (tal como já se procedia no âmbito do controle incidental e/ou *in concreto* desde o início do constitucionalismo republicano), considerando-a, de conseguinte, declaratória, e não constitutiva, como o entendia Kelsen.

Para este estudo, interessa sobremaneira compreender desde logo a natureza e alcance dessa competência de que dispõe o Supremo Tribunal Federal para declarar uma lei inconstitucional. Como visto, Kelsen a classifica de função legislativa, na medida em que, para ele:

[...] anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa.<sup>95</sup>

Assim, mesmo que originariamente a competência de legislador negativo seja entendida enquanto capacidade de revogação das leis (e nada obstante no Brasil se adote como regra geral o “dogma” da nulidade da lei inconstitucional),<sup>96</sup> a característica essencial a ser compreendida por “exercício de uma função legislativa-negativa” pelo Supremo Tribunal Federal consiste na atribuição de uma competência invalidatória da lei, a ser exercida por meio de um procedimento especial, constitucionalmente previsto – e portanto de “legislador negativo”.

#### 2.2.4 Considerações pontuais

A teoria do legislador negativo, criada por Kelsen, é contemporânea do positivismo jurídico que, como visto, não distingue o texto da norma da norma jurídica. De conseguinte, a visão de legislador negativo, na formulação originária de Kelsen, comporta apenas a extirpação do texto legal contrário à Constituição. Dentro dessa concepção, portanto, apenas a inconstitucionalidade total ou a inconstitucionalidade parcial quantitativa eram passíveis de declaração pela jurisdição constitucional, no exercício do controle abstrato de constitucionalidade.

Já na teoria contemporânea da norma jurídica, isto é, na teoria pós-positivista,

---

<sup>95</sup> KELSEN, 2003, p. 151-152.

<sup>96</sup> Vide sobre o tema a obra de Humberto Ávila (2009).

parte-se do pressuposto de uma distinção radical entre texto da norma e norma, enquanto produto da interpretação. Essa distinção estrutural da norma jurídica possibilitou o surgimento de uma nova modalidade de inconstitucionalidade parcial, a inconstitucionalidade parcial qualitativa, pela qual a declaração de inconstitucionalidade recai sobre uma ou mais normas formuláveis a partir do texto normativo, o qual, por sua vez, se mantém intacto. Em outras palavras, existem nesse caso inconstitucionalidades relativas ao texto normativo e inconstitucionalidades relativas à norma produzida a partir do texto normativo.

A função de legislador negativo, ínsita à atividade jurisdicional no controle abstrato de constitucionalidade das leis, passa, de conseguinte, a se realizar também no plano da norma jurídica, enquanto produto da interpretação e não mais apenas sobre o texto legal. A consequência da transposição do controle sobre o texto legal para a norma jurídica, contudo, não altera a natureza desse controle, que continua sendo invalidatória, ou seja, negativa. A distinção apenas se reflete no resultado desse controle que, ora pode ocasionar uma invalidação quantitativa – do texto –, ora qualitativa – de normas formuláveis a partir do texto.

Aprioristicamente, portanto, as técnicas de decisão que atuam sobre a inconstitucionalidade parcial qualitativa – como é o caso da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto –, não afetam a natureza invalidatória-negativa, própria do controle de constitucionalidade abstrato, na forma pensada originariamente por Kelsen.

Resta saber se, diante desse novo contexto hermenêutico, é admissível conferir-se ao Supremo Tribunal Federal uma competência normativa positiva, que ultrapasse a função tradicional de legislador negativo, como pretendem afirmar alguns autores.<sup>97</sup>

### **2.3 Contexto histórico-político:** possíveis origens da recepção da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade no modelo brasileiro

A interpretação conforme a Constituição tem, como fonte remota, o Direito norte-americano, em que foi pioneira a interpretação das leis “in harmony with the

---

<sup>97</sup> Nesse sentido, citam-se as posições de Lênio Streck (2002, p. 479) e Angela Cristina Pelicioli (2008, p. 170).

Constitution”, que visava harmonizar a construção legislativa com a supremacia constitucional.<sup>98</sup> No entanto, o desenvolvimento no direito europeu da interpretação conforme a Constituição não decorreu de uma pura e simples recepção desse modelo americano, mas de uma necessidade intrínseca de conciliação entre o controle de constitucionalidade e a atividade do legislador ordinário, pelos Tribunais Constitucionais europeus.<sup>99</sup>

Nesse sentido, Colnago cita Boffil, em tradução livre:

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.<sup>100</sup>

Outrossim, sabe-se que, na tradição do *Commow Law*, o papel judicial na formação das normas é amplamente aceito, diferenciando-se substancialmente do direito romano-germânico, em que, para o emprego da interpretação conforme a Constituição, faz-se necessária uma prévia justificação teórica e uma delimitação precisa das hipóteses ao seu emprego.<sup>101</sup> Assim, a influência que sofreu o ordenamento jurídico pátrio para a introdução das técnicas de decisão “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto” provém, originariamente, do Direito alemão.

Esse fato talvez possa ser explicado em razão do grande prestígio que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, defere às decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão; e assume, sem dúvida, influência ainda mais clara, quando o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ele próprio tendo se doutorado sobre o tema controle de constitucionalidade no Brasil e na Alemanha (*Jurisdição Constitucional*),<sup>102</sup> depois idealiza e redige o Projeto de Lei nº. 2.960, de 1997, posteriormente convertido na Lei 9.868/99, que introduziu na ordem legal as técnicas da interpretação conforme a

<sup>98</sup> COLNAGO, 2007, p. 70-71.

<sup>99</sup> COLNAGO, 2007, p. 71.

<sup>100</sup> BOFILL *apud* COLNAGO, 2007, p. 71.

<sup>101</sup> COLNAGO, 2007, p. 72.

<sup>102</sup> O hoje Ministro Gimar Mendes é doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha – RFA (1990), com a dissertação *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, publicada na série *Schriften zum Öffentlichen Recht*, da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991, cuja tradução para o português foi publicada sob o título *Jurisdição Constitucional* (1996).

Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Por esse motivo, ao tratar do direito alemão para descrever as origens da recepção das técnicas de decisão da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, adotou-se, preferencialmente, a referida obra “Jurisdição Constitucional”, em sua primeira edição.

Posteriormente, o tema será abordado no direito italiano, em que as técnicas alternativas à declaração de nulidade das leis tiveram grande desenvolvimento no seio da Corte Constitucional italiana a partir de 1956.

### 2.3.1 Modelo alemão

O Tribunal Constitucional Federal alemão pode declarar a nulidade total ou parcial do ato normativo impugnado, nos termos do parágrafo 78, 1º período, da sua Lei de organização. Essa decisão tanto poderá se dar na via do controle abstrato e concentrado (*abstrakte Normenkontrolle*), do controle concreto e concentrado (*konkrete Normenkontrolle*), ou de processo de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*).

No primeiro caso, trata-se de uma ação judicial específica para exame da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, à semelhança das ações diretas de controle no direito brasileiro.

No segundo caso, a controvérsia constitucional surge como questão incidental na jurisdição ordinária. Estando o juiz ou Tribunal ordinário convencido da inconstitucionalidade do dispositivo legal que decide o caso concreto, o processo é remetido pelo órgão julgante ao Tribunal Constitucional Federal para que este, no exercício de seu monopólio de controle, declare a inconstitucionalidade (ou não) do dispositivo legal em questão – com efeitos *erga omnes*, nada obstante a questão haver se originado no âmbito de uma questão incidental *inter partes*. Resolvida assim a questão da constitucionalidade do direito aplicável ao caso decidendo, o Tribunal Constitucional Federal devolve o processo à instância judicial ordinária para que o caso concreto seja decidido em definitivo.

Já o Recurso Constitucional é um remédio de última instância e de caráter subsidiário que permite que uma decisão final da jurisdição ordinária possa ser reexaminada pelo Tribunal Constitucional desde uma perspectiva de sua lesão a um



direito fundamental do recorrente. Nesse contexto, esse recurso tem feições bastante símiles ao Recurso Extraordinário brasileiro, todavia ele é de objeto menos amplo, vez que o fundamento de admissibilidade é somente a lesão a um direito fundamental do recorrente, ao passo que o Recurso Extraordinário brasileiro faz abrir a jurisdição constitucional em caso de lesão a qualquer dispositivo constitucional pela decisão judicial impugnada via apelo extremo. As decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e tem força de lei, consoante o parágrafo 31(2), da Lei do Tribunal.<sup>103</sup>

Gize-se que a fórmula tradicional dispõe ser a lei inconstitucional nula *ad initio* (*ex tunc*), ainda que essa fórmula não encontre expressão inequívoca na Lei Fundamental, ou na Lei orgânica da Corte Constitucional. Com efeito, a doutrina dominante, fundada no princípio da supremacia da Constituição, confere “hierarquia constitucional” (*verfassungsrang*) ao postulado da nulidade da lei inconstitucional (artigos 1º, III, 20, III, 79, parágrafo 1º, 1º período, 79, parágrafo 3º, 123, I, da Lei Fundamental).<sup>104</sup>

Em razão da sua deferência ao legislador, enquanto representante da vontade geral, o Tribunal Constitucional Federal alemão não esteve confortável em declarar a nulidade total dos atos normativos impugnados, preocupando-se em salvá-los ao máximo, o que possibilitou, desde muito cedo, o surgimento de técnicas decisórias que contornassem essa declaração de nulidade absoluta, as quais serão abordadas a seguir.

#### 2.3.1.1 Declaração parcial de nulidade, distinção entre nulidade quantitativa e nulidade qualitativa

A declaração parcial de nulidade pressupõe a divisibilidade da lei, e encontra limite caso a norma inconstitucional não possua expressão linguística autônoma no texto da lei.<sup>105</sup> Essa declaração parcial de nulidade pode ser de duas ordens: quantitativa, ou qualitativa.

---

<sup>103</sup> MENDES, 1996, p. 188.

<sup>104</sup> MENDES, 1996, p. 190.

<sup>105</sup> MENDES, 1996, p. 199-200.

### 2.3.1.1.1. Declaração parcial de nulidade quantitativa

A declaração parcial de nulidade quantitativa recai sobre determinados enunciados, artigos, parágrafos ou incisos do texto legal, ou seja, corresponde à supressão de partes do enunciado normativo.

Ensina Mendes que, para ocorrer a declaração de inconstitucionalidade parcial de determinada lei, mister que a parte objeto da preservação seja divisível, bem como mantenha intacta a qualidade da norma, de modo que a mesma continue passível de aplicação em sua nova conformação.<sup>106</sup>

Assume especial relevo, nesse caso, a manutenção da chamada vontade do legislador, bem como a preservação do princípio da separação dos Poderes, na medida em que a teleologia da norma expressa aspectos da vontade do legislador ordinário que não podem ser olvidados quando da definição da validade da parte remanescente.<sup>107</sup>

### 2.3.1.1.2 Declaração parcial de nulidade qualitativa

Haverá declaração parcial de nulidade qualitativa, também conhecida por declaração parcial de nulidade sem redução de texto, quando o texto normativo, por estar formulado de modo amplo ou geral, contiver um complexo de normas, ainda que não mencionados expressamente no texto.

Como não atua sobre o texto, mas sim sobre o significado construído a partir dele, fala-se em inconstitucionalidade “sem redução de texto”. Na prática do *Bundesverfassungsgericht*, essa modalidade adquiriu significado maior do que o atribuído à declaração parcial de nulidade quantitativa, e é introduzida, normalmente, pela conjunção *soweit* (desde que).<sup>108</sup>

A título ilustrativo segue um exemplo citado por Mendes da jurisprudência da Corte Constitucional:

Outro exemplo claro de declaração de nulidade sem redução do texto é fornecido pela decisão sobre a constitucionalidade do art. 10, b, da Lei de Imposto de Renda, de 21 de dezembro de 1954, que contemplava a possibilidade de dedução das despesas destinadas ao incentivo de programas benemerentes das entidades religiosas e

---

<sup>106</sup> MENDES, 1996, p. 195.

<sup>107</sup> MENDES, 1996, p. 196.

<sup>108</sup> MENDES, 1996, p. 196-197.

das organizações científicas e às atividades político-estatais. Segundo a intenção do legislador, as doações a partidos políticos estariam abrangidas entre as chamadas despesas com atividades político-estatais (staatspolitische Zwecke). Uma declaração de nulidade da expressão Staatspolitische Zwecke (objetivos político-estatais) não se revelava satisfatória, uma vez que acarretaria a supressão da possibilidade de dedução dos recursos destinados às organizações desvinculadas de atividades puramente partidárias. Daí ter o Tribunal declarado a nulidade parcial sem redução de texto do parágrafo 10, b, da Lei do Imposto de Renda, utilizando-se da seguinte fórmula: “parágrafo 10, b, da Lei que disciplina o imposto de renda é nulo, desde que possa ser entendido como autorizador de dedução das despesas diretas ou indiretas que resulte de doação feita aos partidos políticos”.<sup>109</sup>

Com essa decisão, o Tribunal realizou uma mudança no programa normativo do dispositivo, eliminando uma variante interpretativa que se afigurava inconstitucional, sem alterar o texto normativo. Houve, em realidade, uma redução do âmbito de aplicação da norma.<sup>110</sup>

#### 2.3.1.2 Variantes de decisão à declaração de inconstitucionalidade das leis no controle abstrato de normas do Tribunal Constitucional Federal

Em 1970, a lei do Tribunal Constitucional Federal alemão sofreu uma reforma que estabeleceu duas novas modalidades de decisão, ambas com força de lei: a declaração de compatibilidade e a declaração de incompatibilidade. Dispôs o parágrafo 31, (2), 2º e 3º períodos, da Lei do Tribunal, que o Tribunal poderá declarar a constitucionalidade, a nulidade ou a inconstitucionalidade (sem pronúncia de nulidade) de uma lei.

No que se refere à sentença penal condenatória, dispôs a Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão, em seu parágrafo 79 (1), que a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade equipara-se à declaração de nulidade.<sup>111</sup> Assim, à exceção da sentença penal condenatória, passou o Tribunal Constitucional Federal alemão a distinguir entre inconstitucionalidade e nulidade.

A partir da reforma legal de 1970, o Tribunal Constitucional Federal alemão passou a incorporar na parte dispositiva de suas decisões as chamadas variantes à

---

<sup>109</sup> MENDES, 1996, p. 198.

<sup>110</sup> MENDES, 1996, p. 199.

<sup>111</sup> MENDES, 1996, p. 202.

declaração de nulidade, mais exatamente: a interpretação da lei em conformidade com a Constituição, a rigor utilizada pelo Tribunal desde 1953, e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Do mesmo modo, também os Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros (*Länder*) passaram a incorporar esses novos tipos de decisão na sua praxis.<sup>112</sup>

A partir da introdução dessas novas modalidades de decisão (i.e., declaração de compatibilidade e declaração de incompatibilidade), o Tribunal Constitucional Federal alemão passou a desenvolver de um modo mais sofisticado as variantes à declaração de nulidade que anteriormente já vinha desenvolvendo em sua jurisprudência, conforme se demonstrará a seguir.

#### 2.3.1.2.1 Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Consoante refere Mendes, o ponto de partida para o desenvolvimento dessa variante de decisão: “foi a chamada ‘exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade’, que se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a um determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores”.<sup>113</sup>

Decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão que, quando a norma afronta o princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos, sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas, é preferível a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade à declaração de nulidade, em razão de a ofensa ao princípio da igualdade poder ser eliminada de diversas formas. Com efeito, a lesão ao princípio da isonomia ora pode ser afastada pela supressão do próprio benefício; como pela inclusão de grupos eventualmente discriminados; ou ainda mediante a edição de uma nova regra que condicione a outorga de benefícios à observância de determinados requisitos decorrentes do princípio da igualdade. Em sentido técnico, portanto, tanto pode ser objeto de declaração de inconstitucionalidade a disposição que outorga o benefício, como eventual cláusula de exclusão, desde que estabelecida expressamente pela norma.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> MENDES, 1996, p. 203.

<sup>113</sup> MENDES, 1996, p. 206.

<sup>114</sup> MENDES, 1996, p. 206-207.

Como muito bem observou Mendes,

O Tribunal não está autorizado, salvo em situações excepcionais, a proferir a declaração de inconstitucionalidade de eventual cláusula de exclusão, em virtude das repercussões orçamentárias que resultariam, inevitavelmente, da concessão do benefício. Por outro lado, a declaração de nulidade de todo o complexo normativo, revelaria, como assentado por Ipsen, “uma esquisita compreensão do princípio de justiça, que daria ao postulante pedra ao invés de pão.” (*Steine statt Brot*).<sup>115</sup>

A relatividade do postulado da isonomia, que pressupõe, ao menos, duas situações que se encontrem numa relação de comparação, conduz, consoante afirmou Mendes, seguindo lição de Hartmut Maurer, a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*), não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave, mas porque inconstitucional não se afigura a norma “A” ou “B”, e sim a disciplina diferenciada das situações (*die Unterschiedlichkeit der Relung*). Assim, essa relação normativa inconstitucional (*verfassungswidrige Normrelation*) não poderia ser superada por uma decisão de índole cassatória, pois não atingiria os objetivos pretendidos, e acabaria por suprimir algo mais que a inconstitucionalidade relativa que se pretendia eliminar.<sup>116</sup>

Desse modo, respaldado pela preservação da liberdade de conformação do legislador, bem como sob o argumento de que, em algumas circunstâncias, a falta da lei poderia ocasionar uma situação ainda mais grave e mais distante da vontade constitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade consagrou-se na prática do Tribunal Constitucional Federal alemão, conquanto seja objeto de severas críticas na doutrina.<sup>117</sup>

As críticas, segundo refere Gilmar Mendes, assim decorrem:

Segundo alguns autores, a “liberdade de conformação do legislador” não seria afetada na maioria dos casos, uma vez que este poderia editar as novas regras exigidas tanto após uma declaração de nulidade, quanto depois da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Acentue-se, por outro lado, que a discricionariedade do legislador não legitima a conservação parcial de uma norma inconstitucional, assim como, a discricionariedade administrativa não obsta à cassação do ato administrativo eivado de ilegalidade.<sup>118</sup>

A omissão legislativa igualmente encontra alicerce na declaração de

<sup>115</sup> MENDES, 1996, p. 207.

<sup>116</sup> MENDES, 1996, p. 207-208.

<sup>117</sup> MENDES, 1993, p. 42-43.

<sup>118</sup> MENDES, 1993, p. 42.

inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, já que, por razões óbvias, não se pode excluir o que não existe, ou, como formulado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, não se pode declarar a nulidade da lacuna.<sup>119</sup>

Como leciona Mendes:

A omissão inconstitucional pressupõe um dever constitucional de legislar, que tanto pode ser derivado de ordens concretas contidas na Lei Fundamental, quanto de princípios desenvolvidos mediante interpretação. Semelhanças com a chamada omissão total são identificadas naqueles casos em que existe uma atividade legislativa que, no entanto, não atende às exigências constitucionais ou que as satisfaz de maneira incompleta ou imperfeita. Esses casos dizem respeito, v.g, às hipóteses em que o legislador não editou regras, que, no contexto de um determinado complexo normativo, deveriam ter sido promulgadas. Embora exista, nesse caso, uma lei que poderia ser declarada nula, abstém-se o Tribunal de proferir a nulidade, sob a alegação de que a ofensa constitucional decorre não da regulação, mas de sua incompletude, seja porque o legislador foi omisso em proceder à complementação do complexo normativo, seja porque não contemplou determinado grupo na regra impugnada.<sup>120</sup>

Na Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão, apenas no âmbito do direito penal o legislador disciplinou expressamente as consequências jurídicas advindas da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, em seu Parágrafo 79, (1), determinando ser admissível a revisão da sentença penal condenatória fundada em lei declarada inconstitucional ou incompatível com a Lei Fundamental.<sup>121</sup>

Assim como na declaração de nulidade, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade tem o efeito de obstar a aplicação da norma, com efeito *erga omnes*, aos tribunais, a administração ou a quaisquer outros órgãos estatais a partir da data da decisão. A lei declarada inconstitucional perde assim a sua eficácia vinculante, não lhe devendo submissão nem o cidadão, nem as autoridades estatais<sup>122</sup>.

Contudo, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional, quando, por motivos de índole constitucional, em especial ligados à segurança jurídica, tornar-se imperiosa a

---

<sup>119</sup> MENDES, 1996, p. 209.

<sup>120</sup> MENDES, 1996, p. 209-210.

<sup>121</sup> MENDES, 1996, p. 212.

<sup>122</sup> MENDES, 1993, p. 47-48.

vigência temporária da lei declarada inconstitucional, de modo a evitar o surgimento de uma situação jurídica ainda pior daquela anteriormente existente. Nesses casos, a vigência da lei inconstitucional deve ser derivada do próprio sistema jurídico, i.e., da própria Constituição.<sup>123</sup>

Nas palavras de Mendes:

Dessarte, pode-se afirmar, de forma conclusiva, que a aplicação da lei declarada inconstitucional – mas que não teve a sua nulidade reconhecida – é legítima, quando exigida pela própria Constituição. Inexiste princípio geral sobre aplicação subsequente da lei declarada inconstitucional. A decisão depende, por isso, do exame concreto de cada caso.<sup>124</sup>

A consequência que produz a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, mesmo nos casos em que a lei declarada inconstitucional se mantém eficaz, se traduz pela atribuição fática de um dever ao legislador, a fim de que este reestabeleça o estado de constitucionalidade, seja através da colmatação de eventual lacuna, seja através da supressão da disposição declarada inconstitucional sem mora.<sup>125</sup>

#### 2.3.1.2.2 O apelo ao legislador

A expressão *appellentscheidung* (literalmente: "decisão de apelo"), segundo refere Mendes:

foi utilizada pela primeira vez no conhecido escrito de Rupp v. Brünneck, de 1970, no qual a antiga juíza da Corte Constitucional defendeu a pronúncia, em determinados casos, da sentença de rejeição de inconstitucionalidade vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse as medidas corretivas necessárias.<sup>126</sup>

Consoante nos ensina Mendes, nessa espécie de decisão, o Tribunal reconhece a situação como: “ainda constitucional, anunciando a eventual conversão desse estado de constitucionalidade imperfeita numa situação de completa inconstitucionalidade.”<sup>127</sup>

Conquanto, à primeira vista, as consequências jurídicas do apelo ao

---

<sup>123</sup> MENDES, 1993, p. 52.

<sup>124</sup> MENDES, 1996, p. 221.

<sup>125</sup> MENDES, 1996, p. 213-214.

<sup>126</sup> MENDES, 1992, p. 482.

<sup>127</sup> MENDES, 1992, p. 482.

legislador se confundam com a da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, na medida em que a determinação ao legislador para regular a matéria dentro de determinado prazo – ou ainda a possibilidade de eventual aplicação da lei censurada possa ser verificada em ambos os casos –; uma distinção importante se impõe em relação à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, uma vez que somente nessa pode-se verificar efetivamente um juízo de desvalor da norma constitucional.<sup>128</sup>

Ensina Mendes,

Deve-se ressaltar, portanto, que, enquanto a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade (Unvereinbarkeitserklärung) contém uma declaração de inconstitucionalidade, o apelo ao legislador configura peculiar sentença de rejeição de inconstitucionalidade. Vê-se, pois, que o apelo ao legislador tem conteúdo preventivo, operando no “campo preliminar da patologia constitucional”. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, ao revés, tem caráter mandamental, obrigando o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade.<sup>129</sup>

Várias são as situações que podem engendrar o apelo ao legislador, sendo difícil, como ponderou Mendes, uma sistematização dessas categorias. Refere, contudo, três grupos típicos, os quais podem ser identificados também sob uma forma mista. São eles: (i) o apelo ao legislador em virtude de mudança nas relações fáticas ou jurídicas; (ii) o apelo ao legislador em virtude de descumprimento de dever constitucional de legislar; (iii) o apelo ao legislador em virtude da falta de “evidência” de inconstitucionalidade.<sup>130</sup>

Os efeitos do apelo ao legislador não estão disciplinados pelo direito positivo. Em realidade, na parte dispositiva, consta apenas o reconhecimento da constitucionalidade da lei, integrando o apelo ao legislador os fundamentos da decisão.

Recentemente, o Tribunal passou a declarar na parte dispositiva a constitucionalidade da lei “consoante os fundamentos da decisão”; em que pese essa menção apenas cumpra uma função de advertência, não obrigando juridicamente o órgão legislativo a proceder conforme determinado pelo Tribunal. Igualmente as referências ao “processo de inconstitucionalização” da lei, não estão

---

<sup>128</sup> MENDES, 1992, p. 482-483.

<sup>129</sup> MENDES, 1992, p. 484.

<sup>130</sup> MENDES, 1992, p. 484-485.



cobertas pela coisa julgada, ou são dotadas de força de lei.<sup>131</sup>

Por fim, deve-se sublinhar que o decurso do prazo fixado pelo Tribunal para que o legislativo atue não acarreta o automático reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, podendo, outrossim, haver a sua prorrogação pelo próprio Tribunal. Trata-se, em realidade, como muito bem referiu Mendes, de um prazo de “carência”, no qual a lei “ainda constitucional” poderá ser legitimamente aplicada. Persistindo a inércia do legislador, somente após ser novamente provocado poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade da norma.<sup>132</sup>

Em que pese à falta de vinculação jurídica do legislador ao apelo, na prática alemã, o *appellentscheidung* goza de eficácia comparável a qualquer outra decisão de índole mandamental ou cassatória, em face da peculiar importância que os órgãos estatais e a opinião pública conferem aos pronunciamentos da Corte Constitucional.<sup>133</sup>

#### 2.3.1.2.3 Interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição constitui modalidade de decisão empregada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão desde o início de sua judicatura, sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, contendo, dentre elas, algumas que são incompatíveis com a própria Constituição. O Tribunal declara, então, a compatibilidade da lei com a Constituição, ao mesmo tempo em que procede à exclusão das possibilidades de interpretação consideradas inconstitucionais.<sup>134</sup>

O fundamento de validade da interpretação conforme a Constituição pode ser retirado do princípio da unidade da ordem jurídica, que considera a Constituição como contexto superior das demais normas, ao qual devem se submeter à interpretação das leis e normas secundárias. Sob essa perspectiva, conforme assentiu Mendes, a interpretação conforme a Constituição: “configura uma subdivisão da chamada interpretação sistemática”.<sup>135</sup>

Outro fundamento pode ser encontrado na presunção de constitucionalidade

---

<sup>131</sup> MENDES, 1992, p. 496-497.

<sup>132</sup> MENDES, 1992, p. 498-499.

<sup>133</sup> MENDES, 1992, p. 499-500.

<sup>134</sup> MENDES, 1996, p. 221-222.

<sup>135</sup> MENDES, 1996, p. 223.

da lei ou no chamado “pensamento favor *legis*”, o qual decorre diretamente do controle de constitucionalidade. Consoante nos ensina Mendes:

Segundo orientação dominante na Corte Constitucional, em favor da constitucionalidade da lei “milita não só uma presunção, senão que essa presunção exige, na dúvida, uma interpretação conforme à Constituição. Esse princípio de conservação da norma deixa-se fundamentar não apenas sob o ponto de vista da segurança jurídica e da presunção de um funcionamento regular da atividade legislativa, mas também mediante o reconhecimento da supremacia do legislador na concretização e na realização da Constituição.<sup>136</sup>

De um ponto de vista jurídico-funcional, a interpretação conforme a Constituição pode ser vista como um princípio de autolimitação judiciária, na medida em que o Tribunal Constitucional Federal reconhece que tanto a expressão literal quanto os propósitos perseguidos pelo legislador impõem limites à interpretação conforme a Constituição.<sup>137</sup> A expressão “literal”, do texto normativo, compreende dupla função, referida por Mendes na seguinte passagem:

Sua plurissignificatividade constitui a base que permite separar interpretações compatíveis com a Constituição daquelas que se mostram com ela incompatíveis; a expressão literal do texto configura, por outro lado, um limite para a interpretação conforme à Constituição. As “decisões fundamentais do legislador”, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme à Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador.<sup>138</sup>

A interpretação conforme a Constituição não é, portanto, uma delegação para que o Tribunal proceda à melhoria, ou ao aperfeiçoamento da lei sob pena de estar cometendo uma intervenção ainda mais drástica, na esfera de competência do legislador, do que se houvesse declarado a nulidade da lei.

Além da limitação da “expressão literal do texto”, deve-se ressaltar que a interpretação conforme a Constituição não pode ser empregada no caso das emendas constitucionais, uma vez que as mesmas não se prestam à concretização da Constituição, senão à modificação do próprio conteúdo da Constituição, provocando-lhe uma verdadeira mudança de significado.<sup>139</sup>

Por fim, quanto à natureza da interpretação conforme a Constituição, deve-se

---

<sup>136</sup> MENDES, 1996, p. 223.

<sup>137</sup> MENDES, 1996, p. 224.

<sup>138</sup> MENDES, 1996, p. 224.

<sup>139</sup> MENDES, 1996, p. 226.

mencionar a posição de parte importante da doutrina alemã, que equipara a interpretação conforme a Constituição a uma declaração de nulidade sem redução de texto, na medida em que aquela reconhece a validade da lei mediante a exclusão da interpretação considerada inconstitucional. Nesse sentido merece transcrição a referência feita por Mendes:

Afirma-se, em favor dessa tese, que, considerando o resultado da interpretação conforme à Constituição não do lado positivo – a preservação-, mas do lado negativo – o caráter cassatório –, divisa-se semelhança entre a declaração de nulidade qualitativa (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto) e a interpretação conforme à Constituição.

Essa orientação é complementada com a alegação de que, se a coisa julgada de uma decisão dessa sorte devesse ser determinada apenas segundo os princípios da “decisão de rejeição”, ter-se-ia de reconhecer que a interpretação conforme à Constituição faltaria com seus objetivos, uma vez que não impediria a aplicação da norma segundo a interpretação censurada.<sup>140</sup>

Para os que refutam essa equiparação, dentre os quais se encontra o próprio Mendes, a interpretação conforme a Constituição deve ser vista como uma regra normal de hermenêutica, e não enquanto modalidade específica de decisão de controle de constitucionalidade. Seguindo o magistério de Brun-Otto Bryde, citado por Mendes, tem-se que: “se utilizada corretamente, a interpretação conforme a Constituição nada mais é do que interpretação da lei (*Gesetzesauslegung*), uma vez que qualquer intérprete está obrigado a interpretar a lei segundo as decisões fundamentais da Constituição”.<sup>141</sup>

Esse entendimento, no entanto, não se sustenta frente à própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que assentou ser a interpretação conforme a Constituição uma específica técnica de controle, e não uma mera regra normal de hermenêutica. Aliás, também quando de sua recepção no direito público brasileiro (Representação de inconstitucionalidade nº 1.417), restou afirmado pelo Ministro Relator Moreira Alves que a técnica de interpretação conforme não constituía mero método hermenêutico e sim uma técnica de controle de constitucionalidade.

---

<sup>140</sup> MENDES, 1996, p. 227.

<sup>141</sup> BRYDE *apud* MENDES, 1996, p. 228.

### 2.3.1.3 Considerações pontuais

Primeiramente, seria digno de nota observar relativo às decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, que grande parte das modalidades de decisões que se desenvolveram em sua jurisprudência não teriam tido eficácia sociopolítica se transpostas ao sistema brasileiro. Isso porque as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal gozam de invejável prestígio perante a sociedade e os demais Poderes do Estado, vinculando faticamente a atuação do Poder Legislativo, chegando, inclusive, ao ponto de exercer uma eficácia social prévia às suas decisões.<sup>142</sup>

Em razão desse prestígio, pôde o Tribunal Constitucional Federal desenvolver a “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”, em que o caráter cassatório da decisão é suprimido em prol de uma eficácia mandamental, e que obriga o legislador ordinário a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade, ficando suspensa a aplicação da lei censurada.<sup>143</sup>

Excepcionalmente, ainda, admite-se a aplicação de dispositivos inconstitucionais, quando a circunstância do caso concreto a justificar. Similar à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, mas diferindo dela por não comportar um juízo de censura à lei, desenvolveu a Corte alemã o instituto do “apelo ao legislador”, através do qual realiza um “apelo” ao legislativo, para que adote as medidas corretivas necessárias a evitar uma futura declaração de inconstitucionalidade.

Essas duas modalidades de decisão encontrariam sérios obstáculos à sua efetividade em sistema jurídico brasileiro, na medida em que dependem de uma atuação positiva do legislador que, salvo melhor juízo, não se verificaria, se tomada em comparação à declaração de mora legislativa proferida em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, ou ainda o próprio mandado de injunção.

É dizer: na prática é possível afirmar que as decisões de inconstitucionalidade por omissão emitidas pelo Supremo Tribunal Federal contra o Congresso Nacional não se fazem seguir de uma imediata reparação da mora legislativa pelo Poder Legiferante.

---

<sup>142</sup> MENDES, 1992, p. 477.

<sup>143</sup> MENDES, 1992, p. 480.

Aliás, também no tocante ao não uso, pelo Senado Federal, de sua competência para "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal", nos casos oriundos de controle incidental (artigo 52, X, CF 1988), gerou as polêmicas manifestações dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, segundo os quais essa norma teria, inclusive, sido objeto de "mutação constitucional", e que a referida comunicação do Supremo Tribunal Federal ao Senado seria hoje despicienda: mesmo nos casos de declaração incidental de constitucionalidade a decisão teria, portanto, eficácia *erga omnes* (cf. manifestação expressa dos Ministros in HC 82.959 e Rcl 4.335).

Isso enfim salienta uma característica bastante peculiar do sistema constitucional tedesco, e que não encontra ressonância fática direta no sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, vale estar atento à advertência de Virgílio Afonso da Silva, de que:

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, 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.<sup>144</sup>

No intento de evitar cometer o equívoco apontado por Silva é que aqui se propõe a análise das origens da recepção da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Como visto, a interpretação conforme a Constituição é modalidade de decisão empregada praticamente desde a criação do Tribunal Constitucional Federal alemão – com decisão que remonta ao ano de 1953 –, e sempre que determinada disposição oferece diferentes possibilidades de interpretação. Já a declaração de nulidade sem redução de texto é sinônimo de inconstitucionalidade qualitativa e não existe, no sistema tedesco, enquanto técnica autônoma de controle de constitucionalidade, sendo considerada a “face negativa” da interpretação conforme a Constituição (e legitimada enquanto técnica de decisão exatamente por esse motivo).

Com efeito, não se pode negar a semelhança entre essas duas modalidades de decisão, quando se sabe que de ambas resultam uma redução do âmbito de

---

<sup>144</sup> SILVA, 2010, p. 116.

aplicação da norma, somente possível quando se tratar de uma inconstitucionalidade parcial qualitativa.

Apesar da distinção deferida às decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, que lhe possibilitou a adoção de técnicas de decisão com efeito mandamental ao Poder Legislativo, constata-se que, no desenvolvimento da “interpretação conforme a Constituição” e da “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, no direito tedesco, esteve o Tribunal Constitucional Federal atrelado a uma postura de deferência ao legislador e à vontade geral que esse representa.

Em termos estruturais, também é possível uma transposição da função exercida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no controle de constitucionalidade para o modelo de controle abstrato adotado no Brasil, atribuído ao Supremo Tribunal Federal. De conseguinte, afigura-se possível, como de fato ocorreu, conforme se verifica ao analisar os julgados do Supremo Tribunal Federal, a adoção dessas técnicas de decisão seguindo-se a fórmula de origem do direito alemão, em que pese originariamente, a interpretação conforme a Constituição seja a face positiva, da qual a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto seja o lado negativo.

### 2.3.2 Modelo italiano

O modelo italiano, adotado na Carta Constitucional de 1948, consagra um sistema abstrato de controle de constitucionalidade, cuja mais clara expressão está no efeito da sentença da Corte Constitucional, previsto no artigo 136 da Carta Política, *erga omnes* para todas as decisões da Corte Constitucional italiana, quando esta profere sentença estimatória (i.e., de acolhimento da inconstitucionalidade).

Seguindo os moldes do sistema de reenvio criado por Kelsen para a Constituição austríaca na reforma constitucional de 1929 (e que também vigora no caso alemão), o juiz ordinário italiano, quando em dúvida acerca da constitucionalidade, somente pode resolver a questão em sentido afirmativo; caso não esteja convencido da compatibilidade do texto legal com a Constituição, ele deverá suscitar, como prejudicial, a questão da inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional. O juiz singular, enquanto isso, suspende a causa aguardando a

decisão do Tribunal Constitucional, que lhe será vinculante, seja declarando a constitucionalidade, seja declarando a inconstitucionalidade. Para além disso, a referida decisão do Tribunal Constitucional tem eficácia *erga omnes*.

A grande diferença desse modelo em relação ao modelo alemão diz com as decisões desestimatórias de constitucionalidade, em razão do entendimento restrito conferido aos efeitos *erga omnes*, atribuído apenas às sentenças estimatórias do Tribunal Constitucional. Essa interpretação restritiva aos efeitos *erga omnes* das decisões do Tribunal Constitucional italiano ocorre pela conjugação dos artigos 136 da Constituição italiana com o artigo 30, da Lei nº 87, de 1987, em que se considerou imperiosa a retroatividade automática da declaração de inconstitucionalidade, ao mesmo tempo em que se proibiu a possibilidade da Corte Constitucional dispor temporalmente acerca dos efeitos declaração de nulidade.<sup>145</sup>

Por esse sistema, acabou-se por criar uma ruptura radical no vínculo entre a jurisdição constitucional e a jurisdição comum,<sup>146</sup> o que deu azo a muitas controvérsias e provocou uma disputa político-jurídica entre as jurisdições constitucional e ordinária. Na prática, esse panorama gerou questões de difícil solução prática, uma vez que os vazios legislativos criados a partir das declarações de inconstitucionalidade se acentuavam em decorrência da postura inerte com que se mantinha o Poder Legislativo. Foi, portanto, dentro desse contexto, i.e., no intento de suavizar o impacto desses pronunciamentos de inconstitucionalidade, para evitar a criação de lacunas legislativas, ao mesmo tempo em que se buscava atribuir eficácia às suas decisões desestimatórias, que a Corte Constitucional italiana desenvolveu uma criativa tipologia de sentenças e efeitos de suas decisões.<sup>147</sup>

Assim, o surgimento de tão variada tipologia de decisão no seio da Corte Constitucional italiana pode ser creditado a uma necessidade constante de adaptação de suas decisões de (in)constitucionalidade à realidade político-institucional do país.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> GROPPPI, 2003, p. 490.

<sup>146</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 44-45.

<sup>147</sup> GROPPPI, 2003, p. 491.

<sup>148</sup> COLNAGO, 2007, p. 99.

### 2.3.2.1 Primeira fase do Tribunal Constitucional: sentenças de rejeição e sentenças de acolhimento da inconstitucionalidade

Em sua primeira fase, subdividiam-se as decisões do Tribunal Constitucional italiano em: a) sentença de rejeição, quando não se considera fundada a questão de inconstitucionalidade; b) sentença de acolhimento, quando declara-se inconstitucional a interpretação pretendida pelo autor ou recorrente.

No primeiro caso, sentença de rejeição, nada impede que a mesma questão seja novamente submetida à apreciação, com novos argumentos ou motivação. Já na segunda hipótese, sentença de acolhimento, a decisão de nulidade da lei possui efeitos *erga omnes*.<sup>149</sup>

De La Vega aponta a forte dicotomia entre sentença estimatória e desestimatória como um dos pilares do sistema de efeitos das decisões da Corte Constitucional italiana. Com efeito, observa-se, entre ambas, uma diversidade do objeto da sentença constitucional e sua correlativa distinção quanto à eficácia.<sup>150</sup> Quanto ao objeto, refere à lição de Gustavo Zagrebelsky, em tradução livre nossa:

Enquanto a sentença estimatória se pronuncia sobre a questão e a lei, declarando fundada a primeira e inconstitucional a segunda, a sentença desestimatória se pronuncia apenas sobre a questão, declarando-a infundada.<sup>151</sup>

Movido por um sentimento de deferência ao legislador, o Tribunal Constitucional italiano passou a adotar decisões interpretativas, primeiramente sob a forma de sentenças interpretativas de rejeição (sentença desestimatória interpretativa ou *di regetto*).

Segundo ensina De La Vega, a sentença interpretativa deriva da possibilidade de que o dispositivo legal seja suscetível de interpretações diversas, dentre as quais alguma delas atribua à norma um significado em contrariedade com a Constituição. Nessa situação, a Corte tem sustentado, desde suas primeiras sentenças, que se deve preferir, em todo caso, a interpretação que, sendo conforme com a Constituição, permitirá a manutenção do texto legal, o que conduz, necessariamente, em um primeiro momento, à declaração de *non fondatezza* da

<sup>149</sup> PELICCIOLI, 2008, p. 188.

<sup>150</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 63.

<sup>151</sup> No original: "Mientras la sentencia estimatoria se pronuncia sobre la cuestión y la ley, declarando fundada la primera e inconstitucional la segunda, la sentencia desestimatoria se pronuncia solamente sobre la cuestión, declarándola infundada" (DE LA VEGA, 2003, p. 63).



questão que se suscitou a partir de uma interpretação distinta e não conforme a Constituição.<sup>152</sup>

Contudo, essa interpretação oferecida pela Corte, pelo fato de não se revestir de eficácia *erga omnes*, não foi suficiente para ser respeitada pelos juízes comuns – estes tinham por hábito desrespeitar a interpretação das leis oferecidas pela Corte.<sup>153</sup> Assim, rapidamente, a opinião jurídica comum que se formou foi no sentido de que tais decisões não possuíam eficácia vinculante em relação a órgãos judiciais distintos daquele que remeteu a questão de inconstitucionalidade.<sup>154</sup>

De conseguinte, o entendimento que conferia à sentença de rejeição mera eficácia “de fato” sobre outros processos, sem qualquer vinculação jurídica, foi se tornando problemático, em face da recorrente rejeição, pelas instâncias ordinárias, da interpretação conferida pela Corte Constitucional, a qual se manifestava por meio de nova proposição da mesma questão de inconstitucionalidade perante a Corte.<sup>155</sup>

Teve início, assim, um verdadeiro embate entre a Corte Constitucional italiana e a jurisdição ordinária, em especial com os juízes da Corte de Cassação. Segundo refere Héctor Bofill, alguns dos fatores que colaboraram para a chamada “guerra entre Cortes” são:

(a) a formação autoritária dos juízes da Corte de Cassação, que tiveram sua formação num Estado fascista; (b) o temor destes 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.<sup>156</sup>

Visando reverter o quadro de ineficácia de suas decisões, passou a Corte Constitucional a adotar as sentenças interpretativas estimatórias, que operam sobre a norma, e não apenas sobre o dispositivo legal.

Augusto De La Vega aponta que o fenômeno da sentença estimatória interpretativa está claramente ligado à insuficiência que a doutrina e a realidade jurisdicional comprovaram ao cumprimento dos seus fins pela sentença

---

<sup>152</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 105.

<sup>153</sup> GROPPI, 2003, p. 496-497.

<sup>154</sup> COLNAGO, 2007, p. 100.

<sup>155</sup> COLNAGO, 2007, p. 101-102.

<sup>156</sup> BOFILL, 2007, p. 104.

desestimatória interpretativa.<sup>157</sup> O autor bem explicita a distinção prática entre sentença estimatória interpretativa e sentença desestimatória interpretativa, na seguinte passagem, reproduzida aqui, em tradução livre nossa:

Tanto a sentença desestimatória interpretativa como a sentença estimatória interpretativa operam uma divisão entre disposição e norma. Deixando intacto o texto, afetam, no entanto, a eficácia das normas que passam pelo exame da Corte. Em ambas o dispositivo da sentença condiciona uma determinada interpretação adotada pelo Tribunal. A diferença básica se encontra no entanto, e isso faz com que não sejam exatamente intercambiáveis, em que a sentença estimatória faz desaparecer “erga omnes” determinados significados normativos, enquanto que a sentença desestimatória interpretativa goza apenas de eficácia “inter partes”; e, assim, não pode obrigar aos demais juízes de suscitar novamente a questão de inconstitucionalidade, quando adotarem uma interpretação contrária à reconhecida pela sentença da Corte.<sup>158</sup>

Como bem observou De La Vega, as mesmas considerações de ordem política que levaram a Corte a adotar a fórmula das sentenças desestimatórias interpretativas, o conduziram, na sequência, a transformar essas sentenças em pronunciamentos estimatórios, desde que respeitada a capacidade do dispositivo de conter interpretações compatíveis com a Constituição.<sup>159</sup>

O constante desrespeito às decisões desestimatórias tornou o Tribunal Constitucional um “corpo estranho” no sistema jurídico italiano; ao Tribunal restava, como se viu, enquanto recurso para salvar a autoridade de suas decisões, afirmar-se através de uma efetiva intervenção no ordenamento, alcançada pela fórmula estimatória de pronunciamento.

Contudo, como observou De La Vega, a questão muda radicalmente de figura quando a discussão migra da controvérsia acerca da eficácia das sentenças para o princípio básico que legitima sua existência: a autonomia interpretativa do Tribunal Constitucional a respeito da lei impugnada.<sup>160</sup>

<sup>157</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 165.

<sup>158</sup> No original: “Tanto la SD interpretativa como la SE interpretativa operan una escisión entre disposición y norma. Dejando intacto el texto afectan sin embargo a la eficacia de las disposiciones que pasan por el examen de la Corte. En ambas el dispositivo de la sentencia se condiciona pues a una determinada interpretación adoptada por el Tribunal. La diferencia básica se encuentra sin embargo, y esto hace que no sean exactamente intercambiales, en que la sentencia estimatoria hace desaparecer ‘erga omnes’ determinados significados normativos, mientras la SD interpretativa goza tan sólo de eficacia en el juicio ‘a quo’, y, a lo sumo, como vimos, puede obligar al resto de los jueces a plantear una cuestión de inconstitucionalidad en vaso de adoptar la interpretación contraria a la acogida en la sentencia de la Corte” (DE LA VEGA, 2003, p. 167-168).

<sup>159</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 168.

<sup>160</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 186.

Uma recomposição nas relações entre Corte Constitucional e magistratura teve início a partir da adoção da doutrina do “direito vivente”, que De La Vega classificou como sendo um fenômeno “esquisitamente italiano”, fruto, por igual, do papel central da questão da inconstitucionalidade neste modelo, das relações de poder entre os órgãos constitucionais do país e também da doutrina constitucional, atenta às necessidades e evoluções do sistema, sempre dotada de uma alta capacidade de elaboração conceitual.<sup>161</sup>

Segundo ensina Colnago, por “doutrina do direito vivente” entende-se:

Consistia a citada doutrina na deferência da Corte Constitucional não em relação ao legislador, mas relativamente 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 que suas interpretações da lei perante a 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 Cassação.<sup>162</sup>

Por esse sistema, quando a interpretação consolidada pela Corte de Cassação fosse compatível com a Constituição, o Tribunal Constitucional a adotava. De outro lado, em sendo a interpretação advinda da Corte de Cassação contrária à constituição, o Tribunal, num primeiro momento, utilizava-se da sentença desestimatória interpretativa para corrigi-la; e, caso não houvesse o respeito daquela decisão pela jurisdição ordinária, o Tribunal Constitucional declarava a inconstitucionalidade do enunciado que fundamentava a interpretação inconstitucional, em decisões que restaram conhecidas como “dupla pronúncia”.<sup>163</sup>

Esse modelo funcionou por uma década, até que novos fatores afetaram a teoria do direito vivente, nos anos noventa, como bem pontuou De La Vega. Consoante refere autor, com a significativa diminuição do tempo de resolução das questões de inconstitucionalidade, reduziu-se por igual o tempo entre a promulgação da lei e a decisão sobre a mesma pelo Tribunal Constitucional, não deixando tempo hábil para que se consolide uma doutrina jurisprudencial sobre a norma e, portanto, que chegue ao Tribunal Constitucional como um “direito vivo”, que sirva para determinar sua interpretação.

---

<sup>161</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 186.

<sup>162</sup> COLNAGO, 2007, p. 105.

<sup>163</sup> COLNAGO, 2007, p. 106.

Esta nova circunstância abre um novo espaço ao poder interpretativo da Corte Constitucional, e facilita o maior emprego de sentenças interpretativas “adequadoras”, convertendo as sentenças desestimatórias interpretativas em um instrumento de formidável eficácia, pelo qual se indica uma interpretação constitucional correta para a disposição impugnada.<sup>164</sup> Refere ainda De La Vega, que esses pronunciamentos acentuam o caráter de “propostas interpretativas” por parte do Tribunal Constitucional, ainda que consista em uma mera indicação, devido a sua falta de eficácia *erga omnes*. Esse fato possibilitou uma maior coerência entre as duas linhas de interpretação jurisprudencial da lei ainda em formação, a proveniente da Corte e a que surge da magistratura ordinária, assumindo a primeira um papel de “leading case” relativamente à jurisdição ordinária.<sup>165</sup>

Outro fator a afetar a doutrina do “direito vivente” foi o progressivo avalizamento no sistema do princípio da “interpretação conforme”, entendido como uma obrigação ou carga imposta ao juiz antes de suscitar a questão de inconstitucionalidade. Não que o emprego do princípio da interpretação conforme a Constituição fosse uma novidade na jurisprudência da Corte, que havia se baseado no mesmo para criar as sentenças desestimatórias interpretativas; mas porque, para além de um critério de resolução da questão de inconstitucionalidade, passou a ser empregado como uma regra que guia a escolha interpretativa do juiz ordinário no momento da individualização da norma, e, portanto, quando se verifica os pressupostos para provocar a questão de inconstitucionalidade perante a Corte.<sup>166</sup>

Com isso, afirma De La Vega, acentuaram-se os aspectos difusos do sistema italiano, ao se conferir uma coresponsabilidade à magistratura ordinária no controle de constitucionalidade.<sup>167</sup>

O juiz ordinário pode assim optar por acolher a interpretação que considera conforme a Constituição, e não suscitar a questão de inconstitucionalidade, ou bem suscitar a dúvida constitucional sobre o “direito vivente”. O recurso à interpretação conforme a Constituição tornou-se facultativo quando existente um “direito vivente” contrário, e obrigatório na ausência de tal direito. Essa solução levou a que, em determinados casos, o “direito vivente” prevaleça sobre a obrigatoriedade de interpretação conforme a Constituição, enfraquecendo com isso a Supremacia

---

<sup>164</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 207.

<sup>165</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 208.

<sup>166</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 208-209.

<sup>167</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 210.

Constitucional.<sup>168</sup>

Na prática, observa o mesmo De La Vega, essa sistemática levava ao desaparecimento das sentenças estimatórias parciais e o Tribunal Constitucional, em sua busca pelo efeito *erga omnes* de suas decisões, acabou por abster-se do emprego da interpretação conforme e por optar em anular a interpretação considerada inconstitucional, inclusive quando esta não seja exatamente “direito vivente”.<sup>169</sup>

Tendo conseguido lograr uma posição de primazia em relação à Corte de Cassação, o Tribunal Constitucional se consolidou<sup>170</sup> e passou a desenvolver, na sequência, novas formas de decisões, que deram origem a um novo grupo decisório: o das sentenças normativas, inaugurando uma segunda fase do Tribunal Constitucional.

#### 2.3.2.2 Segunda fase do Tribunal Constitucional: as sentenças manipulativas

Dentro desse novo contexto, teve início uma segunda fase na jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano, em que se verificou uma forte queda no uso da sentença interpretativa de rejeição, ao passo em que surgiam as sentenças estimatórias parciais, enquanto denominação genérica dentro da qual a Corte engloba uma ampla gama de resoluções caracterizadas por operar uma divisão entre a disposição sujeita a exame e o seu conteúdo normativo.<sup>171</sup>

As sentenças estimatórias parciais, que De La Vega classifica como “sentenças manipulativas”, distinguem-se das sentenças “estimatórias interpretativas”, para as quais está pressuposta uma alternatividade da interpretação, no que não se confundem com o fenômeno da anulação parcial do conteúdo normativo das sentenças estimatórias parciais.<sup>172</sup> Dentro da ampla categoria de sentenças manipulativas é possível distinguir, ao menos sob um ponto de vista teórico, como refere De La Vega, entre sentenças estimatórias parciais, ou manipulativas em sentido estrito, e sentenças aditivas ou suplementares, junto às

---

<sup>168</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 210-211.

<sup>169</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 212.

<sup>170</sup> COLNAGO, 2007, p. 106.

<sup>171</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 215.

<sup>172</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 217.

sentenças substitutivas.<sup>173</sup>

Pela lógica, ensina o autor, os pronunciamentos estimatórios deveriam conduzir a uma redução do conteúdo normativo da disposição legal. No entanto, desde muito cedo admitiu-se a capacidade da Corte Constitucional de realizar manipulações no conteúdo normativo obtido do dispositivo legal, abrindo caminho aos pronunciamentos de efeitos normativos de ampliação ou modificação desse conteúdo. Assim, surgiram as sentenças aditivas, ou substitutivas. Nas sentenças aditivas, o Tribunal declara a inconstitucionalidade da norma na parte em que não prevê determinada disposição, condicionando a manutenção do dispositivo a uma leitura conjunta com a norma acrescida.

Já nas sentenças substitutivas, a manipulação de conteúdo normativo vai mais além, na medida em que se considera inconstitucional um determinado conteúdo positivo da disposição, porém a Corte crê que o vício não se elimina apenas com a anulação da norma, mas com a sua substituição por outra de conteúdo diverso e constitucionalmente obrigatório. Nas sentenças substitutivas, há uma decisão de inconstitucionalidade da norma contida no dispositivo, para a qual se acresce realmente uma decisão *aggiuntiva* ou “suplementar”.<sup>174</sup>

Observa De La Vega que, a par da extraordinária influência “criativa” do Tribunal, em praticamente todos os campos do ordenamento jurídico, no período de 1980 a 1987, as sentenças aditivas ou substitutivas chegam a representar mais de 55% das sentenças estimatórias, tendência essa que veio a se consolidar nas décadas seguintes, ainda que com a adoção de novas formas de decisão na década de noventa.

É essa realidade que, segundo De La Vega, faz com que a literatura jurídica observe, enfaticamente, que semelhante invenção *extra ordinem* constitui um marco específico da sua jurisdição constitucional, enquanto uma verdadeira “solução italiana”, alternativa às demais oferecidas no direito comparado, a qual implica uma autêntica revolução do sistema, consistindo talvez no ponto crucial da obra da Corte em seus anos de funcionamento.<sup>175</sup>

O uso continuado dessas decisões manipulativas tornou essas sentenças, inicialmente “atípicas”, em “típicas”, já sendo esse um fato consumado e, segundo

---

<sup>173</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 219.

<sup>174</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 221-222.

<sup>175</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 224-225.

refere De La Vega, irreversível.<sup>176</sup>

### 2.3.2.3 Considerações pontuais

Como visto, a jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano formou-se lastreada em circunstâncias diametralmente opostas à realidade do Direito alemão, antes estudado. Duas diferenças, uma de ordem fática, outra jurídica, conduzem o Tribunal Constitucional italiano ao desenvolvimento de uma tipologia de decisões de inconstitucionalidade tão variada, distanciando-se, assim, do modelo alemão.

A distinção fática diz com a dificuldade da Corte Constitucional italiana de impor à jurisdição ordinária a autoridade de suas decisões desestimatórias interpretativas de constitucionalidade. Juridicamente, essa dificuldade provém da norma do artigo 136 da Carta Política italiana, que apenas atribuiu efeitos *erga omnes* às decisões estimatórias de constitucionalidade. Com efeito, na Itália, as sentenças manipulativas, como refere De La Vega – citando Vezio Crisafulli – “nasceram de uma exigência prática; a teorização veio depois”.<sup>177</sup> E, de fato, as sentenças manipulativas traduzem, como dito antes, uma verdadeira “solução italiana” para os condicionamentos técnico-jurídicos e político-institucionais, próprios do funcionamento do sistema italiano.

Por condicionamento técnico-jurídico, afirma De La Vega, está a questão ligada aos efeitos das sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional, consoante a forma delineada pela Constituição italiana, no artigo 136, que apenas conferiu eficácia geral para as sentenças estimatórias, dando assim origem à dicotomia entre sentença desestimatória e sentença estimatória.<sup>178</sup> Essa dicotomia, por sua vez, fez surgir uma forte disputa institucional entre as jurisdições constitucional e ordinária, em que a adoção de sentenças interpretativas, pela Corte Constitucional, está claramente ligada a uma necessidade de imposição da autoridade de seus julgados à jurisdição ordinária.

Já por condicionamentos político-institucionais, De La Vega refere que, para que se compreenda a proliferação das sentenças manipulativas, deve-se atentar para a combinação de três fatores determinantes: a existência de uma Constituição

---

<sup>176</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 225.

<sup>177</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 226.

<sup>178</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 226.

com uma forte carga programática, a continuação básica de um ordenamento legal com fortes resquícios autoritários, e a simultânea ineficácia do Parlamento para atender prontamente às demandas sociais de atualização da Constituição, bem como de readequação do sistema legal preexistente à nova ordem constitucional.<sup>179</sup> De outro lado, pode-se dizer que, na origem do desenvolvimento da ampla tipologia de decisões de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional italiana, estiveram presentes os mesmos intentos do Tribunal Constitucional Federal alemão, de deferência ao legislador e à vontade geral que esse representa.

Contudo, como se viu, as circunstâncias extremamente peculiares atinentes ao sistema italiano propiciaram o surgimento de uma competência normativa do Tribunal Constitucional já legitimada em sua práxis. Essa competência normativa, nada obstante, não encontra ressonância em nosso sistema jurídico-constitucional e tampouco sofre o Supremo Tribunal Federal qualquer tipo de desmando às suas decisões. Pelo contrário: pode-se afirmar até que, diante das reformas constitucionais e processuais<sup>180</sup> que se sucederam em nossa ordem jurídica, conduz-se, paulatinamente, a uma preponderância do modelo abstrato de constitucionalidade sobre o modelo difuso e com isso a um fortalecimento normativo-institucional do poder de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por tudo isso, conclui-se que o modelo de decisões de inconstitucionalidade desenvolvido pela jurisprudência da Corte Constitucional italiana não pode pura e simplesmente ser transposto para o nosso ordenamento jurídico, não servindo, portanto, como modelo de origem inspirador da recepção da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto pelo sistema jurídico pátrio. *A contrario sensu* e dada a própria terminologia utilizada no artigo 28 da Lei 9.868/99, servem de fonte inspiradora para as decisões do nosso Supremo Tribunal Federal a jurisprudência e a doutrina do direito público alemão.

## 2.4 Considerações finais

Resumidamente, foram expostas nessa parte do estudo as ideias principais,

---

<sup>179</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 230.

<sup>180</sup> A exemplo dos mecanismos constitucionais da súmula vinculante e da repercussão geral e legais previstos no artigo 481, parágrafo único do CPC.



que servirão de norte às considerações que se pretende realizar a seguir. Na perspectiva hermenêutica, salientou-se a relevância da Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, que, através de sua teoria, distingue o texto da norma e a norma jurídica, possibilitando o surgimento de técnicas de decisão no controle de constitucionalidade que incidam, separadamente, sobre a norma jurídica produzida a partir do texto, e não mais sobre o texto em si.

No contexto jurídico, referimos o surgimento de uma nova tipologia de inconstitucionalidade parcial: a qualitativa, como reflexo da compreensão estruturada da norma. Analisou-se ainda a competência do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas e a função de legislador negativo, segundo a concepção original de Kelsen, para a qual se entendeu possível uma atualização que leve em consideração a nova estrutura da norma, de modo a que a invalidação possa ocorrer sobre uma ou mais normas formuláveis a partir do texto e não mais sobre o próprio texto.

Por fim, sob uma perspectiva histórica e política, analisaram-se dois sistemas constitucionais de direito comparado, em que as técnicas de decisão tiveram grandes desenvolvimentos teóricos e práticos por seus respectivos Tribunais Constitucionais, a saber: o modelo alemão e o modelo italiano. Pretendeu-se, por essa análise, focar as peculiaridades de cada sistema jurídico e as circunstâncias em que tiveram origem as técnicas de decisão, de modo a aferir a possibilidade de importação desses modelos ao nosso sistema jurídico pátrio, do que somente se conclui possível relativamente ao modelo alemão.

Todos esses elementos formam as premissas pelas quais iremos nos posicionar, a seguir, frente ao tratamento dado pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à interpretação conforme a Constituição e à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

### **3 ANÁLISE DAS TÉCNICAS DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO POSITIVADAS NO ARTIGO 28, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.868/99**

O artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 consagrou uma tipologia de decisões passíveis de serem proferidas nas decisões tomadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, quando do controle abstrato de constitucionalidade das leis.

Eis o que reza o dispositivo em comento:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

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.<sup>181</sup>

Exsurge, portanto, a seguinte tipologia de decisões, baseada no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99:

1. Declaração de constitucionalidade;
2. Decisões de inconstitucionalidade;
  - 2.1. Declaração de nulidade por inconstitucionalidade total;
  - 2.2. Declaração de nulidade por inconstitucionalidade parcial;
  - 2.3. Decisões alternativas à declaração de nulidade:
    - 2.3.1. Interpretação conforme a Constituição;
    - 2.3.2. Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

De início, duas importantes constatações se fazem necessárias à luz do texto positivado: a da consagração de uma necessária autonomia entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (uma vez que a lei distingue expressamente entre essas duas espécies); e a consequência, atribuída a ambas, de produzirem eficácia contra todos

---

<sup>181</sup> BRASIL, Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, 2009.

e efeitos vinculantes.

Essa autonomia, a rigor, e conforme se verá adiante, não é de todo reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que costuma empregar a interpretação conforme a Constituição de modo símile ao uso feito na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão, que, como já foi visto, considera a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto como a faceta negativa da interpretação conforme a Constituição. Isso, porque a maioria dos julgados do STF que empregam a interpretação conforme a Constituição declaram na parte dispositiva de decisão: “[...] para, sem redução de texto, dar interpretação conforme ao dispositivo tal [...]”.

Assim, mesmo após a entrada em vigor do artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, dificilmente a distinção entre essas duas técnicas de decisão seja feita de modo claro pela Corte, inclusive havendo julgados em que se faz referência expressa à interpretação conforme a Constituição, enquanto, em realidade, trata-se de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, e vice-versa.

Como se pretende demonstrar adiante nesta explanação, há todavia importantes distinções entre uma técnica e a outra, seja no plano conceitual, seja nos aspectos práticos decorrentes do seu emprego.

Neste capítulo, primeiramente, será feita uma análise conjunta da sistemática de tratamento da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto conferida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; e, a seguir, será abordado o tratamento dado pela doutrina pátria e estrangeira a cada uma dessas técnicas de decisão, em separado.

O final deste capítulo será dedicado a aferir, com base na análise da jurisprudência e da doutrina expostas no decorrer deste trabalho, as conclusões acerca da própria constitucionalidade ou não, das decisões alternativas à declaração de nulidade, positivadas no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99: a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Melhor dito: essas duas técnicas funcionam sob determinados pressupostos ou requisitos. Assim, haverá, por exemplo, inconstitucionalidade quando o Supremo Tribunal Federal, fundamentando sua decisão em uma dessas duas técnicas, extrapolar ou deixar de levar em conta esses pressupostos ou requisitos.

### **3.1 Jurisprudência e doutrina sobre “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”**

A interpretação conforme a Constituição foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda antes da promulgação da atual Constituição Federal de 1988. Do precedente inaugural da Corte,<sup>182</sup> que será tratado logo a seguir, até a sua positivação pela Lei 9.868/99, pôde-se observar a crescente ascensão dessa técnica de decisão, a qual veio se somar a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Como se irá demonstrar, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não realiza a necessária distinção entre uma técnica e a outra, empregando-as, ora como se tratassem da mesma coisa, ora empregando uma técnica quando deveria ter sido empregada a outra. Por esse motivo, não foi possível abordá-las em tópicos separados, como se teria preferido e talvez fosse da melhor técnica e sistemática de apresentação desses temas.

#### **3.1.1 Precedente histórico: a representação de inconstitucionalidade n. 1417/DF, do Supremo Tribunal Federal**

A interpretação conforme a Constituição situa-se, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal desde a Representação n. 1417/DF,<sup>183</sup> no âmbito do controle de constitucionalidade das leis, enquanto técnica alternativa à declaração de nulidade do texto. A definição de sua natureza jurídica foi de suma importância para a delimitação dos seus contornos, os quais restaram assentados nessa paradigmática Representação, de relatoria do Ministro Moreira Alves.

Na ocasião, havia a intenção, por parte da Procuradoria-Geral da República, de consagrar a interpretação conforme a Constituição como uma técnica ou modalidade de simples interpretação normativa da lei, passível de utilização na

---

<sup>182</sup> Deve-se referir que, antes da Representação 1417/DF, já existiam decisões tomadas em sede de Representação de inconstitucionalidade com o afastamento da alegação de inconstitucionalidade em razão de uma interpretação compatibilizadora com o Texto da Constituição. Contudo, nelas não havia referência à “interpretação conforme à Constituição” enquanto técnica de decisão propriamente dita, o que somente veio a ocorrer com o precedente da Representação n. 1417/DF do STF. Vide: STF, Rp 948/SE, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento em 27/10/1976, DJ 18/03/1977.

<sup>183</sup> BRASIL, Brasília, STF, Representação n. 1417/DF, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento em 09/12/1987, DJ 15/04/1988.

então vigente “Representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual” (introduzida no artigo 119, I, “I” da Constituição de 1967/69 pela Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, mas depois não recepcionada na Carta Magna de 1988).

Essa pretensão foi, naquela oportunidade, rechaçada pelo Ministro Moreira Alves, relator para o caso, que situou a interpretação conforme a Constituição no campo do controle de constitucionalidade, afastando a possibilidade do seu emprego em sede de Representação meramente interpretativa: “o princípio da *interpretação conforme a Constituição* é, na verdade, um princípio que se situa *no âmbito do controle da constitucionalidade*, e não apenas uma simples regra de interpretação”.<sup>184</sup> Foi a partir dessa definição da natureza jurídica da interpretação conforme a Constituição como mecanismo de controle de constitucionalidade que se pôde melhor delimitar os seus contornos e alcance, igualmente assentados na paradigmática Representação n. 1417/DF.

Citando a jurisprudência e a doutrina constitucional alemã, assim se pronunciou o Ministro Moreira Alves, na oportunidade:

A Corte Constitucional Federal tem reiteradamente declarado que uma interpretação conforme a Constituição tem dois limites: o sentido literal da lei e o objetivo que o legislador perseguiu inequivocamente com sua regulamentação.<sup>185</sup>

Asseverou, ainda, citando o jurista alemão Klaus Schlaich:

São duas as restrições que a jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã tem imposto à interpretação conforme à Constituição: – a interpretação conforme à Constituição deve conter-se nos limites do sentido literal do preceito; – as determinações fundamentais do legislador, as apreciações e os objetivos das regulamentações legislativas não podem ser violados. Não pode a uma lei clara ser dado um sentido oposto, nem pode o objetivo do legislador ser falseado ou elidido num ponto essencial.<sup>186</sup>

E concluiu:

[...] – este Tribunal se tem manifestado pela inconstitucionalidade do preceito legal, se conclui que o sentido compatível com a Carta Magna, ou que o texto resultante da retirada das expressões inconstitucionais, não corresponde ao propósito do legislador. É a aplicação do princípio tradicional, observado no direito constitucional americano – e que se funda, em última análise, na circunstância de

<sup>184</sup> BRASIL, 1987, grifos no original.

<sup>185</sup> BRASIL, 1987.

<sup>186</sup> BRASIL, 1987.

que os Tribunais, a pretexto do controle de constitucionalidade, não devem transformar-se em legisladores – [...].<sup>187</sup>

Dos trechos citados, depreende-se a preocupação do Supremo Tribunal Federal em estabelecer claramente os limites à interpretação conforme a Constituição (sempre com substrato na doutrina e na jurisprudência alemã), e que se resumem nos seguintes pontos fundamentais: 1) impossibilidade de afronta ao sentido literal do texto; 2) impossibilidade de se contrariar a intenção do Poder Legislativo; e 3) impossibilidade de que os Tribunais venham, por meio da interpretação conforme a Constituição, a se transformar em legisladores positivos.

A competência do Supremo Tribunal Federal para o emprego da interpretação conforme a Constituição restou evidenciada de modo ainda mais claro pela seguinte passagem do precedente, ainda no voto de lavra do Ministro Moreira Alves:

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal – em sua função de Corte Constitucional – atua como *legislador negativo* [...] O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a *interpretação conforme à Constituição*, declara constitucional uma lei com interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de *inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade sem redução do 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.<sup>188</sup>

Trata-se não apenas de um precedente histórico, uma vez que ainda hoje ele vem frequente e constantemente citado nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em razão dos importantes fundamentos dogmáticos que restaram assentados a partir dele, ao mesmo tempo em que a influência do direito alemão resta como que irrefutável diante da rica recepção de conteúdos dos precedentes do Tribunal Federal Constitucional alemão na Representação n. 1417. Observe-se ainda a equivalência evidenciada na passagem acima citada entre interpretação conforme a Constituição e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, igualmente nos moldes da Corte Constitucional germânica.

Ainda, deve-se mencionar a evidente preocupação com a determinação dos

---

<sup>187</sup> BRASIL, 1987.

<sup>188</sup> BRASIL, 1987, grifos no original.

limites a conformar a interpretação conforme a Constituição, denotando por certo um temor contra as consequências de uma possível extrapolação das funções constitucionais do Supremo Tribunal Federal, caso esse viesse a transformar-se em legislador positivo. Nas palavras do Ministro Moreira Alves: “[...] 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”.<sup>189</sup>

### 3.1.2 Sistemática da utilização da “interpretação conforme a Constituição” e da “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A seguir, serão expostos e analisados alguns julgados proferidos pela Corte Constitucional, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, em que fomentado o debate acerca de questões pontuais envolvendo o emprego da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

#### 3.1.2.1 ADI 3395-6/DF

Na Adin (ADI) 3.395-6/DF,<sup>190</sup> em que foi relator o Ministro Cezar Peluso, pode-se verificar que o Supremo Tribunal Federal não distingue claramente a interpretação conforme a Constituição da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, utilizando-se da expressão interpretação conforme, quando, em realidade, estaria a realizar uma declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Trata a referida ADI, proposta pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), com pedido liminar, de impugnação ao artigo 1º da Emenda Constitucional no. 45/2004, do inciso I do artigo 114 da Constituição Federal. Sustentou a Associação, em um primeiro momento, que a referida norma padeceria de vício de natureza formal, violando o disposto no artigo 60, parágrafo 2º, da CF/88, pois o

---

<sup>189</sup> BRASIL, 1987.

<sup>190</sup> STF, ADI 3395MC/DF; Relator, Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 05/04/2006, DJ 10/11/2006.

texto promulgado não foi efetivamente aprovado pelas duas Casas Legislativas.

A Corte por maioria afastou a alegação de vício formal, passando assim a analisar o segundo pedido que suscitava fosse conferida interpretação conforme a Constituição para “declarar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 114 da CF/88, com eficácia *ex tunc*, para que lhe seja dada interpretação conforme, sem redução de texto, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da interpretação que incluía na competência da Justiça do Trabalho a relação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios com os seus servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas, de cada ente da Federação.” A medida liminar foi concedida pelo Ministro Nelson Jobim durante período de férias, e foi posteriormente referendada pelo Plenário da Corte, em decisão tomada por maioria de votos, vencido somente o Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Relator, em seu voto, assim se pronunciou:

Ora, ao atribuir à Justiça do Trabalho competência para apreciar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, o art. 114, inc. I, da Constituição, não inclui em seu âmbito material de validade, as relações de natureza jurídico-administrativa dos servidores públicos.

Logo, é pertinente a interpretação conforme a Constituição, emprestada pela decisão liminar, diante do caráter polissêmico da norma.<sup>191</sup>

Clara está, portanto, a confusão.<sup>192</sup> Em que pese haja efetivamente o caráter polissêmico do texto, a solução adotada pelo Supremo se limitou a declarar a inconstitucionalidade da norma que atribuísse à Justiça do Trabalho competência quanto às relações de natureza jurídico-administrativa dos servidores públicos. Retirou-se, portanto, do programa normativo do texto, a norma violadora da Constituição Federal, havendo, de conseguinte, uma pronúncia de inconstitucionalidade sem redução de texto, e não uma interpretação conforme a Constituição propriamente dita.

---

<sup>191</sup> BRASIL, **ADI 3395-6/DF**, 2006.

<sup>192</sup> No mesmo sentido, citam-se os seguintes julgados: STF, ADI 3395; STF, ADIN 3684 e STF, ADI 1946.



### 3.1.2.2 ADI 581/DF

A Adin 581/DF<sup>193</sup> foi proposta pelo Procurador-Geral da República contra a parte final do parágrafo 1º do inciso I do artigo 3º da Lei n. 8.215, de 25 de julho de 1991, em face de uma possível afronta ao artigo 93, II, alínea “b” da Constituição Federal.

No julgamento, em que foi relator o Ministro Marco Aurélio, entendeu-se pela necessidade de se conferir interpretação conforme a Constituição, da qual resultou a seguinte ementa:

[...] MOSTRA-SE CONSTITUCIONAL NO QUE SE LHE EMPRESTE INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA COM AS SEGUINTESS PREMISSAS: A) A CONSIDERAÇÃO DO EXERCÍCIO POR MAIS DE DOIS ANOS E DA QUINTA PARTE DA LISTA DE ANTIGUIDADE OCORRE VAGA-A-VAGA, DESCABENDO FIXÁ-LA, DE INICIO E DE FORMA GLOBAL, PARA PREENCHIMENTO DAS DIVERSAS EXISTENTES; B) CONFECCIONADA A LISTA DE MERECIMENTO PARA A PRIMEIRA VAGA, APURAM-SE, PARA A VAGA SUBSEQUENTE, OS NOMES DOS JUÍZES QUE, AFASTADOS OS JÁ SELECIONADOS, COMPONHAM A REFERIDA QUINTA PARTE DE ANTIGUIDADE E TENHAM, NO CARGO DE PRESIDENTE DE JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO, DOIS ANOS DE EXERCÍCIO; C) A REGRA CONSTANTE DA PARTE FINAL DA ALÍNEA "B" DO INCISO II DO ARTIGO 93 DA CARTA FEDERAL DIZ RESPEITO À LISTA DE MERECIMENTO A SER ELABORADA E NÃO À VAGA ABERTA, PODENDO O TRIBUNAL, DE QUALQUER FORMA, RECUSAR O NOME REMANESCENTE, OBSERVADA A MAIORIA QUALIFICADA DE DOIS TERÇOS. D) INEXISTENTES JUÍZES QUE ATENDAM AS CONDIÇÕES CUMULATIVAS PREVISTAS NA ALÍNEA "B" DO INCISO II DO ARTIGO 93 DA LEI BÁSICA FEDERAL EM NÚMERO SUFICIENTE A FEITURA DA LISTA TRIPLICE, APURA-SE A PRIMEIRA QUINTA PARTE DOS MAIS ANTIGOS, CONSIDERADOS TODOS OS MAGISTRADOS, ISTO PARA OS LUGARES REMANESCENTES NA LISTA DE MERECIMENTO.<sup>194</sup>

No entanto, a discussão que nos interessa, no referido julgado, não diz respeito ao cabimento da interpretação conforme a Constituição, e sim com o seu resultado. Antes da discussão travada na ação em referência, o resultado dos julgados em que era conferida interpretação conforme a Constituição era de improcedência da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

Como se pode verificar pelos trechos dos votos a seguir transcritos, começou-

<sup>193</sup> BRASIL. ADI 581/DF, 1994.

<sup>194</sup> BRASIL, 1994.

se a questionar se, do emprego da interpretação conforme a Constituição, resultaria uma conseqüente declaração de inconstitucionalidade, relativamente às demais normas afastadas pela interpretação conforme, em face da qual resultaria a procedência parcial da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

Veja-se, de início, este trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Carlos Veloso:

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 as outras possíveis interpretações que poderiam ser emprestadas à lei. Isto se dá no controle concentrado, apenas.<sup>195</sup>

E este outro trecho do voto Ministro Celso de Mello:

O princípio da interpretação conforme a Constituição, que enseja a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, pressupõe, como requisito essencial de sua aplicação, a existência de “normas polissêmicas ou plurissignificativas” (J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 235, 5ª ed., 1991, Almedina, Coimbra).

A incidência desse postulado permite, desse modo, que, reconhecendo-se legitimidade constitucional a uma determinada proposta interpretativa, excluam-se as demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo normativo do ato questionado. Em suma: o princípio da interpretação conforme a Constituição, ao reduzir a expressão semiológica do ato impugnado a um único sentido interpretativo, garante, a partir de sua concreta incidência, a integridade do ato do Poder Público no sistema de direito positivo. Essa função conservadora da norma permite que se realize, sem redução de texto, o controle de sua constitucionalidade, e justifica, tecnicamente, a solução preconizada no voto do eminente Relator, que conclui pela *procedência parcial* da ação.<sup>196</sup>

Agora um trecho do voto Ministro Moreira Alves:

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

<sup>195</sup> BRASIL, 1994.

<sup>196</sup> BRASIL, 1994, grifos no original.

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.

E é de observar-se, ainda, que já adotamos essa solução em se tratando de liminar, parecendo-me ser chegado o momento de a adotarmos também na decisão final.<sup>197</sup>

Trata-se, portanto, de importante precedente, a partir do qual restou decidido que a interpretação conforme a Constituição abrange, ao modo adotado pelo Direito alemão, a declaração de inconstitucionalidade das demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo do texto legal, do que resulta a procedência parcial da ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

### 3.1.2.3 ADI 2544/RS

Na ADI 2544/RS,<sup>198</sup> proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, questionou-se a constitucionalidade da Lei Estadual n. 11.380, de iniciativa parlamentar, que determinava em seu artigo 1º que: “os sítios arqueológicos, bem como o seu acervo, existentes no Estado, ficam sob a proteção, guarda e responsabilidade dos municípios em que se localizam”.<sup>199</sup>

A alegação de inconstitucionalidade provinha do sentido do texto que demitia o Estado e a União da competência comum estabelecida pelo artigo 23, III, da Constituição Federal de 1988, comprometendo assim o equilíbrio federativo. O Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, acolheu a alegação de inconstitucionalidade, por entender que a competência comum expressa na Constituição Federal é irrenunciável e, portanto, a Lei Estadual não poderia limitar a defesa, proteção e responsabilidade dos sítios arqueológicos a um único Ente Federativo.

O Ministro Marco Aurélio, no entanto, suscitou a possibilidade de se conferir interpretação conforme a Carta: “não seria o caso de emprestarmos, então, interpretação conforme a Carta, por que não se tem, na hipótese, o advérbio de modo, a atribuição ao município da exclusividade de guardar os sítios”? Isso porque entendia que: “se o Supremo bate o martelo no sentido da inconstitucionalidade, ele

---

<sup>197</sup> BRASIL, 1994.

<sup>198</sup> BRASIL, **ADI 2544/RS**, 2006.

<sup>199</sup> BRASIL, 2006.

dá uma carta em branco aos Municípios quanto ao fato de não adotarem providências visando a essa proteção”.<sup>200</sup>

Quando indagado pelo Ministro Carlos Britto sobre o pressuposto do manejo da interpretação conforme, isto é, a polissemia do dispositivo, respondeu que: “às vezes, é necessário ser pedagógico nesse campo, até mesmo em alerta às autoridades”. O Ministro Carlos Britto mais uma vez reiterou o fato de que: “não tem equivocidade; não há polissemia aí. O sentido é unívoco e é um só”.<sup>201</sup> Apesar disso, o Ministro Marco Aurélio manteve sua proposta de interpretação conforme para: “[...] daí eu propor a procedência do pedido inicial para conferir-se interpretação conforme, afastando a premissa de seu voto, que seria, no caso, a exclusão da União e do Estado. Fico no meio termo”.<sup>202</sup>

E, mais adiante, explicitou seu entendimento em interpretação conjunta dos artigos 23, III e 30, IX, ambos da Carta Política, aduzindo que:

Ora, conjugando esses artigos, só posso partir, diante da norma, para a interpretação que afaste a concepção de que haveria a exclusividade, na proteção, por parte dos municípios. No dispositivo atacado, não há menção ao vocábulo “exclusividade”, mas, de qualquer forma, peço vênias para divergir do Colegiado – e a divergência não é de extensão maior –, para acolher parcialmente o pedido e dar interpretação conforme ao texto, ou seja, para assentar que a Constituição Federal encerra a responsabilidade dos municípios quanto aos sítios arqueológicos situados na respectiva área geográfica, sem excluir, no entanto, a proteção – repito: também, atribuída aos municípios – da União, dos Estados e do Distrito Federal – se bem que, no Distrito Federal, não se tem município.

Por isso, acolho parcialmente o pedido formulado nesse sentido. Não fulmino a Lei nº. 11.380/99, porque penso que, de certa maneira, isso seria contraprodutivo no tocante à atuação dos municípios. Que fiquem com alguma responsabilidade quanto ao bem protegido no preceito.<sup>203</sup>

Neste precedente, o Ministro Marco Aurélio restou vencido em seu voto, tendo o Tribunal, por maioria, julgado procedente a ação direta, declarando a inconstitucionalidade e a nulidade da Lei Estadual em questão.

Com a devida vênias ao entendimento do Ministro Marco Aurélio, verificam-se em seu raciocínio duas premissas equivocadas para o emprego da interpretação conforme a Constituição: a primeira, de que considerações de ordens pedagógicas

---

<sup>200</sup> BRASIL, 2006.

<sup>201</sup> BRASIL, 2006.

<sup>202</sup> BRASIL, 2006.

<sup>203</sup> BRASIL, 2006.

ou produtivas (em oposição à menção contraprodutiva), isso é, considerações meramente fáticas, não dão azo ao manejo da interpretação conforme a Constituição, que pressupõe a existência de um espaço normativo no texto, para o qual possa ser atribuído mais de um sentido. O segundo equívoco partiu da premissa equivocada de que seria a Lei Estadual que estaria atribuindo a competência pela proteção e guarda dos sítios arqueológicos e seus acervos, e não a própria Constituição Federal. Ora, o fato é que em nada perderia o Município, como de fato não perdeu, no campo de suas competências constitucionais, para a preservação de sítios arqueológicos situados em seu território, com a nulidade da Lei contestada. Se a inconstitucionalidade se afigura justamente em razão de uma competência constitucional comum e irrenunciável, e a Lei contestada atribuía responsabilidade a apenas um Ente da Federação introduzir, via interpretação conforme, os demais Entes Federativos excluídos da norma estadual, o que corresponde a realizar uma interpretação *contra legem*, vez que contrária ao sentido literal do texto, que, como muito bem salientado pelo Ministro Carlos Britto, era unívoco.

Tal não bastasse, ao ser procedida tal inclusão dos outros dois Entes federativos, por ato do próprio Tribunal, este estaria atuando de facto como legislador positivo e, portanto, usurpando atribuições do Legislador Ordinário. Conclui-se a partir disso que, desde uma perspectiva metódica, o parâmetro de aferição no âmbito da interpretação conforme sempre deve partir do texto legal para a Constituição, e não da Constituição para o texto legal.

#### 3.1.2.4 ADI 3026/DF

Na ADI 3026/DF,<sup>204</sup> a Procuradoria-Geral da República requeria, dentre outros pedidos, fosse dada interpretação conforme para o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB),<sup>205</sup> exigindo-se que o provimento dos empregos no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil ocorresse mediante a prévia realização de concurso público.

---

<sup>204</sup> BRASIL, **ADI 3026/DF**, 2006.

<sup>205</sup> “Artigo 79. Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista” (BRASIL, 1994).

O Ministro-Relator, Eros Grau, entendeu não ser possível conferir-se interpretação conforme a Constituição ao *caput* do artigo 79 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em razão do sentido unívoco do preceito, como segue:

Ao requerente da ADI cabe buscar a declaração de inconstitucionalidade do preceito que com a Constituição do Brasil não guarde coerência. A interpretação conforme a Constituição é técnica a ser utilizada por esta Corte quando, diante da existência de duas ou mais interpretações possíveis, uma delas seja eleita como a ajustada ao texto constitucional.

O requerente não aponta as múltiplas interpretações que originar-se-iam do preceito, mesmo porque este é tão sucinto que não comporta múltiplas interpretações. Não há, no caso, como se apontar uma entre várias interpretações que constitucionalmente possa ser considerada apropriada. Aqui não há mais de uma interpretação possível, mais de uma norma a ser extraída do texto.<sup>206</sup>

Nos debates, o Ministro Sepúlveda Pertence indagou: “desde quando um dispositivo que estabelece um regime suponha interpretações que permitam interpretação conforme?” E complementou:

Há outros meios de controle. Não podemos é simplesmente fazer abstração de toda a construção do processo da ação direta para aferir da validade de um dispositivo que dispõe apenas sobre o regime jurídico a que se submetem os servidores a fim de saber se nele se contém hipótese de interpretação que dispensa ou não o concurso.<sup>207</sup>

O cerne da questão parece ter sido muito bem ilustrado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que ressaltou a inadequação do meio escolhido – interpretação conforme a Constituição –, para que fosse deliberado sobre a necessidade ou não da realização de concurso público para o ingresso nos quadros da OAB, na medida em que o dispositivo impugnado não comportava dúvida alguma a esse respeito, pelo simples fato de que nada dizia a tal título. Por esse raciocínio, a Adin sequer deveria ter sido conhecida em relação ao *caput* do artigo 79 da Lei 8.906/94.

Contudo, a decisão do Tribunal tomada por maioria, vencidos os Ministros Eros Grau (Relator), Carlos Britto, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e o Presidente, Ministro Nelson Jobim, conheceu do pedido relativamente ao *caput* do artigo 79 da Lei 8.906/94. Na sequência, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes. Em seu voto, discorreu longamente acerca da conformação jurídica da atuação da

---

<sup>206</sup> BRASIL, 2006.

<sup>207</sup> BRASIL, 2006.

Ordem dos Advogados do Brasil na regulamentação da atividade da Advocacia no atual sistema constitucional para concluir que a mesma exerce função pública e que, portanto, em sua atividade, incide o princípio Republicano, o qual, por sua vez, pressupõe a realização de concurso público para ingresso em seus quadros. Proferiu o Ministro Gilmar Mendes, voto no seguinte sentido:

[...] reconheço a necessidade de aplicação do princípio do concurso público (CF, art. 37, II) aos quadros funcionais da instituição para as futuras contratações de empregados, cujas atividades, nos termos da lei específica, não envolvam chefia, direção ou assessoramento (CF, art. 37, V). Nestes termos, meu voto é pela procedência do pedido de interpretação conforme do caput do art. 79, com eficácia ex nunc, e, em consonância com o disposto no art. 37, II e V, da CF. Ressalvo, portanto, os casos de cargos que envolvam chefia, direção e assessoramento, assim definidos em conformidade com regulação específica pela norma competente.<sup>208</sup>

O Ministro Marco Aurélio, preocupado com a questão atinente aos limites do emprego da interpretação conforme a Constituição, discordou do Ministro Gilmar Mendes, por entender que o *caput* do artigo 79 da Lei 8.906 não encerra nenhuma dúvida e/ou ambiguidade quanto ao seu alcance, apenas prevê o regime a ser adotado nas relações jurídicas mantidas pela Ordem. Do contrário, afirmou estar o Supremo Tribunal Federal transformando-se em legislador positivo, ou, ainda, em órgão consultivo, competências essas que não lhe foram atribuídas pela Constituição. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio: “posso assentar, considerando o que se contém no artigo 79, conflito com a Constituição Federal sem aditá-lo para ter texto que viabilize interpretação conforme a Carta da República? Desenganadamente não posso”.<sup>209</sup>

E o Ministro Sepúlveda Pertence assim complementou:

Aproveitamos a oportunidade para dar o nosso palpite sobre algo que a lei não cuidou. [...] Está-se dando uma interpretação conforme, com ampliação do texto, dispondo sobre algo que a lei não dispôs, de que não cuidou.<sup>210</sup>

Às críticas tecidas ao seu voto, rebateu o Ministro Gilmar Mendes, afirmando:

Não. Desculpe-me, mas vamos encontrar vários casos na jurisprudência do Tribunal exatamente julgando o estatuto da OAB – e Vossa Excelência é testemunha. Na assentada passada fizemos vários adendos ao texto. Isso aqui é uma coisa elementar. [...]

<sup>208</sup> BRASIL, 2006.

<sup>209</sup> BRASIL, 2006.

<sup>210</sup> BRASIL, 2006.

É tão elementar que nem vou elencar os exemplos, mas me parece que, exatamente em função da amplitude e da generalidade de um texto ele pode comportar, sim, interpretação conforme, e os exemplos na Corte são múltiplos.<sup>211</sup>

Contudo a tentativa de convencimento do Ministro Gilmar Mendes não logrou êxito aos demais Ministros da Corte, à exceção do Ministro Joaquim Barbosa. Em resposta, o Ministro Marco Aurélio concluiu: “não posso, por mais que me esforce, assentar a existência de conflito com a Constituição Federal, a menos que imagine o que não está no próprio preceito”.<sup>212</sup> Assim, no mérito do julgamento, relativamente ao pedido de se conferir interpretação conforme ao artigo 79 da Lei n. 8.906/94, decidiu a Corte, por maioria, pela improcedência da ação, vencidos, no ponto, apenas os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, que pretendiam conferir a interpretação conforme ao dispositivo, de modo a apenas excetuarem-se da regra do concurso público os cargos de chefia e assessoramento.

Os debates acima reproduzidos bem ilustram a perigosa tendência que o mau uso da interpretação conforme a Constituição pode engendrar. Com efeito, desrespeitados os seus pressupostos aplicativos, aqui no caso a ambiguidade do preceito, para atribuir-se um sentido aditivo ao sentido literal do texto, o que faz pressupor, para tanto, o exercício de uma competência legislativa positiva de que o Supremo Tribunal Federal não dispõe na Carta Política atual e que já no julgado primeiro (Representação n. 1417) restou como um limite às decisões de interpretação conforme.

No entanto, nesse julgamento, pôde-se perceber que a grande maioria da Corte manifestou-se contrária à proposta aventada pelo Ministro Gilmar Mendes, seguido apenas pelo Ministro Joaquim Barbosa, demonstrando, nesta ocasião que se mantém firme à já consolidada posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao exercício de uma função de legislador negativo, apenas.

### 3.1.2.5 ADI 1480/DF

Por ocasião do julgamento de medida cautelar na ADI 1480,<sup>213</sup> ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte e pela Confederação Nacional da Indústria

---

<sup>211</sup> BRASIL, 2006.

<sup>212</sup> BRASIL, 2006.

<sup>213</sup> BRASIL. **MC/ADI 1480/DF**, 1997.



que postulavam, com pedido de medida liminar, a declaração de inconstitucionalidade parcial do Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992, e do Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996, que, respectivamente, aprovaram e promulgaram a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), analisou-se uma importante questão atinente ao tema de interpretação conforme a Constituição: se, para o seu emprego, a dubiedade deve provir somente do texto, ou se ela pode ser também proveniente das interpretações dadas a esse texto.

Sustentavam as Confederações autoras que os artigos 4º a 10º da Convenção n. 158 da OIT conflitariam com o artigo 7º, I, da Constituição Federal, bem como com o artigo 10, I, do ADCT, CF/88. Foca-se a análise do presente acórdão apenas no que tange à alegação de inconstitucionalidade material do artigo 10 da Convenção da OIT, que estabelecia, para os casos de dispensa arbitrária ou sem justa causa, readmissão ou pagamento de indenização correspondente. A inconstitucionalidade, portanto, decorreria da possibilidade de readmissão compulsória no emprego, vez que a Constituição Federal apenas previu a garantia da indenização compensatória (artigo 7º, I, da Carta Política<sup>214</sup> e artigo 10º, I, do ADCT/88).<sup>215</sup>

A Lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Carta Política não foi ainda editada, vigendo, até o momento, a previsão do próprio legislador constituinte, que estabeleceu, no artigo 10, I, do ADCT/88, que, enquanto não promulgada a lei complementar em referência, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa está limitada a quarenta por cento dos valores depositados na conta vinculada

---

<sup>214</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...]” (BRASIL, 1988, [2010]).

<sup>215</sup> “Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966; II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. § 1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias. § 2º - Até ulterior disposição legal, a cobrança das contribuições para o custeio das atividades dos sindicatos rurais será feita juntamente com a do imposto territorial rural, pelo mesmo órgão arrecadador. § 3º - Na primeira comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador rural, na forma do art. 233, após a promulgação da Constituição, será certificada perante a Justiça do Trabalho a regularidade do contrato e das atualizações das obrigações trabalhistas de todo o período” (BRASIL, 1988, [2010]).

do FGTS do empregado despedido.

O Ministro Celso de Mello, Relator, observou que a norma inscrita no artigo 7º, I, da Constituição Federal, contemplou verdadeira fórmula de ponderação, destinada a conciliar posições contrastantes surgidas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte, de modo a estabelecer que “nem se reconheceu ao empregador o poder absoluto de despedir imotivadamente e nem se atribuiu ao empregado a garantia da intangibilidade do vínculo laboral”.<sup>216</sup> Portanto, não assegurou a Carta Política a garantia da plena estabilidade no emprego ao trabalhador. Estabelecida essa premissa, indagou o Ministro-Relator:

Impõe-se verificar, uma vez assentadas tais premissas, se as normas inscritas na Convenção 158/OIT, objeto de impugnação na presente sede processual (arts. 4º a 10), ensejam, *em função de seu próprio texto* – e não em função de interpretações judiciais eventualmente equivocadas – a possibilidade de *aplicação imediata* da garantia da reintegração forçada no emprego, *com prejuízo* do mecanismo da indenização compensatória.<sup>217</sup>

E, na sequência de sua análise, conferiu o Ministro Relator interpretação ao artigo 10º da Convenção no sentido de que:

O conteúdo dessa cláusula convencional evidencia a sua índole essencialmente programática, pois, ao contrário do que sustentam as Confederações patronais autoras, o Art. 10 da Convenção n. 158/OIT *não impõe*, como única consequência possível nas hipóteses de despedida arbitrária, a obrigação empresarial de reintegrar o empregado despedido.<sup>218</sup>

Assim, entendida a Convenção da OIT, i.e., enquanto norma programática e não autoaplicável, não estaria ela a ferir a Carta Política, na medida em que compete ao legislador nacional de cada país, consoante o seu respectivo sistema constitucional, consagrar o regime de estabilidade, prevendo a possibilidade de reintegração no emprego ou o mecanismo da indenização compensatória. Igualmente por esse argumento, resta afastada a alegação de inconstitucionalidade formal, na medida em que a sua regulamentação é que deverá ocorrer por meio de Lei Complementar, limitando-se a convenção a estabelecer diretrizes a serem observadas pelo Legislador Nacional por ocasião da disciplina da matéria.

Ponderou ainda o Ministro-Relator que:

---

<sup>216</sup> BRASIL, **MC/ADI 148/0DF**, 2001.

<sup>217</sup> BRASIL, 2001, grifos no original.

<sup>218</sup> BRASIL, 2001, grifos no original.

A circunstância de existirem *algumas* decisões judiciais que possam haver dado interpretação eventualmente inconstitucional à Convenção n. 158/OIT, que, *parece* revestir-se de legitimidade jurídica à luz de nossa Carta Política, *não pode justificar* que se acolha o pedido de medida liminar formulado pelas Confederações patronais autoras.<sup>219</sup>

Como muito bem observou Celso de Mello, para esses casos: “há, portanto, instrumentos processuais adequados, que, corretamente manejados, permitirão o controle das decisões emanadas das Juntas de Conciliação e Julgamento e dos próprios Tribunais Regionais do Trabalho”.<sup>220</sup> E, com essas razões, votou o Ministro Relator pelo indeferimento do pedido de medida cautelar.

Na sequência do julgamento, pediu vista o Ministro Moreira Alves, vindo a proferir voto em que divergiu do voto do relator apenas para ponderar que:

Parece-me que toda a fundamentação de seu voto leva a concluir que, no âmbito do exame do pedido cautelar, só não defere a liminar por causa da interpretação que dá quanto à natureza das normas atacadas. Parece-me, no entanto, com a devida vênia do eminente relator, que, em casos como tais, a orientação dessa Corte é deferir parcialmente a liminar para suspender todos os demais sentidos que as normas em causa possam ter que não aquele resultante dessa interpretação conforme à Constituição.

E é – tendo em vista, inclusive, a existência da divergência, comprovada nos autos, entre decisões na Justiça do Trabalho em matéria dessa relevância, o que caracteriza o “periculum in mora” – neste sentido que voto: defiro, sem redução de texto, o pedido de medida cautelar, para, em interpretação conforme à Constituição, afastar qualquer exegese que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do relator e desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção OIT n. 158, as repute auto-aplicáveis, desrespeitando, desse modo, especialmente as regras constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam, presentemente, no sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores.<sup>221</sup>

O Ministro Celso de Mello acolheu a proposta de interpretação conforme a Constituição formulada pelo Ministro Moreira Alves, aduzindo:

Cumpre salientar que essa proposta de interpretação conforme, fundada nas próprias razões que longamente expus em meu voto, enfatiza, de maneira ainda mais expressiva, que as normas convencionais ora impugnadas não se revestem de auto-aplicabilidade, dependendo, por isso mesmo, para efeito de sua integral incidência, da necessária intermediação legislativa do Congresso Nacional.

---

<sup>219</sup> BRASIL, 2001.

<sup>220</sup> BRASIL, 2001.

<sup>221</sup> BRASIL, 2001.

Na realidade, e tal como pude acentuar em meu voto – que subsiste, integralmente, quanto às premissas e aos fundamentos jurídicos nele expostos –, a Convenção n. 158/OIT, além de depender de ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência possível derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em suas respectivas legislações nacionais, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a convenção n. 158 da OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula de reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória.<sup>222</sup>

A contradição na conclusão exposta pelo Ministro Celso de Mello se afigura aparente, na medida em que ele próprio explicita: 1) que as normas convencionais ora impugnadas não se revestem de autoaplicabilidade, dependendo, para a sua eficácia de intermediação legislativa do Congresso Nacional; 2) que a norma convencional não consagrou, como única consequência possível da despedida arbitrária, o dever de os Estados-Partes instituírem, em suas respectivas legislações nacionais, apenas a garantia da reintegração no emprego, podendo optar tão somente pela indenização compensatória; ora, assim entendida, a Convenção n. 158/OIT em nada afronta o Texto da Constituição.

O Ministro Ilmar Galvão bem captou a incoerência e assim se manifestou:

Senhor Presidente, estou inteiramente de acordo com as premissas do voto de V. Exa. e do Ministro Moreira Alves. Mas me parece que a inconstitucionalidade, neste caso, está sendo decretada para evitar interpretações eventualmente errôneas do Tratado pela Justiça do Trabalho. Não acredito que se esteja diante de um critério razoável: o de decretar a inconstitucionalidade para evitar que a Justiça do Trabalho possa interpretar esse Tratado em benefício de algum trabalhador, ainda que erroneamente.

Portanto, peço vênias ao Ministro Carlos Velloso, para indeferir a medida cautelar.<sup>223</sup>

Com brilhante clareza, igualmente pronunciou-se o Ministro Marco Aurélio:

Se estou convencido de que não há como se acionar a Convenção, devo concluir, também, não concorrer risco quanto à eficácia do nela

---

<sup>222</sup> BRASIL, 2001.

<sup>223</sup> BRASIL, 2001.

contida. Disso resulta que não há necessidade de exame da matéria de fundo. Não chego à concessão da liminar para emprestar o alcance, anunciado no voto de V. Exa, à Convenção, tendo-a como simples sinalização ao legislador ordinário; se o fizesse, estaria, na verdade, exercendo, por via transversa, um controle concreto, estaria abandonando o que revelado apenas pelo diploma atacado, para tomar de empréstimo alguns julgamentos ocorridos na primeira instância da Justiça do Trabalho.

Dois vícios podem macular uma decisão: o defeito de procedimento, pelo desrespeito à legislação instrumental e o vício de julgamento, pelo menosprezo ao direito material. Todavia, nenhum deles – se a ocorrência é num processo que envolve lide – é corrigível via ação direta de inconstitucionalidade. A questão resolve-se no campo recursal, consideradas as atuações do Tribunal Regional do Trabalho respectivo e do Tribunal Superior do Trabalho.

Por isso, peço vênia a V. Exa e aos que o seguiram para simplesmente indeferir a liminar.<sup>224</sup>

Digno de nota por igual, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no seguinte sentido:

A interpretação conforme, entendo eu, tem por pressuposto objetivo de que o texto do dispositivo legal comporte razoavelmente a hipótese de leituras normativas discrepantes: que dele razoavelmente se possam extrair normas diferentes, só uma delas, no entanto, acorde com a Constituição.

Não faria a V. Exa., depois do voto brilhantíssimo produzido a respeito, a injúria de dizer que ficou possibilidade de divisar-se ambigüidade no art. 10 da Convenção. Ela é manifestamente uma cláusula aberta. Põe, em princípio, a garantia de anular o chamado “término da relação de trabalho”, que, na linguagem do nosso Direito, implicaria a reintegração do trabalhador, mas, se isso não for permitido segundo o direito interno respectivo, contém a alternativa de “ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação considerada apropriada.” Desse texto, não posso ter outra leitura que não seja a dessa alternativa: o segundo termo, a indenização compensatória ao trabalhador injustamente despedido, para a hipótese de o direito interno não admitir a reintegração. Nem preciso aprofundar a análise da Constituição para saber se nela se veda à futura lei complementar estabelecer ou admitir a reintegrar. O certo é que, no estágio atual das coisas, no direito brasileiro, enquanto permaneça a omissão do legislador – incide a norma transitória do art. 10 do ADCT, e, em consequência, a hipótese de reintegração está excluída.

E porque não vejo ambigüidade no texto, a reclamar e autorizar “interpretação conforme”, lamento não poder acompanhar o voto de V. Exa., que a ela acedeu depois de “desencaminhado do bom caminho” pelo Sr. Ministro Moreira Alves, peço vênia para indeferir a cautelar.<sup>225</sup>

---

<sup>224</sup> BRASIL, 2001.

<sup>225</sup> BRASIL, 2001.

Apesar dos votos dos ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que não vislumbraram contrariedade ao texto constitucional para ensejar a necessidade de emprego da interpretação conforme a Constituição, a medida cautelar foi deferida parcialmente, por decisão majoritária, para

em interpretação conforme a Constituição e até final julgamento da ação direta, afastar qualquer exegese, que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do Relator (Ministro Celso de Mello) e desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção n. 158 da OIT, venha a tê-las como auto-aplicáveis, desrespeitando, desse modo, as regras constitucionais e infra-constitucionais que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores.<sup>226</sup>

Realizou-se, por essa decisão, como sinalizado pelo Ministro Marco Aurélio, um controle concreto, por via transversa, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, já que o deferimento da medida cautelar com adoção de interpretação conforme a Constituição teve por pressuposto algumas decisões errôneas proferidas em sede de 1ª e 2ª instâncias da Justiça do Trabalho e, para cuja solução se prestaria o sistema recursal, e não a via do controle abstrato de constitucionalidade.

De conseguinte, pode-se concluir, com base nos votos divergentes que não vislumbraram, na hipótese, a possibilidade do emprego da interpretação conforme a Constituição, duas conclusões básicas: a) de que considerações de ordem fática, como, por exemplo, interpretações equivocadas da lei realizadas em primeira instância, não se prestam a serem corrigidas na via do controle abstrato de normas, pelo emprego da interpretação conforme a Constituição e sim tão somente na via recursal própria; 2) de que é pressuposto para a aplicação da interpretação conforme a Constituição que, do dispositivo legal impugnado, se possa extrair normas discrepantes, alguma(s) em contrariedade com o texto da Constituição, e outra(s) com ele compatíveis. Com efeito, esse requisito se impõe, na medida em que toda a decisão tomada com o emprego de interpretação conforme a Constituição pressupõe uma declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa.

---

<sup>226</sup> BRASIL, 2001.

### 3.1.2.6 ADI 3430/ES

Na ADI 3430/ES,<sup>227</sup> ajuizada pelo Procurador-Geral da República, questionou-se a constitucionalidade da Lei Complementar 300/2044 do Estado do Espírito Santo, que dispõe sobre a contratação de profissionais de Saúde e outros, em caráter temporário. A alegação de ofensa à Constituição foca-se no artigo 37, incisos II e IX da Carta Política, em razão da desconformidade da Lei impugnada com a excepcionalidade da contratação temporária de pessoal que exige o Texto da Constituição. O Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, ponderou que a possibilidade de dispensa do concurso público para contratação de servidores configura medida extrema, a ser admitida apenas em situações excepcionais e identificadas sob pena de burla à regra do concurso público.

No caso, regula a Lei impugnada a contratação temporária de profissionais da área da Saúde em atividade essencial e de índole permanente, sem que a Lei fizesse menção à situação excepcional ensejadora da contratação. E, quanto à contratação de pessoal estranho à área de Saúde, apontou o entendimento já assentado da Corte de que é descabida a contratação temporária de servidores para o exercício de funções burocráticas.

De conseguinte, entendeu o Relator pela procedência da ação, para

declarar inconstitucional a Lei Complementar 300/2004 do Estado do Espírito Santo, modulando os efeitos da decisão para que ela só tenha eficácia a partir de 60 (sessenta) dias da data de sua comunicação ao Governador e à Assembléia Legislativa, tendo em conta a situação excepcional pela qual passa o país em virtude do surto da denominada “gripe suína”, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99.<sup>228</sup>

A Ministra Cármen Lúcia, manifestou preocupação com o fato de que, anulada a Lei, ficaria o Estado do Espírito Santo impossibilitado de contratar em regime temporário:

Qual é a minha preocupação? Eles não vão poder contratar, porque não tem outra norma, e é preciso que haja. Segundo, neste momento, nós temos a configuração de um quadro que, eventualmente, vai se precisar, sim, para fazer face a essa demanda excepcional nos postos de saúde, nos hospitais. Então eu questiono se a só previsão aqui Vossa Excelência está considerando excepcional pelo não atendimento, ou se não há como

---

<sup>227</sup> BRASIL, **ADI 3430/ES**, 2009.

<sup>228</sup> BRASIL, 2009.

interpretar conforme a Constituição para salvaguardar. Não se pode é fazer disso aqui, ao invés de uma chave para o Poder Público que precise entrar e contratar, uma gazua que quebra a porta do concurso público, que é a forma de ingresso no serviço. Entendeu minha preocupação?<sup>229</sup>

Reafirmando a inconstitucionalidade da Lei, o Ministro Lewandowski assim se pronunciou:

Esta Lei silenciou quanto às especificações das hipóteses de excepcional interesse público, que reclamariam a celebração de contratos com particulares para a admissão de servidores em caráter temporário, possibilitando ao Chefe do Executivo fazer a declaração correspondente no momento da contratação. Então, é uma lei genérica.<sup>230</sup>

Propôs o Ministro Gilmar Mendes: “não seria, então, o caso de colocar as exigências em interpretação conforme, de modo a dizer que só seriam válidas as contratações?”<sup>231</sup> Na sequência dos debates, o Ministro Cezar Peluso indagou: “a pergunta é se essa falta justifica exceção à regra constitucional e, portanto, não permita abuso por parte do administrador”.<sup>232</sup>

A seguir, selecionaram-se alguns trechos do debate travado acerca do cabimento, ou não da interpretação conforme a Constituição. A Ministra Cármen Lúcia, pretendendo salvar a Lei aduziu:

Exatamente, o que eu acho é que a norma pode até ser interpretada e aplicada sem abuso. Tal como está, de maneira mais – para usar uma expressão e sem trocadilho, por ser da saúde – genérica, aí, realmente, pode levar. Agora, eu não sei se a declaração de inconstitucionalidade “tout court” não pode levar a uma situação, ainda mais num momento como este.<sup>233</sup>

O Ministro Ricardo Lewandowski retorquiu:

Há um aspecto, Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite, que foi salientado pelo eminente Chefe do Ministério Público ao ajuizar a ação. Quer dizer, além de não estarem caracterizadas as hipóteses que seriam excepcionais, também, na verdade, as contratações são para o quadro permanente de saúde, sobretudo, diz ele, quanto ao sistema constituído pelo SESA e pelo IESP.<sup>234</sup>

E o Ministro Gilmar Mendes reafirmou: “mas a Ministra Cármen está

---

<sup>229</sup> BRASIL, 2009.

<sup>230</sup> BRASIL, 2009.

<sup>231</sup> BRASIL, 2009.

<sup>232</sup> BRASIL, 2009.

<sup>233</sup> BRASIL, 2009.

<sup>234</sup> BRASIL, 2009.



chamando a atenção para o fato de deixar agora o Governo do Estado sem um diploma”.<sup>235</sup> A Ministra Cármen Lúcia também reafirmou: “sem poder contratar para a saúde, porque se o Supremo falou que essa é inconstitucional, não tem outra.”<sup>236</sup>

O Ministro Ricardo Lewandowski ponderou: “nós mantermos esta lei – que, com todo o respeito, para mim é flagrantemente inconstitucional para poder superar este fato superveniente, que é a pandemia da gripe suína, não sei se isso se justificaria, *data venia*”.<sup>237</sup>

No mesmo sentido, pronunciou-se o Ministro Eros Grau:

A pandemia não deveria ser pretexto para justificar a inconstitucionalidade que há nesta lei. Ou seja, cumpriria a Corte deixar bem claro que, em situação de excepcionalidade, haverá sempre, não apenas o poder, mas o dever do Estado de socorrer a população em defesa da saúde pública. O que não podemos, *data venia* do Ministro Celso de Mello, é usar desta situação excepcional para justificar a inconstitucionalidade que me parece flagrante na lei.<sup>238</sup>

E, por fim, observou o Ministro Carlos Britto: “a modulação de efeitos atende muito bem a essa preocupação”<sup>239</sup>.

Ao final, julgou-se, por unanimidade, procedente a ação e, por maioria, nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99, modulou-se os efeitos da decisão para que tivesse eficácia a partir de 60 dias da data de sua comunicação, tendo em conta a situação excepcional pela qual passava o país – em virtude do surto da denominada “gripe suína” –, e vencido o Ministro Marco Aurélio. Os debates travados no bojo da presente decisão ilustram muito bem o equívoco em se pretender justificar o emprego da interpretação conforme a Constituição em questões de ordem fática. O vazio legislativo deixado pela norma é questão a ser solucionada *a posteriori* e, como muito bem observou o Ministro Carlos Britto, em tal caso a modulação de efeitos é a ferramenta adequada para esse fim.

Colocar as “exigências” em interpretação conforme, como proposto pelo Ministro Gilmar Mendes, equivale a legislar em sentido positivo, porquanto não se pode deduzir do programa normativo do texto tais exigências, cuja falta é justamente a nota de inconstitucionalidade que afeta o texto da lei.

---

<sup>235</sup> BRASIL, 2009.

<sup>236</sup> BRASIL, 2009.

<sup>237</sup> BRASIL, 2009.

<sup>238</sup> BRASIL, 2009.

<sup>239</sup> BRASIL, 2009.

### 3.1.2.7 ADI 1127/DF

Na ADI 1127/DF,<sup>240</sup> proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), foram impugnados diversos dispositivos da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB). Nós nos limitaremos aqui a comentar a impugnação ao artigo 50 da Lei, para o qual se aventou a possibilidade do emprego da interpretação conforme a Constituição.

Dispõe o dispositivo em questão:

Art. 50. Para os fins desta lei, os Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções podem requisitar cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório e órgão da Administração Pública direta, indireta e fundacional.<sup>241</sup>

A alegação de afronta à Constituição baseava-se na expressão “requisitar”, pois estaria a submeter o Poder Judiciário aos desígnios de um ente estranho a ele, violando assim a sua independência (artigo 2º da CF) e a competência privativa dos Tribunais para organizar suas secretarias e serviços auxiliares, assim como a dos juízes a eles vinculados (artigo 96, I, b da CF).

A discussão centrou-se na palavra “requisição”, que, no vocabulário jurídico, tem um significado mandamental, para o qual não há alternativa, senão o atendimento compulsório ao que foi requisitado pelo Poder Público; e, nesse sentido, foi consenso de que, nesse caso, havia afronta à independência do Poder Judiciário. O Ministro Cezar Peluso, então, suscitou: “se derem a interpretação de que requisitar, aqui, dá a alternativa para a autoridade indeferir, estou de acordo, porque isso equivale a requerer”.<sup>242</sup> Já o Ministro Ricardo Lewandowski observou que: “com essas ressalvas, desnatura-se um pouco a expressão ‘requisição’”.<sup>243</sup>

A Ministra Ellen Gracie reformulou as discussões para concluir que:

Então, a proposta do Ministro Joaquim Barbosa é dar interpretação conforme, traduzindo a expressão “requisitar” para a expressão “requerer”, observada a motivação, a compatibilização com as finalidades da lei, o atendimento de custos e ressalvados os documentos cobertos por sigilo.<sup>244</sup>

O Ministro Ricardo Lewandowski então reformou seu voto, para decidir:

<sup>240</sup> BRASIL, **ADI 1127/DF**, 2006.

<sup>241</sup> BRASIL, Lei nº 8.906, 2009.

<sup>242</sup> BRASIL, 2006.

<sup>243</sup> BRASIL, 2006.

<sup>244</sup> BRASIL, 2006.

Senhora Presidente, reformulo o meu posicionamento inicial, embora entenda que requisição é procedimento próprio das autoridades públicas, especialmente da magistratura, além de ser um termo técnico-jurídico e corriqueiro no mundo forense. Agora, com essas ressalvas, dando quase que uma característica de requerimento, ou seja, resguardado o sigilo e o juízo de admissibilidade do pedido, da autoridade para a qual a providência está sendo requisitada, não me oponho à manutenção da expressão. Acompanho o Ministro Joaquim Barbosa nesse sentido.<sup>245</sup>

Ao final, decidiu a Corte, por votação majoritária, quanto à impugnação do artigo 50 do Estatuto:

Julgar parcialmente procedente a ação para, sem redução de texto, dar interpretação conforme ao dispositivo, de modo a fazer compreender a palavra “requisitar” como dependente de motivação, compatibilização com as finalidades da lei e atendimento de custos desta requisição. Ficam ressalvados, desde já, os documentos cobertos por sigilo.<sup>246</sup>

Entende-se que essa decisão representa uma situação limítrofe ao emprego da interpretação conforme a Constituição, na medida em que se realizou uma correção do sentido original da norma, já que, como bem salientado pelos Ministros, a expressão “requisição” possui, no meio jurídico, significado tecnicamente próprio e distinto de seu sentido usual. Como bem observou o Ministro Ricardo Lewandowski, pela interpretação dada, desnatura-se o sentido original do termo “requisição”, transmutando-o para o termo “requerimento”. Talvez não fosse essa a intenção do legislador, não se sabe se o seu emprego decorreu de um desconhecimento acerca do significado técnico que o termo requisição comporta para o Direito, ou se simplesmente pretendia usar o termo em seu sentido usual.

De outro lado, a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ainda está abrangida no programa normativo do texto, que apenas sofreu uma restrição de sentido ou significado – de técnico-jurídico para usual ou corriqueiro. Ao mesmo tempo, essa interpretação não pode ser considerada como *contra legem*.

De conseguinte, pode-se dizer que, nesse caso, a interpretação restritiva não ofende os limites da interpretação conforme a Constituição, desde que esteja abrangida no programa normativo do texto. Considerar que a vontade do legislador, por si só, possa determinar a inconstitucionalidade do texto, importaria em reduzir a interpretação constitucional à teoria subjetivista da interpretação, já amplamente

---

<sup>245</sup> BRASIL, 2006.

<sup>246</sup> BRASIL, 2006.

negada e superada.

### 3.1.2.8 Adin 3510/DF

Importante precedente para o tema é a Adin 3510,<sup>247</sup> em que se debateu a Lei de Biossegurança, através da arguição de inconstitucionalidade em bloco do artigo 5º da Lei 11.105/05, no que tange às pesquisas com células-tronco embrionárias.

Durante o julgamento da constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, tantas foram as propostas de aditamento ao texto, que, ao final do julgamento, os motivos pelos quais se decidiu pelo afastamento da interpretação conforme a Constituição restaram explicitados no próprio enunciado da ementa do acórdão, assim consignada:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. [...]

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.<sup>248</sup>

O resultado do julgamento final deu-se por apertada maioria de seis votos a cinco, no sentido de julgar improcedente a ação, sem qualquer tipo de restrição às

<sup>247</sup> BRASIL, 3510, 2010.

<sup>248</sup> BRASIL, 3510, 2010.

pesquisas de células-tronco embrionárias. Nos cinco votos que restaram vencidos, várias foram as propostas de interpretação conforme a Constituição formuladas, muitas, inclusive, com sentido aditivo, engendrando debates fecundos sobre o tema da interpretação conforme e seus limites.

O Ministro Menezes Direito chegou a propor, ao declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 5º, sem redução de texto, que:

Para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter previamente seus projetos também à aprovação do Ministério da Saúde, presente o crime do art. 24 da Lei n. 11.105/05 na autorização para a utilização de embriões em desacordo com o que estabelece a lei, nos termos da interpretação acolhida neste voto.<sup>249</sup>

Com essa interpretação, questionou o Ministro Marco Aurélio o alcance do voto proferido pelo Ministro Menezes Direito, que resultaria, se acolhido, na criação de um tipo penal pelo próprio Tribunal. Conforme referiu o Ministro Marco Aurélio, o artigo 5º apenas contemplava um tipo penal, quando houvesse a comercialização dos embriões. Pela interpretação do Ministro Menezes, passava-se a ter, nas palavras Ministro Marco Aurélio: “tipo penal pelo não-respeito à decisão do Tribunal quanto à interpretação conforme. Podíamos chegar a esse ponto?”<sup>250</sup>

Entre os Ministros que propuseram interpretação conforme a Constituição com sentido aditivo ao texto, estabelecendo outros requisitos que não os previstos pelo texto impugnado, estão, para além do Ministro Menezes Direito, já citado, os Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso (que na parte final fez ainda apelo ao legislador) e Gilmar Mendes.

Em boa hora, a Ministra Ellen Gracie, que votou pela improcedência da Adin, pediu a palavra e proferiu as seguintes palavras:

Senhor Presidente, embora já tenha manifestado voto numa assentada anterior, gostaria de roubar alguns minutos do tempo dos colegas para, até em respeito aos votos brilhantes produzidos na assentada de ontem, fazer algumas brevíssimas observações, justificando o fato por que não posso desta vez, infelizmente, acompanhar a divergência, tão bem-enunciada pelo meu colega, Ministro Menezes Direito.

Entendo, Sr. Presidente, que a proposição final do voto de Sua Excelência, praticamente produz uma adulteração da norma contida no art. 5º, pelo acrescentamento de tais condicionantes que eliminam

---

<sup>249</sup> BRASIL, 3510, 2010.

<sup>250</sup> BRASIL, 3510, 2010.

a sua força normativa.

Por isso, lamento não poder acompanhar Sua Excelência na adição destas condicionantes, até porque, segundo entendo, aí, estaríamos excedendo, e muito, ao mandato que é conferido a este Supremo Tribunal Federal.<sup>251</sup>

O Ministro Gilmar Mendes está entre os mais ferrenhos, dentre os defensores da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal utilizar-se da interpretação conforme “ainda que isso implique numa típica sentença de perfil aditivo.” E para justificar essa possibilidade, cita exatamente a Jurisprudência italiana, como se verifica na seguinte passagem:

A experiência das Cortes Constitucionais européias – destacando-se, nesse sentido, a Corte Costituzionale italiana – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer conseqüências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não-conhecimento da ação.<sup>252</sup>

Por esse julgamento, tem-se um panorama atual do modo como tem se desenvolvido a interpretação conforme a Constituição no Supremo Tribunal Federal. Causa perplexidade o placar apertado com que as interpretações com sentido aditivo ao texto foram rechaçadas nesse julgamento, em que cinco ministros da Corte se posicionaram claramente favoráveis a elas.

O mesmo pode ser dito em relação à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, que foi utilizada sem maiores distinções em relação à interpretação conforme a Constituição, igualmente para se conferir efeitos aditivos, como, por exemplo, na proposta de tipificação penal aventada pelo Ministro Menezes Direito.

### 3.1.3 A doutrina acerca da interpretação conforme a Constituição

Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, em sua clássica obra *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, fundamentou a interpretação conforme a Constituição na presunção de constitucionalidade das leis, da qual assentou:

<sup>251</sup> BRASIL, 3510, 2010.

<sup>252</sup> BRASIL, 3510, 2010.

Em conseqüência dessa presunção, tem-se entendido, por outro lado, que os tribunais, antes de fulminar a lei com a declaração de inconstitucionalidade, devem procurar interpretá-la de tal modo que se torne possível harmonizá-la com a Constituição. E somente no caso de se tornar isso de todo impraticável é que se poderá reconhecer a ineficácia do diploma impugnado.<sup>253</sup>

Em seguida, advertiu o autor quanto aos limites da expressão literal do texto e da vontade legislativa:

É mister, no entanto, como judiciosamente adverte Willoughby, que, para se chegar à interpretação favorável à eficácia da lei, não se faça violência às palavras efetivamente usadas no texto – *without doing too great violence to the words actually used*, pois, quando a *mens legis* é clara e, na sua eloqüência, colide com a lei suprema, não é lícito aos tribunais recorrer a uma interpretação forçada ou arbitrária para tornar a lei válida.<sup>254</sup>

Na lição de Canotilho, pode-se encontrar uma definição mais completa, que abrange os requisitos à utilização da interpretação conforme a Constituição:

É fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘contra legem’ impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Quando estiverem em causa duas ou mais interpretações – todas em conformidade com a Constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada como a melhor orientada para a Constituição.<sup>255</sup>

Do conceito acima transcrito destacam-se como síntese: 1) princípio de controle de constitucionalidade; 2) aplicação para dispositivos plurissignificativos; 3)

<sup>253</sup> BITTENCOURT, 1997, p. 93.

<sup>254</sup> BITTENCOURT, 1997, p. 94-95.

<sup>255</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1226-1227.

opção pelo sentido que esteja em conformidade com a Constituição; 4) fundamentação no princípio da prevalência da Constituição e da conservação de normas; 5) observância dos limites da letra da lei e do sentido da norma para o emprego da interpretação conforme a Constituição.

Canotilho aduz, ainda, não ser a interpretação conforme a Constituição um simples princípio de conservação de normas, situando-a para além disso enquanto:

Instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei. Desta forma, o princípio da interpretação conforme a Constituição é mais um princípio de prevalência normativo-vertical ou de integração hierárquico-normativa de que um simples princípio de conservação de normas.<sup>256</sup>

No Direito alemão, o jurista Klaus Stern refere que o fundamento da interpretação conforme a Constituição é o princípio da unidade do ordenamento jurídico (conforme teorizado originariamente por Konrad Hesse): esse princípio “exige que las leyes también sean interpretadas en congruencia con la constitución y que el derecho previo tenga que ser adaptado a ella”.<sup>257</sup> Klaus Stern cita, ainda, da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, a seguinte passagem:

*Una ley no debe ser declarada nula, si puede ser interpretada de manera congruente con la constitución; pues no sólo juega a favor de ello la presunción de que una ley es compatible con la constitución, sino que el principio que se expresa en esta presunción exige también en caso de duda una interpretación de la ley conforme a la constitución.*<sup>258</sup>

Quanto aos limites, aponta os mesmos já mencionados na Representação n. 1417/DF do STF, correspondentes ao teor literal do texto e à vontade legislativa:

*Encuentra su límite allí donde entrara en contradicción con el tenor literal o con la voluntad claramente reconocible del legislador, o cuando no se cumpliera el objetivo legislativo en un punto esencial o se lo falseara, o cuando se le diera a la ley un sentido completamente opuesto. En pocas palabras: cuando en lugar de lo querido por el legislador, entrara una regulación nueva o distinta.*<sup>259</sup>

Na doutrina pátria, Gilmar Mendes apontou a supremacia da Constituição e a presunção de constitucionalidade da lei como fundamentos em que se assenta a interpretação conforme a Constituição:

<sup>256</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1310.

<sup>257</sup> STERN, 1987, p. 298.

<sup>258</sup> STERN, 1987, p. 297-298.

<sup>259</sup> STERN, 1987, p. 298.



Também entre nós utilizam-se doutrina e jurisprudência de uma fundamentação diferenciada para justificar o uso da interpretação conforme a Constituição. Ressalta-se, por um lado, que a supremacia da Constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com seu texto. Em favor da admissibilidade da interpretação conforme a Constituição milita também a presunção da constitucionalidade da lei, fundada na idéia de que o legislador não poderia ter pretendido votar lei inconstitucional.<sup>260</sup>

Quanto aos limites, o autor reiterou a “expressão literal da lei” e a “vontade do legislador”, como se depreende da seguinte passagem:

A interpretação conforme a Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurada violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.<sup>261</sup>

Para Barroso, o processo de interpretação conforme a Constituição decompõe-se nos seguintes elementos:

- 1) Trata-se de escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita.
- 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto.
- 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição.
- 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.<sup>262</sup>

Do processo acima citado por Barroso, verifica-se que o mesmo reputa necessário que o sentido a ser encontrado no texto, através da interpretação conforme a Constituição, não seja o que primeiro se sobressaia; ressaltando, ainda que, dentre os possíveis sentidos, ao menos um deve se afigurar de duvidosa constitucionalidade.

Com efeito, se todos os sentidos possíveis do texto fossem constitucionais, não haveria razão para se aventar a possibilidade de utilização da interpretação conforme a Constituição, que, afinal, importa em uma limitação/restricção à atividade

---

<sup>260</sup> MENDES, 1996, p. 270.

<sup>261</sup> MENDES, 1996, p. 270-271.

<sup>262</sup> BARROSO, 2009, p. 194.

legislativa. Nesse sentido, complementa o autor: “Note-se que o texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo Tribunal.”<sup>263</sup>

Para Bonavides, a interpretação das leis conforme a Constituição, enquanto método especial de interpretação:

Decorre, em primeiro lugar da natureza rígida das Constituições, da hierarquia das normas constitucionais – de onde promana o reconhecimento da superioridade da norma constitucional – e enfim do caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta. Em rigor, não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.<sup>264</sup>

E leciona:

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída, ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição”, será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição.<sup>265</sup>

Vislumbra, ainda Bonavides, um aspecto positivo e outro negativo de que se reveste a interpretação conforme a Constituição. Como efeito negativo, adverte impor-se cautela, como limite à utilização desse método, de modo que não venha a “engendrar artifícios ou subterfúgios que possam fazer prevalecer incólumes no ordenamento constitucional normas inconstitucionais, afrouxando assim as cautelas e a vigilância do legislador contra a emissão de semelhantes normas”.<sup>266</sup> De outro lado, em seu aspecto positivo, aduz Bonavides que a interpretação conforme a Constituição pode servir como instrumento de reforço da harmonia entre os Poderes, preservando o princípio da separação de Poderes, na medida em que:

faz com que juízes e tribunais percebam que sua missão não é desautorizar o legislativo ou nele imiscuir-se por via de sentenças e acórdãos, mas tão-somente controlá-lo, controle aparentemente mais fácil de exercitar-se quando, relutante diante da tarefa de declarar a nulidade de leis ou atos normativos, os órgãos judiciais se inclinam de preferência para a obra de aproveitamento máximo dos

<sup>263</sup> BARROSO, 2009, p. 195.

<sup>264</sup> BONAVIDES, 2000, p. 474.

<sup>265</sup> BONAVIDES, 2000, p. 474.

<sup>266</sup> BONAVIDES, 2000, p. 475.

conteúdos normativos, ao reconhecer-lhes sempre que possível a respectiva validade.<sup>267</sup>

No magistério de Inocêncio Mártires Coelho, o princípio da interpretação conforme a Constituição consiste em um instrumento:

[...] situado no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas uma simples regra de interpretação, conforme se enfatizou em decisão exemplar do STF, o princípio da interpretação conforme a Constituição consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política ou, se quisermos, de política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional.<sup>268</sup>

E adverte:

Essa prudência, por outro lado, não pode ser excessiva a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei à custa da Constituição, tampouco contrariar o sentido inequívoco da lei, para constitucionalizá-la de qualquer maneira. No primeiro caso, porque isso implicaria interpretar a Constituição conforme a lei e, assim, subverter a hierarquia das normas; no segundo, porque toda a conformação exagerada implica, no fundo, usurpar tarefas legislativas e transformar o intérprete em legislador, na exata medida em que a lei resultante dessa interpretação conformadora, em sua letra como no seu espírito, seria substancialmente distinta daquela resultante do trabalho legislativo.

Afinal, em sede de controle de constitucionalidade, como todos sabem, os tribunais devem comportar-se como legisladores negativos, anulando as leis contrárias à Constituição, quando for o caso, e jamais como produtores de normas, ainda que por via interpretativa.<sup>269</sup>

Para Cláudio Colnago, 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.<sup>270</sup>

Jorge Miranda situa a interpretação conforme a Constituição enquanto decorrência de um princípio de economia interna do ordenamento jurídico, do qual, para o autor, decorrem três aplicações, a saber:

a) Entre duas interpretações da norma ou do acto de grau inferior, deve o juiz optar por aquela que seja constitucional; b) Quando o

<sup>267</sup> BONAVIDES, 2000, p. 476.

<sup>268</sup> COELHO, 2007, p. 107-108.

<sup>269</sup> COELHO, 2007, p. 108-109.

<sup>270</sup> COLNAGO, 2007, p. 133.

sentido de uma norma ou de um acto é mais largo ou mais estreito que o sentido constitucional, deve procurar-se reduzi-lo ou alargá-lo até coincidir com o sentido da norma constitucional; c) Quando uma lei se estenda por várias normas, umas constitucionais e outras inconstitucionais, e quando um acto contenha elementos feridos de inconstitucionalidade, devem aproveitar-se da lei as normas constitucionais e deve proceder-se à reforma, à conversão ou redução do acto, conforme os casos. Repare-se, como parece óbvio, em que estas aplicações somente são possíveis, sendo razoáveis.<sup>271</sup>

Pela definição do mestre lusitano, pode-se perceber que o mesmo parece dilatar as balizas tão fortemente sustentadas pela doutrina da expressão literal do texto, da vontade legislativa e, principalmente, da competência negativa a que está adstrito o intérprete ao utilizar-se da interpretação conforme a Constituição, no juízo de constitucionalidade.

Com efeito, ao admitir-se a possibilidade de que o sentido da norma ou do ato legal seja alargado ou reformado até coincidir com o sentido da norma constitucional, ainda que se faça menção à necessidade da observância de um juízo de “razoabilidade”, estar-se-ia admitindo a possibilidade da Corte proferir sentenças manipulativas, nos moldes do Tribunal Constitucional italiano que, como vimos, não pode ser transposto para o nosso ordenamento jurídico pátrio.

Canotilho, igualmente, não é partidário em reconhecer essa competência ao Tribunal Constitucional português, na medida em que adverte que o respeito à “economia da lei” não pode “traduzir-se na “reconstrução” de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto”.<sup>272</sup>

Por fim, cita-se a doutrina de Eduardo Appio que, em monografia específica sobre o tema da interpretação conforme a Constituição, estabelece, para o seu emprego, o atendimento a dois requisitos prévios, que denominou necessidade e utilidade funcional. O primeiro requisito, segundo afirma o autor:

O requisito da necessidade se assenta no pressuposto de que a lei, reputada como inconstitucional, apresenta sinais evidentes de sua nulidade, caso interpretada em seu sentido literal, permitindo ao aplicador do Direito declarar a sua nulidade, amparado no princípio da supremacia formal da Constituição. Dito em outras palavras, o texto de lei submetido a exame, caso interpretado sem qualquer conexão com os princípios constitucionais, conduz, inevitavelmente, à declaração de nulidade da lei “*ab initio*”.<sup>273</sup>

---

<sup>271</sup> MIRANDA, 2007, p. 250.

<sup>272</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1311.

<sup>273</sup> APPIO, 2011, p. 39.

Já por requisito de utilidade na aplicação da interpretação conforme a Constituição, aduz o autor que o mesmo “se funda na finalidade prática da propositura da ação, inferida a partir de uma análise do interesse de agir do autor da ação ou recurso”. Nesse sentido, afirma que:

[...] No controle concentrado, perante o Supremo Tribunal Federal, ou mesmo junto aos Tribunais estaduais, a utilidade pública visada pelo autor da ação consiste na preservação dos princípios constitucionais

Caso a interpretação conforme redunde na eliminação do núcleo essencial de um determinado princípio, previsto na Constituição Federal, não restará ao julgador alternativa senão a declaração de inconstitucionalidade, de modo a permitir a edição de uma lei futura que corrija a nulidade ou mesmo a resolução posterior dos casos que pretendia a lei regular, através da aplicação de outras leis ou mesmo de princípios jurídicos.<sup>274</sup>

Não concordamos com esse entendimento de Eduardo Appio, que nos parece conter equívocos conceituais para ambos os requisitos. Ao nosso ver, ainda que entendamos possível a observância de um requisito de necessidade ao emprego da interpretação conforme a Constituição, tal requisito não significa que, para o emprego da interpretação conforme a Constituição, o texto impugnado deva apresentar “sinais evidentes de sua nulidade”. Ao contrário: se assim for, mais provável há de ser a declaração de inconstitucionalidade do mesmo, e isso em razão dos limites impostos pela própria “expressão literal do texto”.

Outrossim, conforme se depreende da posição majoritária da doutrina, não é dado ao intérprete utilizar-se da interpretação conforme a Constituição para promover uma mudança na intenção do legislador, a qual, ao nosso ver, se revela pelo sentido literal do texto, como se explicará melhor adiante.

Outro equívoco está em considerar que o objetivo da interpretação conforme a Constituição seja o mesmo de uma interpretação sistemática, como parece decorrer da sua definição de requisito de “utilidade pública”. Tratando-se de técnica de controle de constitucionalidade, e não de modalidade de interpretação, a interpretação conforme a Constituição tem lugar sempre que houver um “espaço de decisão” decorrente do programa normativo do texto. Assim, quando o texto permitir antever uma plurivocidade de sentidos através do seu programa normativo e, desde que o significado que se afigure inconstitucional não seja o que decorra do sentido literal do texto como sendo o da vontade legislativa, poderá, nesse caso, haver uso

---

<sup>274</sup> APPIO, 2011, p. 42-43.

da interpretação conforme a Constituição; do contrário, não.

### 3.1.4 A doutrina acerca da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto surgiu, inicialmente, como hipótese de inconstitucionalidade parcial, como se infere da seguinte passagem de Lúcio Bittencourt:

Ainda no que tange à constitucionalidade parcial, vale considerar a situação paralela em que uma lei pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros. É a hipótese, *verbi gratia*, de certos diplomas regidos em linguagem ampla e que se consideram inaplicáveis a fatos pretéritos, embora perfeitamente válidos em relação às situações futuras. Da mesma forma, a lei que estabelece, entre nós, sem qualquer distinção, a obrigatoriedade do pagamento de imposto de renda, incluindo na incidência deste os proventos de qualquer natureza, seria inconstitucional no que tange à remuneração dos jornalistas e professores.<sup>275</sup>

Cláudio Colnago, por sua vez, a situa nos moldes da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão, i.e., a partir da distinção entre inconstitucionalidade parcial quantitativa e qualitativa,

a “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” consistiu em evolução da distinção entre inconstitucionalidade total e parcial e, entre estas últimas, aquelas que afetam uma parte do texto da lei (palavras, incisos ou parágrafos – e por 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 (denominada 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 aqueles expressamente excluídos pela Corte.<sup>276</sup>

Mendes referindo-se à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto aduz: “também aqui o Tribunal se limita a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à

---

<sup>275</sup> BITTENCOURT, 1997, p. 94-95.

<sup>276</sup> COLNAGO, 2007, p. 132.

alteração do seu programa normativo”.<sup>277</sup> Na verdade, como se viu ao tratar da teoria estruturante do Direito, na primeira parte do trabalho, o “programa da norma” corresponde ao resultado da interpretação do texto da norma e, nesse sentido, o emprego da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto irá ocasionar a sua redução, em face da extirpação da norma considerada inconstitucional. O que se mantém intacto é, na verdade, o texto da norma.

Luis Henrique dos Anjos aponta as seguintes similitudes e distinções em relação à inconstitucionalidade parcial sem redução de texto *versus* interpretação conforme a Constituição:

O que leva a existir a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto são os mesmos motivos que levam a existir a interpretação conforme a Constituição. É aproveitar os atos normativos, bem como a presunção de constitucionalidade. Tem a mesma natureza da estudada interpretação conforme a Constituição. Dá-se no mesmo tipo de controle, só que é uma técnica diferente, ainda que tendo a mesma natureza, ou seja, são procedimentos de controle de constitucionalidade devido, ou à presunção de que as normas são constitucionais, ou ao melhor aproveitamento dos atos normativos. Os motivos que levam a existir a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto são os mesmos da interpretação conforme a Constituição. O que diferencia o conceito de uma técnica para outra, é que a declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto vai implicar a inconstitucionalidade de determinado complexo normativo e a interpretação conforme a Constituição vai implicar a constitucionalidade.<sup>278</sup>

Contudo, o entendimento exposto por Luis Henrique dos Anjos não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, como se viu, julga parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade tanto nos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, como de interpretação conforme a Constituição.

Para Marinoni, essa diferença revela-se em face do grau de “inconstitucionalidade” do texto objeto de constitucionalidade”. Segundo refere o autor:

Muito embora ambas as técnicas se constituam em instrumentos de controle da constitucionalidade de leis e atos normativos, cumpre salientar, desde já, que, enquanto a interpretação conforme à Constituição se aplica às leis e atos normativos manifestamente inconstitucionais, contrariamente, a declaração parcial de nulidade

<sup>277</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1301.

<sup>278</sup> ANJOS, 2005, p. 139.

(qualitativa) sem redução de texto se aplica em relação a textos legais em princípio compatíveis com as disposições constitucionais. Dito em outras palavras, no caso da interpretação conforme, seria lícito ao julgador declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, na medida em que uma leitura apressada conduziria a este resultado. Na declaração parcial de nulidade ocorreria o inverso, ou seja, caso proposta ação declaratória de inconstitucionalidade esta seria julgada totalmente improcedente.<sup>279</sup>

Mais uma vez discorda-se da posição sustentada por Appio, que distingue entre “manifestamente inconstitucionais” e “manifestamente constitucionais”, não nos parecendo essa uma diferenciação apropriada. Se a intenção do autor era a de atribuir uma graduação à obscuridade do texto objeto de controle, temos que essa distinção não se impõe em razão de uma “evidência”, ou não, da inconstitucionalidade, até mesmo porque, para nós, sendo o texto manifestamente inconstitucional, impedido resta o seu “salvamento” pelo emprego das técnicas de decisão.

Buscando atribuir igualmente uma distinção fundada na ideia de graduação entre interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, trazemos a lição de Luiz Guilherme Marinoni, que diferencia esses dois institutos pelo grau de liberdade interpretativa conferido aos demais órgãos estatais (Judiciário e Executivo), de acordo com a adoção de uma ou outra técnica.

Na declaração parcial de nulidade, os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública ficam proibidos de se valer as 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.<sup>280</sup>

Essa distinção conferida por Marinoni leva em consideração o resultado que o controle de constitucionalidade irá ocasionar sobre o “programa da norma”. Simpatiza-se com a distinção do autor, embora para nós não seja exatamente esse o melhor critério para distinguir essas duas modalidades de decisão. No entanto, guarda-se a resposta a essa importante questão para o próximo e último capítulo.

---

<sup>279</sup> MARINONI, 2006.

<sup>280</sup> MARINONI, 2006, p. 44.



### **3.2 Considerações críticas a respeito da jurisprudência e da doutrina tratadas**

Ao se analisar os fundamentos de pré-compreensão tema, situados na primeira parte deste trabalho, situou-se as técnicas de decisão aqui estudadas a partir de três contextos subjacentes. Resumidamente, dissemos que a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto assumem destaque com a hermenêutica pós-positivista, a partir da definição e estruturação da norma jurídica, da qual se destacou a distinção entre o dispositivo legal e a norma jurídica. No campo do controle abstrato de constitucionalidade, analisado sob a perspectiva do legislador negativo de origem kelseniana, transportou-se essa nova formulação de “norma”, entendida enquanto produto da interpretação, para concluir-se que o controle de constitucionalidade passa a ser exercido também sobre as hipóteses de inconstitucionalidade parcial qualitativa, salientando-se que esse fato não afeta a natureza invalidatória, ínsita ao controle de constitucionalidade abstrato. Por fim, analisou-se a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais alemão e italiano, em que as técnicas de decisão “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” tiveram amplo desenvolvimento, para concluir que o modelo alemão pode ser perfeitamente recepcionado em nosso ordenamento legal, a exemplo do que ocorreu de fato, não se podendo dizer o mesmo relativamente ao modelo italiano.

Pois bem, a partir dos contextos estudados na primeira parte desse trabalho, busca-se proceder a uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da doutrina especializada, a partir das quais se elaboram algumas considerações pessoais sobre o tema. Ainda, busca-se aferir a constitucionalidade das técnicas de decisão “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, a partir de dois parâmetros de constitucionalidade. A escolha desses parâmetros de constitucionalidade se justifica na medida em que expressam os limites ao emprego dessas técnicas, a saber: a) os limites decorrentes das possibilidades hermenêuticas do texto; e b) os limites decorrentes do princípio da separação de Poderes.

### 3.2.1 Os limites decorrentes das possibilidades hermenêuticas do texto e as suas implicações

Viu-se que a doutrina, assim como a jurisprudência, fundamenta a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto em diversos princípios constitucionais, que oscilam entre: a supremacia da Constituição, a unidade do ordenamento jurídico, a economia do ordenamento jurídico, o máximo aproveitamento dos atos jurídicos, ou a presunção de constitucionalidade das leis.

No entanto, entende-se que a preocupação em assentar a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto em princípios constitucionais revela-se secundária. Isto porque se considera estarem essas técnicas calcadas, primordialmente, em uma premissa de ordem hermenêutica, revelada no aspecto estrutural do próprio texto legal.

Canotilho bem explicita essa premissa ao referir ser legítima a interpretação conforme a Constituição sempre que existente um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação), aberto a várias possibilidades interpretativas, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas; outras em desconformidade.<sup>281</sup>

Será, portanto, da determinação do “espaço de decisão”, oriundo do texto objeto do controle de constitucionalidade, que exsurge, enquanto pressuposto aplicativo à interpretação conforme a Constituição, a possibilidade de se aferir se, dentre os possíveis significados do texto, há um que esteja (mais) conforme à Carta Política. Logo, sendo o sentido do texto unívoco, impossibilitado resta o próprio emprego da interpretação conforme a Constituição. Assim, os princípios constitucionais da supremacia da Constituição, da unidade do ordenamento jurídico, da economia do ordenamento jurídico, do máximo aproveitamento dos atos jurídicos, ou da presunção de constitucionalidade das leis somente legitimam e/ou reforçam o emprego da interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de decisão no controle de constitucionalidade das leis, mas não as fundamentam, uma vez que, se o sentido do texto for unívoco, resta inviabilizada a sua aplicação.

Portanto, pode-se dizer que a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto têm seus

---

<sup>281</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1227.

desenvolvimentos, enquanto técnicas do controle de constitucionalidade, atrelados ao surgimento do método hermenêutico pós-positivista, cujo sedimentador foi o precursor Friedrich Müller que, com a sua metódica normativo-estruturante do Direito, superou os demais métodos hermenêuticos tradicionais e da nova hermenêutica ao estabelecer um novo paradigma de norma jurídica. Com isso, possibilitou-se a consagração das técnicas decisórias no âmbito do controle de constitucionalidade, considerando-se que, na origem, a interpretação conforme a Constituição era considerada mera regra de interpretação, como restou evidenciado pelo precedente da Representação n. 1417/DF.

Ainda como decorrência lógica dessa consideração, pode-se afirmar que os limites ao emprego da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto encontram-se intimamente relacionados com os próprios pressupostos que a fundamentam, desde uma perspectiva dogmático-jurídica. Nesse sentido, cita-se o magistério de Rui Medeiros: “a problemática dos limites da interpretação conforme a Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral”.<sup>282</sup>

Em que pese tenha-se rechaçada a possibilidade de adoção do modelo italiano, viu-se que a interpretação conforme a Constituição consiste em um dos pilares das sentenças interpretativas de rejeição, na medida em que a sua adoção afasta os possíveis entendimentos que se afiguravam inconstitucionais.

De La Vega, ao explicitar esse tipo de decisão, observou a natureza fundamentalmente hermenêutica da interpretação conforme a Constituição, para a qual o enfoque do problema deve se deslocar, progressivamente, das eventuais consequências de uma declaração de inconstitucionalidade para a questão dos poderes interpretativos inerentes à função da Corte. Disse o autor:

*El segundo pilar de la sentencia interpretativa derivará de la posibilidad de que la disposición legislativa sea susceptible de interpretaciones diversas, de las cuales alguna atribuya a la norma un significado en contraste con la Constitución. 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. El principio, que obtiene su refrendo en múltiples sentencias del Alto Tribunal, ha recibido numerosas justificaciones teóricas.*

---

<sup>282</sup> MEDEIROS, 1999, p. 301.

*Significativamente, en sus inicios Azzariti, como Presidente de la Corte, lo justificará con una simple razón práctica: la total inconveniencia de declarar inconstitucional la norma legal tan sólo porque ésta sea susceptible de recibir una interpretación contraria a la Constitución.*

*Sin entrar en este momento en profundidad en la problemática de esta justificación del fenómeno, sí parece digno de reseñarse, cómo el inicial principio de conservación de la norma legal, de vieja raigambre administrativa, y que ya apuntaba desde estas primeras reflexiones doctrinales, va a ir diluyéndose en un principio de naturaleza fundamentalmente hermenéutica, el principio de constitucionalidad. Con ello, el enfoque del problema se trasladará progresivamente de las eventuales consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad, a los poderes interpretativos inherentes a la función de la Corte.<sup>283</sup>*

Portanto, será da própria estrutura que confere embasamento à interpretação conforme a Constituição que se pode delimitar o seu emprego. A doutrina, reiteradamente, adverte enquanto limites ao emprego da interpretação conforme a Constituição, para o “teor literal do texto” e à “vontade legislativa”. Nesse sentido, entende-se que a literalidade do texto é, em realidade, expressão que denota o sentido unívoco do enunciado, para o qual não há margem para mais de uma interpretação. Trata-se, de conseguinte, de uma limitação decorrente das possibilidades hermenêuticas do texto.

Já a vontade clara do legislador, que obsta a interpretação que implique em uma mudança radical na concepção original atribuída pelo legislador ao texto, traduz uma limitação decorrente do princípio da separação de Poderes, atreladando-se aos poderes interpretativos inerentes às funções de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal. Logo, haverá casos em que, mesmo havendo plurivocidade de significados contidos no texto, ficando evidenciado que a vontade legislativa manifesta-se no sentido contrário ao do Texto Constitucional, resta igualmente vedada a possibilidade de emprego da interpretação conforme a Constituição para “salvar-se” a lei, pois, do contrário, transformar-se-ia o Supremo Tribunal Federal em legislador positivo.

Outrossim, digna de nota é a referência feita por Barroso, quando reputa necessário que o sentido a ser encontrado no texto, através da interpretação conforme a Constituição, não seja o que primeiro se sobressaia dele. Com efeito, aduz o autor, ao referir-se à interpretação conforme a Constituição: “o papel da

---

<sup>283</sup> DE LA VEGA, 2003, p. 105-106, grifos nossos.

interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensejar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita”.<sup>284</sup> Em que pese vejamos com reticências a possibilidade aventada pelo autor de se conferir interpretação extensiva por meio da interpretação conforme a Constituição, essa questão será por melhor abordada no item seguinte.

Neste momento, contudo, nos servimos da lição de Barroso para deduzir, como requisito “prejudicial” ao emprego da interpretação conforme a Constituição, a necessidade de identificação dentre das normas contidas no texto de ao menos uma que se afigura inconstitucional. Nesse sentido, para a interpretação conforme a Constituição, assim como para a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, há implícito um princípio de subsidiariedade ao seu emprego, justificável em face do fato de que, da sua utilização, irá resultar uma redução no programa normativo do texto, o que somente seria razoável diante de uma real “necessidade”.

Por isso, o entendimento de Eduardo Appio havia sido citado, para o qual nos posicionamos refratários, cabendo aqui mais algumas considerações a respeito da nossa discordância. De fato, estamos de acordo em atribuir à interpretação conforme a Constituição um requisito de necessidade, enquanto condição prévia ao seu emprego. A nossa divergência em relação à posição do autor diz com o conceito atribuído ao requisito prévio “necessidade”. Diferentemente do autor, entendemos obstada a possibilidade do emprego da interpretação conforme a Constituição quando o sentido literal do texto permite ao aplicador do Direito declarar a sua nulidade.

Portanto, com base nas considerações tecidas acima, entende-se que, para o emprego da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, devem estar presentes os seguintes requisitos:

- necessidade do seu emprego para evitar-se a declaração de inconstitucionalidade total ou parcial quantitativa, desde que atendidos os seguintes pressupostos, e, cumulativamente;

- existência de um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação), aberto a

---

<sup>284</sup> BARROSO, 2009, p. 195.

várias possibilidades interpretativas;

– não caracterização evidente de que o sentido considerado inconstitucional traduz a vontade legislativa expressa no texto.

Resta ainda definir um último aspecto em relação aos pressupostos aplicativos das técnicas de decisão. Já definimos como pressuposto aplicativo comum à interpretação conforme a Constituição e à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto a polissemia de sentidos do texto legal.

Nesse sentido, já qualificado que o seu emprego ocorre em face de uma inconstitucionalidade parcial qualitativa, falta agora apontar um critério distintivo entre essas duas técnicas de decisão, na medida em que o artigo 28, parágrafo único da Lei 9.868/99, as diferencia expressamente. Por ocasião da análise da doutrina em relação à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto analisaram-se algumas distinções apontadas pelos autores ali citados. No entanto, não se adotou nenhuma delas.

A distinção com a qual mais simpatizamos foi a de Marinoni, que se utilizou como critério do resultado que o controle de constitucionalidade irá ocasionar sobre o “programa da norma”. Assim, deduziu o autor que, na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto remanesce, aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração, parte do “programa normativo” do texto; ao passo que, na interpretação conforme, o Judiciário e a Administração ficam vinculados à interpretação declarada pelo Supremo Tribunal Federal como a única constitucional. Em face dessas considerações, entende-se que a escolha entre uma técnica de decisão ou a outra deverá utilizar-se, como critério de determinação, justamente do “espaço de decisão” contido no programa normativo do texto.

Explica-se, sendo esse “espaço de decisão” amplo, ao ponto de, ao se eliminar os sentidos contrários ao texto constitucional ainda remanescer, no programa normativo do texto, mais de uma interpretação possível, a escolha deverá se dar, preferencialmente, pelo emprego da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Haveria, nesse sentido, um critério de preferência pelo emprego da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – e não um critério de graduação.

Já na situação em que, do programa normativo do texto, além do sentido

compatível ao texto legal, não remanescer nenhum outro constitucional, deve-se empregar a interpretação conforme a Constituição, declarando-se a norma compatível com o texto Constitucional. Nesse caso, após a declaração dada em interpretação conforme a Constituição, pode-se dizer que a mesma assume um caráter textual unívoco, similar ao de uma interpretação literal. Outrossim, essa preferência pela declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto sobre a interpretação conforme a Constituição justifica-se, conforme se verá a seguir, também no que diz respeito à preservação da competência de legislador negativo, por traduzir-se em um meio de controle mais seguro que a interpretação conforme a Constituição, que pode facilmente se prestar a interpretações de caráter aditivo e/ou manipulativo.

A análise da jurisprudência por nós empreendida denota a deficiência conceitual em relação à interpretação conforme a Constituição e à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, e, para além dessa deficiência conceitual, demonstra igualmente uma certa “banalização” dos limites que conformam esses institutos. Pois bem, no que se refere às premissas normativas, constatou-se que muitas decisões do Supremo Tribunal Federal não atentam para o seu correto emprego e ainda são palco de controvertidas discussões.

Entre os principais motivos que dão azo a essas controvérsias e/ou desrespeito, pode-se mencionar: (i.) a não observância do sentido unívoco do texto; a não observância até mesmo do próprio texto, i.e., a compreensão de que não pode ser objeto de controle aquilo que não está no texto; (ii.) a impossibilidade de que considerações de ordem fática autorizem o emprego da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, transformando-se o controle abstrato de constitucionalidade em controle concreto; e, por fim, menciona-se (iii.) a não distinção no emprego de uma técnica ou da outra.

Portanto, em face dessas considerações, pode-se concluir, relativamente a esse tópico, que o desrespeito aos limites normativos do texto, identificado pela não observância da univocidade do texto, caso em que há correspondência unívoca entre o texto e a norma jurídica, pode ocasionar um pronunciamento aditivo pela Corte, ao utilizar-se das técnicas decisórias para “salvar” o texto legal, caso em que o seu emprego estará em desconformidade com os limites da competência de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal.

### 3.2.2 Os limites decorrentes do princípio da separação de Poderes e as suas implicações

O parâmetro de aferição por nós intitulado “limites decorrentes do princípio da separação de Poderes” diz respeito à obediência da competência constitucional de legislador negativo pelo Supremo Tribunal Federal. Aqui, consoante se asseverou na primeira parte deste trabalho ao analisar-se a competência do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade, mesmo com o emprego das técnicas de decisão da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, deve manter-se a Corte no exercício da sua função constitucional de legislador negativo.

As técnicas de decisão apenas tem o condão de deslocar-se do texto legal, do qual decorreria uma declaração de inconstitucionalidade total ou parcial quantitativa, para o “espaço de decisão” da norma jurídica, alternando o programa da norma, e ocasionando uma declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa.

Nesse sentido, afirmou-se igualmente, na esteira da jurisprudência do STF, que, tanto do emprego da interpretação conforme a Constituição, como da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, advém uma pronúncia de inconstitucionalidade, levando à parcial procedência de uma ação direta de inconstitucionalidade, ou ainda de uma ação declaratória de constitucionalidade, em vista do seu caráter dúplice.

Nesse sentido, cita-se a lição de Cláudio Colnago:

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 significado possível advindo delas (normas). Esta forma de ver o fenômeno jurídico é que justifica a adoção das decisões interpretativas, uma vez que estas não atuam sobre o texto (enunciado), mas sobre o significado dele decorrente (norma).<sup>285</sup>

E o autor complementa:

Na aplicação das técnicas “clássicas” de controle, consistente na pronúncia de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, decisão judicial incide, diretamente, sobre o texto que fundamenta a

---

<sup>285</sup> COLNAGO, 2007, p. 66.



formulação da norma tida por inconstitucional, seja para mantê-lo, seja para suprimi-lo do sistema jurídico. Já nas técnicas interpretativas de decisão, que serão melhor detalhadas adiante, 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 sentido que sejam compatíveis com a Constituição, ou excluindo um ou mais significados com ela compatíveis.<sup>286</sup>

Portanto, a natureza invalidatório-negativa do controle de constitucionalidade abstrato não é afetada pela natureza das técnicas de decisão “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, a menos que se admita a possibilidade do seu emprego em sentido aditivo e/ou manipulativo.

Como muito bem observou Bonavides,

os limites entre a interpretação e a criação do direito são fugazes, inseguros, moveidicos, passando-se às vezes quase imperceptivelmente da interpretação declaratória para a interpretação constitutiva, e por via desta – o que é mais grave- para a interpretação *contra legem*. Corre o juiz ou o intérprete o risco de não interpretar a lei, mas de reformá-la. De sorte que, em assim acontecendo, suprime-se uma das maiores vantagens do método de interpretação conforme a Constituição, qual seja, a de afiançar a sobrevivência da lei, não lhe declarando a nulidade.<sup>287</sup>

Ao analisar-se a possibilidade de recepção da jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano acerca das sentenças manipulativas pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, demonstrou-se a falta de correspondência em nossa ordem jurídico-legal dos fatores sociopolíticos e jurídicos que justificaram o emprego dessas decisões no sistema italiano de constitucionalidade.

Portanto, ao admitir-se a possibilidade de extensão do emprego das técnicas de decisão para abranger a adoção de decisões aditivas e/ou manipulativas, em nosso ordenamento jurídico-legal estar-se-ia maculando o princípio constitucional da separação de Poderes (artigo 2º da Constituição Federal). Com efeito, não se pode perder de vista a natureza jurídica das técnicas decisórias “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, que constituem técnicas de controle de constitucionalidade.

Tampouco se olvida que, por sua vez, o controle de constitucionalidade

---

<sup>286</sup> COLNAGO, 2007, p. 67.

<sup>287</sup> BONAVIDES, 2000, p. 479.

consiste em um instrumento de limitação do Poder relativamente a eventuais abusos do Poder Legislador ordinário ou do Poder Constituinte Derivado. Desse modo, admitir-se o emprego dessas técnicas para além de uma função invalidatório-negativa seria negar a própria natureza do controle de constitucionalidade, transformando-o em instrumento de intervenção indevida no Poder Legislativo.

Por fim, deve-se salientar que, dessa competência invalidatória, decorre a imposição, para o emprego da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, da necessária observância da regra constitucional da reserva de plenário, insculpida no artigo 97 da Constituição Federal.

Ao referirmos a Adin n. 3510/DF do STF, advertiu-se acerca da perigosa tendência que vem ganhando espaço no Supremo Tribunal Federal da outorga de uma competência legislativa positiva pela Corte no emprego das técnicas decisórias da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Caso essa tendência venha a se confirmar, encaminha-se para a inconstitucionalidade do emprego dessas técnicas.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objetivo geral realizar uma investigação acerca dos fundamentos das técnicas decisórias da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, com o fim de empreender uma análise crítica acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sua práxis jurídica e sobre os seus conceitos dogmático-doutrinários. Buscamos, ainda, a partir dessa análise, aferir-se a constitucionalidade dessas técnicas decisórias, positivadas no artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, é dizer: a extensão e os possíveis limites para o uso de ambas as técnicas pelo Supremo Tribunal Federal.

Destarte, primeiramente, investigamos os fundamentos de pré-compreensão do tema, i.e., os alicerces sobre os quais se entendem assentados os principais elementos conformadores dessas técnicas de decisão, e que se compactuou em três contextos principais: contexto hermenêutico, contexto jurídico e contexto histórico-político. Ressaltaram-se, para cada um dos contextos analisados, as seguintes considerações:

i) No contexto hermenêutico, sublinhamos a importância da Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, que, a partir da sua distinção entre o dispositivo legal e a norma jurídica permitiu o desenvolvimento das técnicas de decisão da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, enquanto instrumentos de controle de constitucionalidade (e não só, como inicialmente se cogitava, enquanto instrumentos de caráter hermenêutico). Nesse sentido, não se desconhece a precedência temporal da recepção do princípio da interpretação conforme a Constituição na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (que data de 1953) em relação à metódica proposta por Müller (que data a partir de meados da década de 1960). Contudo, ressaltou-se que esse emprego anterior referia-se à interpretação conforme a Constituição naquela qualidade de princípio hermenêutico da interpretação constitucional, e não como se dá hoje, pela sua natureza jurídica intrínseca de técnica de decisão em controle de constitucionalidade. Portanto, para a sua caracterização enquanto instrumento do controle de constitucionalidade, a contribuição de Müller foi imprescindível, na medida em que possibilitou o

desenvolvimento de uma teoria dogmático-jurídica que efetivamente transpôs esses institutos do âmbito meramente hermenêutico para o âmbito do controle de constitucionalidade – um método de interpretação torna-se assim, norma jurídica de controle de constitucionalidade;

ii) No contexto jurídico, ressaltou-se a importância da distinção entre inconstitucionalidade parcial quantitativa e qualitativa, realizada com substrato na distinção entre o texto legal e a norma jurídica. Investigou-se, outrossim, os fundamentos da Teoria do Legislador Negativo, de Hans Kelsen, para concluir que as técnicas de decisão “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”, ao atuarem nas hipóteses de inconstitucionalidade parcial qualitativa, não afetam a natureza invalidatória-negativa insita ao controle abstrato de constitucionalidade;

iii) Por fim, no contexto histórico-político, buscou-se aferir, pelo estudo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional italiano, o desenvolvimento das técnicas decisórias em controle de constitucionalidade, que grande desenvolvimento tiveram nesses países, para, em seguida, indagar-se acerca da possibilidade de recepção dessas técnicas em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, em razão das peculiaridades que distinguiram a sistemática italiana de técnicas decisórias no âmbito do controle de constitucionalidade, entendeu-se como somente possível a recepção do modelo alemão.

Na segunda parte do estudo, nos debruçamos sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de identificar a sistemática de aplicação das técnicas decisórias na prática do Tribunal, sobre as quais nos posicionamos criticamente. Analisamos, ainda, a posição de parte da doutrina avalizada sobre o tema, sem nos furtarmos a alguns apontamentos críticos, consoante os fundamentos de pré-compreensão que se apresentou na primeira parte deste estudo. Por fim, elaboramos algumas considerações pessoais sobre o tema, ao mesmo tempo em que procedemos a uma aferição de constitucionalidade da interpretação conforme a Constituição e da Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto a partir de dois parâmetros de constitucionalidades que denominamos: limites decorrentes das possibilidades hermenêuticas e limites decorrentes do princípio da separação de Poderes. Nesse sentido, sintetizamos as principais conclusões:

iv) A interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, enquanto técnicas decisórias do controle de constitucionalidade, decorrem do desenvolvimento da hermenêutica constitucional, com o surgimento do método pós-positivista da Teoria Estruturante do Direito que estabeleceu um novo paradigma da norma jurídica, calcado na estruturação da norma jurídica, para a qual se ressalta a necessária distinção entre texto da norma e norma jurídica;

v) Nesse sentido, as possibilidades normativas do texto configuram, ao mesmo tempo, uma limitação ao emprego das técnicas decisórias da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, porquanto, quando houver sentido unívoco do texto, resta inviabilizado o seu emprego;

vi) Outrossim, ressaltou-se que as possibilidades normativas do texto não constituem o único limite ao emprego das técnicas decisórias, ao qual se acresceu o limite decorrente da separação de Poderes. Ressalvou-se, nesse sentido, a hipótese em que o texto de lei contenha sentido plurívoco, mas a vontade legislativa seja manifesta no sentido contrário à Constituição, restando igualmente obstado o emprego das técnicas decisórias, devendo-se nessa hipótese declarar a nulidade do texto legal;

vi) Ainda no que tange aos pressupostos aplicativos da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, incluiu-se um requisito prejudicial de “necessidade”, pelo qual entende-se, deva o programa normativo do texto conter ao menos uma possibilidade de interpretação contrária à Constituição;

vii) Como critério distintivo entre interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, apontou-se o exame do “espaço de decisão” do texto, para o qual incide um critério preferencial do emprego da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Assim, no caso de haver um “espaço de decisão” que seja amplo (i.e., de razoável discricionariedade), ao ponto de, depois de eliminadas as hipóteses de interpretação que sejam contrárias ao texto constitucional, ainda remanescer junto ao programa normativo do texto mais de uma possível interpretação para o texto legal, então, nesse caso, a escolha de uma dentre essas várias interpretações possíveis deverá

se dar, preferencialmente, pelo emprego da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, por implicar em uma interferência menos grave no Poder Legislativo;

viii) Por limite dogmático-jurídico decorrente do princípio da separação de Poderes, identificou-se a necessidade de obediência à competência constitucional de legislador negativo pelo Supremo Tribunal Federal;

ix) Nesse sentido, constatou-se que a natureza invalidatória-negativa do controle de constitucionalidade abstrato não é afetada pela natureza das técnicas de decisão “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, na medida em que estas duas técnicas de decisão possuem aquela mesma natureza invalidatória, apenas que incidem nas hipóteses de inconstitucionalidade parcial qualitativa, e não quantitativa;

x) De conseguinte, aduziu-se que o emprego inconstitucional dessas técnicas decisórias irá se configurar quando ultrapassada a competência de legislador negativo, pela prolação de decisão em sentido aditivo e/ou manipulativo, nos termos do Tribunal Constitucional italiano (ou, ainda: pela prolação de decisão com caráter de “legislador positivo”), que já ressaltamos não ser passível de recepção em nosso ordenamento jurídico-constitucional.

## REFERÊNCIAS

ANJOS, Luís Henrique Martins dos. A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**. Porto Alegre, v. 4, n. 7, p. 137-151, out. 2005.

APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. 7. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Teoria estrutural do direito de Friedrich Muller. *In*: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRANCO, Ricardo. **O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral**. Coimbra: Coimbra, 2009.

BRASIL. **ADI 581/DF Distrito Federal**: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Marco Aurélio, Julgamento: 12/08/1992, Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 06/11/1992. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1994]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+581%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+581%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 jun. 2011.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos [2010]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 18 maio 2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [2009]. Consta a nota: "Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 05/07/1994". Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 14 maio 2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 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. Brasília: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [2009]. Consta a nota: "Este texto não substitui o publicado no DOU de 11/11/1999". Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 19 jun 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Publicação: DJE n. 105, 11/06/2010. Ementário n. 2405-1. Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2010]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612210>>. Acesso em: 24 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3 Distrito Federal (medida liminar)**. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno. Publicação: DJ 18/5/2001. Ementário n. 2031-2. Brasília, DF: STF, [2001]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 18 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026-4 Distrito Federal**. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, Julgamento: 8/6/2006. Publicação: DJU 29/09/2006. Ementário n. 2249-3. Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2006]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283>>. Acesso em: 14 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.430-8 Espírito Santo**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Publicação: DJE n. 200, 23/10/2009. Ementário n. 2379-2. Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604552>>. Acesso em: 19 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal**. Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Publicação: DJE n. 96, 28/5/2010. Ementário n. 2403-1. Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2010]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 28 jun. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da**



**constituição**. 7. ed., 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. *In*: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Interpretação conforme a Constituição**: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade. São Paulo: Método, 2007.

DE LA VEGA, Augusto Martín. **La sentencia constitucional en Italia**: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GROPPI, Tania. Hacia una justicia constitucional “dúctil”? tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Mexico, DF, v. 36, n. 107, p. 481-504, mayo/agosto 2003. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/427/42710702.pdf>>. Acesso em: 1 jun 2011.

GUASTINI, Ricardo. **Distinguendo**: estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: GEDISA, 1999.

HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. *In*: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Muller: método jurídico sob o paradigma pós-positivista. *In*: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Servulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACIEL, Silvio Luiz. Controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 53, p. 55-96, out./dez. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Brasília, DF: Biblioteca Digital Jurídica, Superior Tribunal de Justiça, 2006. (Documentos jurídicos). Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2174>>. Acesso em: 18 maio 2011.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador: *applentscheidung*: na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 29, n. 114, p, 473-502, abr./jun. 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo, Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei: *unvereinbarkeitserklärung*: na jurisprudência da corte constitucional alemã. In: **ADV – Advocacia dinâmica**: seleções jurídicas, p. 11-25, jul. 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimpressão da 1. ed., de 1968. Coimbra: Coimbra, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Paris: Léviathan Puf, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Traduzido por Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional**: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. São Paulo: LTR, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana**. Traducción: Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.