

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: ENTRE A TRIVIALIDADE E A CENTRALIZAÇÃO JUDICIAL *

Virgílio Afonso da Silva **

"INTERPRETATION ACCORDING TO THE CONSTITUTION"
BETWEEN TRIVIALITY AND JUDICIAL CENTRALIZATION

RESUMO

O CÂNONE INTERPRETATIVO DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO" VEM GANHANDO UM ESPAÇO CRESCENTE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NA ARGUMENTAÇÃO FORENSE EM GERAL. RECORRER A ESSE TIPO DE INTERPRETAÇÃO DÁ, MUITAS VEZES, A IMPRESSÃO DE QUE SE FAZ UMA DEFERÊNCIA AO LEGISLADOR, "SALVANDO" UMA LEI DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DE UMA INTERPRETAÇÃO BENEVOLENTE. ESTE ARTIGO PRETENDE CHAMAR A ATENÇÃO PARA PONTOS POUCO ESTUDADOS NESSE ÂMBITO E TENTAR DEMONSTRAR QUE TANTO A FUNDAMENTAÇÃO QUANTO AS CONSEQUÊNCIAS DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO SÃO MUITO MAIS PROBLEMÁTICAS DO QUE APARENTAM SER, ESPECIALMENTE DIANTE DA ATUAL LEGISLAÇÃO SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

PALAVRAS-CHAVE

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO; INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL; PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE; UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO; EFEITO VINCULANTE.

ABSTRACT

A GROWING INTEREST IN THE SO-CALLED "INTERPRETATION ACCORDING TO THE CONSTITUTION" IS NOTICEABLE IN THE BRAZILIAN SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AS WELL AS AMONG PRACTITIONERS IN GENERAL. TO RESORT TO THIS KIND OF INTERPRETATION CANON USUALLY GIVES THE IMPRESSION OF RESPECTING THE CONGRESS' DECISION BY "SAVING" A STATUTE FROM THE DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY SIMPLY BY INTERPRETING IT RESTRICTIVELY OR BENEVOLENTLY. THIS PAPER AIMS AT POINTING OUT TO SOME ISSUES CONSTITUTIONAL SCHOLARS ARE OFTEN UNAWARE OF. ALSO IT STRIVES TO DEMONSTRATE THAT BOTH THE JUSTIFICATION AND THE CONSEQUENCES OF THIS TYPE OF INTERPRETATION ARE MUCH MORE PROBLEMATIC THAN A FIRST SIGHT MIGHT REVEAL, PARTICULARLY UNDER THE EXISTING LAWS ON JUDICIAL REVIEW IN BRAZIL.

KEYWORDS

INTERPRETATION ACCORDING TO THE CONSTITUTION; CONSTITUTIONAL INTERPRETATION; PRESUMPTION OF CONSTITUTIONALITY; [CONSTITUTION UNITY; BINDING EFFECT OF JUDICIAL DECISIONS].

I INTRODUÇÃO

Em recente trabalho sobre interpretação constitucional, ao fazer um breve comentário sobre a interpretação conforme a constituição, suscitei que era um fato curioso que essa forma de interpretação fosse incluída entre os chamados princípios de interpretação constitucional, já que, quando se fala em interpretação conforme a constituição, não se está falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as leis

infraconstitucionais.¹ Por isso, naquela ocasião, não me aprofundei na análise desse cânone interpretativo, o que pretendo fazer agora neste trabalho. Com isso fica claro, já de início, que o presente artigo é sobre interpretação das leis e, apenas indiretamente, sobre interpretação constitucional.

Mas é óbvio que essa constatação não retira o objeto de estudo do campo do direito constitucional e isso por dois motivos principais: (a) embora a interpretação conforme a constituição, seja uma interpretação da lei, o parâmetro para tanto é a constituição; (b) ao definir a constituição como parâmetro para se saber como a lei deve ser interpretada, não há como escapar de um mínimo de interpretação da própria constituição.² Mas, repita-se, na interpretação conforme a constituição o objetivo principal não é interpretar a própria constituição, mas as leis infraconstitucionais, razão pela qual ela não pode ser considerada um princípio de interpretação constitucional.

No entanto, afirmar que a constituição é o parâmetro para a interpretação da lei não significa muito. É preciso, em um trabalho sobre interpretação conforme a constituição, que se inicie com um conceito, ainda que preliminar, desse cânone de interpretação.

O conceito de interpretação conforme a constituição não parece ser encarado como algo problemático pela doutrina brasileira e também pela doutrina de outros países. De uma forma geral, quando se fala em interpretação conforme a constituição, quer-se com isso dizer que, quando há mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, deve ser dada preferência àquela que seja conforme a constituição. Duas são as versões desse entendimento que são mais frequentemente citadas, uma jurisprudencial e outra doutrinária.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o marco no que diz respeito à interpretação conforme a constituição é o voto do Min. Moreira Alves na Rep. 1417, de 1987:

A interpretação da norma sujeita a controle deve partir de uma hipótese de trabalho, a chamada presunção de constitucionalidade, da qual se extrai que, entre dois entendimentos possíveis do preceito impugnado, deve prevalecer o que seja conforme à Constituição.³

No mesmo sentido é a também muito citada definição de Paulo Bonavides:

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 [a interpretação conforme a constituição], há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição”, será portanto considerada constitucional.⁴

Máximas semelhantes podem ser encontradas na doutrina e na jurisprudência estrangeiras em quantidade razoável. Embora no debate brasileiro seja a produção alemã que exerça uma influência mais considerável, o recurso à interpretação conforme a constituição tem uma trajetória muito mais longa e freqüente na Corte Federal suíça. Em reiteradas decisões, os juízes suíços ressaltam:

No controle abstrato de constitucionalidade, a Corte Federal somente deve declarar a nulidade de uma disposição de direito cantonal se ela não se prestar a nenhuma interpretação conforme a constituição.⁵

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a primeira vez que se fez uso expresso da idéia de interpretação conforme a constituição foi em 1953, nos seguintes termos:

Uma lei não deve ser declarada nula se for possível interpretá-la de forma compatível com a constituição, pois deve-se pressupor não somente que uma lei seja compatível com a constituição mas também que essa presunção expressa o princípio segundo o qual, em caso de dúvida, deve ser feita uma interpretação conforme a constituição.⁶

Mas talvez seja um antigo precedente da Suprema Corte do Estado da Flórida, nos Estados Unidos, que resume com melhor clareza o que, no Brasil, tem sido escrito sobre a interpretação conforme a constituição:

Se a lei é razoavelmente suscetível de duas interpretações, sendo que, segundo uma delas, seria a lei considerada inconstitucional e, segundo a outra, válida, é o dever da Corte adotar aquela construção que salve a lei da inconstitucionalidade.⁷

Outros exemplos podem ser encontrados nas jurisdições de diversos países, como Portugal,⁸ Itália,⁹ Áustria,¹⁰ Colômbia,¹¹ Chile,¹² Canadá,¹³ entre outros.

A despeito da simplicidade da idéia em que se baseia a interpretação conforme a constituição, alguns problemas a ela relacionados não podem ser ignorados. A interpretação das leis e o controle de constitucionalidade exercidos pelo Judiciário significam sempre um ponto de atrito entre esse poder e o Legislativo. E, embora a doutrina jurídica costume muitas vezes minimizar esse atrito, ao aceitar como não-problemática a legitimidade do Judiciário para controlar os atos do legislativo, tentarei demonstrar que um cânone interpretativo que constranja o juiz a tentar salvar uma lei da inconstitucionalidade tende a tornar essa possibilidade de atrito ainda maior.¹⁴ À análise desse e de outros problemas relacionados à interpretação

conforme a constituição são dedicados os próximos tópicos deste artigo, com base na seguinte estrutura:

O tópico seguinte (tópico 2) é dedicado à análise dos argumentos que costumam ser usados pela doutrina para fundamentar a interpretação conforme a constituição, especialmente a unidade do ordenamento jurídico (2.1) e a presunção de constitucionalidade das leis (2.2). Já o tópico 3 questiona a importância da interpretação conforme a constituição e serve de introdução à parte seguinte, dedicada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (tópicos 4 e 5). Na conclusão (tópico 6), além de retomar alguns resultados obtidos ao longo do artigo, proponho uma hipótese sobre a função que a interpretação conforme a constituição poderá ter em vista da atual legislação sobre controle de constitucionalidade.

2 FUNDAMENTAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Em alguns trabalhos recentes venho tentando demonstrar que muitos dos conceitos que uma grande parte da doutrina constitucional aceita como pacíficos e sedimentados são, na verdade, extremamente problemáticos.¹⁵ O caso da interpretação conforme a constituição não é diferente.

De uma certa forma, os argumentos utilizados para justificar o recurso à interpretação conforme a constituição são usados de maneira indiscriminada e sem grandes explicações, como se sua simples menção, sem maiores considerações, fosse suficiente para fundamentar o uso de uma figura tão problemática. Além disso, raramente se vai além do que aquilo que é didaticamente exposto nos manuais universitários alemães. Mas os argumentos usados para fundamentar a interpretação conforme a constituição exigem, na minha opinião, um estudo um pouco mais detido. Em primeiro lugar, porque, como já dito, a mera menção a um ou outro *topos* não é necessariamente suficiente para fundamentar a necessidade de uma interpretação conforme a constituição; em segundo lugar, porque a “importação” de conceitos e argumentos pode exigir uma adequação às diferenças entre os diversos ordenamentos; por fim, porque essa “importação” de conceitos e argumentos costuma ser feita de forma isolada e unilateral, deixando-se de lado toda a história que possam ter e, principalmente, todas as controvérsias que possam ter surgido durante sua evolução. Nesse sentido, os próximos tópicos são dedicados à análise desses argumentos, a saber: (1) a unidade do ordenamento jurídico e (2) a presunção de constitucionalidade das leis. Um último argumento – o respeito à obra do legislador –, será analisado na parte final deste artigo.¹⁶

2.1 A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A menção à unidade do ordenamento como fundamento da interpretação conforme a constituição é encarada como algo auto-explicativo para quem vê o ordenamento

jurídico como uma pirâmide em cujo topo se encontra a constituição.¹⁷ Assim é que Gilmar Ferreira Mendes entende que a unidade da ordem jurídica confere validade à interpretação conforme a constituição, pois “[a]s leis e as normas secundárias devem ser interpretadas, obrigatoriamente, em consonância com a constituição”.¹⁸ Dois pontos intimamente relacionados devem ser abordados nesse passo.

O primeiro reside na não-identificação entre a fundamentação dada por Gilmar Ferreira Mendes, entre outros, e o procedimento de interpretação conforme a constituição, pois “ter a constituição como parâmetro interpretativo” – que é, no fundo, o que se quer dizer com unidade da ordem jurídica – e “dar prioridade à interpretação que mantém a constitucionalidade da lei” são idéias bastante diversas.

O segundo ponto é uma decorrência dessa não-identificação. É fácil perceber que proceder de forma exatamente contrária ao que propõe a interpretação conforme a constituição, isto é, declarar a inconstitucionalidade de uma lei, garante, na mesma medida, a unidade do ordenamento. Isto é, o mesmo raciocínio – ter a constituição como parâmetro de interpretação – é também a fundamentação de todo e qualquer controle de constitucionalidade e, por conseqüência, da possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

Não há como sustentar, por isso, que a idéia de unidade da ordem jurídica, na forma defendida por Hesse e, sem grandes modificações, aceita no Brasil, possa ter alguma valia na fundamentação da interpretação conforme a constituição, já que, como visto, tê-la como pressuposto pode fundamentar ações diametralmente contrárias.

2.2 A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Outro dos argumentos usados para fundamentar a necessidade de uma interpretação conforme a constituição é a presunção de constitucionalidade das leis. Na decisão da Rep. 1417 anteriormente citada, o Min. Moreira Alves sustenta que, na interpretação de uma disposição legal, é preciso que se parta da hipótese de trabalho de que toda lei é presumidamente constitucional.¹⁹ A exigência de uma interpretação conforme a constituição seria, assim, uma conseqüência natural dessa hipótese de trabalho, já que, se há pelo menos duas interpretações possíveis para um dispositivo legal e apenas uma delas garante sua constitucionalidade, essa é a que deve prevalecer, pois ela confirmaria a presunção de constitucionalidade das leis.

Ainda que seja, não apenas no Brasil,²⁰ mas também no exterior,²¹ uma idéia bastante difundida e, talvez por isso, aceita sem muitos questionamentos, parece-me necessário que a presunção de constitucionalidade das leis seja examinada com um pouco mais de atenção, pois essa idéia é, da forma como aventada nas discussões sobre a interpretação conforme a constituição, por demais simplista para ter algum valor argumentativo. Além disso, a prevalência que se dá à constitucionalidade necessita de uma fundamentação um pouco mais sólida do que a usual, que se resume ao mero respeito à obra do legislador.²²

Com relação ao simplismo da presunção de constitucionalidade conjugada com a interpretação conforme a constituição, costuma-se, quando há várias interpretações possíveis para um determinado dispositivo legal, algumas delas implicando sua inconstitucionalidade, outras, sua constitucionalidade, partir do pressuposto de que essa é a única variável importante, ou seja, de que o que importa é apenas o fato de haver diversas possibilidades interpretativas. Não se costuma fazer nenhuma consideração sobre outros possíveis efeitos dessas interpretações que não aqueles relacionados ao binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade. Bastaria, ao que parece, uma simples “faísca” de constitucionalidade para eliminar toda e qualquer dúvida, por mais procedente que seja, acerca da constitucionalidade de uma lei e todo e qualquer argumento, por mais sólido que seja, sobre uma possível inconstitucionalidade do dispositivo questionado.

Dessa forma, aqueles que aceitam o que se tem escrito sobre a presunção de constitucionalidade das leis e sobre a interpretação conforme a constituição, e que sejam minimamente coerentes com os argumentos que costumam ser trazidos à baila, logo perceberão que a idéia de controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a constituição deixam de fazer muito sentido, pois será difícil não achar um argumento, por simplório que seja, que não sustente a presunção de constitucionalidade de uma lei e, por conseqüência, a exigência de uma interpretação conforme a constituição.

Não quero com isso sustentar que o fato de o legislador ter decidido nessa ou naquela direção não deva ser levado em consideração no momento da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade. Pelo contrário, a decisão do legislador tem, entre outras coisas, um peso argumentativo forte, principalmente em casos complexos, em que as incertezas fáticas e normativas sejam grandes.²³ Mas esse peso extra que se dá a um argumento, pelo simples fato de ter sido a decisão do legislador democraticamente legitimado é apenas parte de uma argumentação mais complexa. Esse é um ponto importante. Por isso, ainda que o legislador tenha tomado uma decisão *x* e que haja argumentos a favor de sua constitucionalidade, mesmo assim é possível que haja outras variáveis e argumentos que pendam para o entendimento de que essa decisão do legislador é inconstitucional. Se esses últimos forem mais fortes – e esse é um problema de sopesamento –, a decisão do legislador poderá ser revista, a despeito da presunção de constitucionalidade e, especialmente, da possibilidade de interpretação conforme a constituição.

Além dessa possível complexidade de variáveis, que costuma ser ignorada quando se fala em interpretação conforme a constituição,²⁴ há um outro fator que reduz a importância de uma possível presunção de constitucionalidade das leis: a fragilidade de sua fundamentação. Como já mencionado acima, o único argumento usado para fundamentar a presunção de constitucionalidade das leis em conjunto com a interpretação conforme a constituição é um pretenso respeito à obra do legislador e

à separação de poderes.²⁵ Não somente esse respeito pode ser um mero pretexto para uma “correção legislativa” por parte do Judiciário, como se verá mais adiante,²⁶ como também não costuma ser fundamentado o porquê dessa prevalência sobre outras variáveis. E, além do déficit na fundamentação, essa prevalência implica um outro problema metodológico: se, como sustentam, por exemplo, o Tribunal Constitucional alemão e, no Brasil, Gilmar Ferreira Mendes, a presunção de constitucionalidade e a interpretação conforme a constituição são um *dever* e, nesse sentido, sempre prevalecem em relação a outras possibilidades, estamos não mais diante de um argumento, mas de um trunfo. Isso excluiria qualquer possibilidade de sopesamento na interpretação legal e constitucional, já que sopesamento e trunfos são mutuamente excludentes.²⁷

Além disso, recorrer à separação de poderes e a uma prioridade legislativa do legislador é, nesse ponto, muito pouco. Há várias outras presunções às quais se poderia recorrer no ato de interpretação da lei, todas elas inspiradas, de alguma forma, na constituição, que poderiam militar justamente no sentido contrário, ou seja, como argumento a favor da inconstitucionalidade de uma lei. A presunção *in dubio pro libertate*, para ficarmos apenas em um exemplo, é uma delas. Segundo uma das acepções dessa presunção, caso haja mais de uma interpretação possível para uma lei ou dispositivo legal, e uma delas garanta a liberdade dos cidadãos de forma mais efetiva, é a essa interpretação que se deverá dar prioridade.²⁸ Pode acontecer, no entanto, que uma lei restrinja alguma liberdade garantida pela constituição. Se seguirmos a idéia subjacente à interpretação conforme a constituição e à presunção de constitucionalidade, caso haja uma interpretação que torne a lei constitucional, essa deverá ter prioridade. Mas é inegável que a liberdade dos cidadãos seria mais efetiva se a lei fosse declarada inconstitucional.²⁹

Isso apenas reforça o argumento de que a interpretação conforme a constituição e a presunção de constitucionalidade – e também de máximas como a *in dubio pro libertate* – baseiam-se em premissas excessivamente simplistas e unilaterais para ter alguma valia em casos difíceis. E para os casos simples, elas são simplesmente supérfluas ou triviais.

2.2.1 PRESUNÇÃO E PROVA

Quando se presume algo, estabelece-se como pressuposto que esse algo é verdadeiro. Assim, quando o art. 1597, I, do Código Civil prevê que os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, foram presumidamente concebidos na constância do casamento, estabelece ele uma presunção. Esse raciocínio, típico das presunções legais, não pode, contudo, ser pura e simplesmente transportado para a presunção de constitucionalidade. Mas é exatamente isso que costuma ser feito quando se escreve sobre presunção de constitucionalidade e interpretação conforme a constituição.

A idéia tradicional de presunção — a chamada presunção *iuris tantum* —, na forma do exemplo do art. 1.597, I, acima mencionado, supõe a possibilidade de prova em contrário. Poder-se-á provar, por meio de exame de DNA, por exemplo, que um filho não foi concebido na constância do casamento. Já a idéia de presunção de constitucionalidade não admite prova em contrário, pelo simples fato de que constitucionalidade e inconstitucionalidade não se provam. Isso porque ser constitucional ou ser inconstitucional não são propriedades inerentes à lei. Ao contrário do que o senso comum parece crer, o controle de constitucionalidade não é uma espécie de busca por um “código genético”, inerente à lei, ansioso por ser descoberto pelos cientistas do direito.

Assim, quando se fala que uma lei não pode ser declarada inconstitucional, a não ser que seja *flagrante*, *insanável* ou *comprovadamente* inconstitucional, está-se fazendo uma transposição equivocada da idéia de presunção fática para uma presunção normativa, sem se dar conta de que esse último tipo de presunção não pode ser confirmado ou negado seguindo o mesmo modelo, já que constitucionalidade e inconstitucionalidade não se provam.³⁰

2.2.2 PRESUNÇÃO E TEMPO

Uma última consideração sobre a presunção de constitucionalidade das leis precisa ser feita: essa presunção é o resultado de outra, segundo a qual o legislador, ao elaborar uma lei, pretende fazê-lo sempre de forma a respeitar a constituição. Com isso, grande parte da esperada força argumentativa da presunção de constitucionalidade como fundamento da interpretação conforme a constituição se perde, já que só é possível presumir que o legislador respeite a constituição em vigor na época da elaboração da lei.³¹ Como consequência, a presunção de constitucionalidade só poderia valer, no caso brasileiro, para as leis elaboradas, no máximo, a partir de 05.10.1988. Se a lei em questão aparentemente contrariar dispositivo que tenha sido adicionado à constituição por via de emenda, então uma presunção de constitucionalidade somente poderia existir se o dispositivo também for posterior à emenda referida. Por conseguinte, se a interpretação conforme a constituição é uma consequência da presunção de constitucionalidade das leis, ela só poderia ser aplicada para as leis pós-1988 ou, em vários casos, somente para leis ainda mais recentes.

3 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: UMA TRIVIALIDADE?

Além de todos os problemas já analisados ao longo dos tópicos anteriores, entendo oportuno, antes de passar à segunda etapa do objeto da análise — a prática jurisprudencial da interpretação conforme a constituição e o dogma da legislação negativa —, colocar em questão um último ponto que, de uma certa forma, precede todos os outros: a interpretação conforme a constituição acrescenta algo à discussão sobre interpretação legal e controle de constitucionalidade no caso brasileiro?

A não ser que as definições usualmente utilizadas estejam incompletas ou equivocadas, é possível dizer que a interpretação conforme a constituição não tem grande significado, pelo menos para o sistema jurídico brasileiro.³² E a razão é simples.

Em todos os processos de controle abstrato de constitucionalidade em que se decida pela constitucionalidade de um dispositivo legal estaremos, de acordo com as definições expostas no tópico 1, diante de uma interpretação conforme a constituição. Esse fato fica bastante claro no caso das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), a ação de controle de constitucionalidade por excelência. Sempre que alguma parte legítima propõe uma ADI, ela necessariamente argumentará pela inconstitucionalidade de um determinado dispositivo legal. Ora, se o Supremo Tribunal Federal entender que o referido dispositivo não é inconstitucional, ele automaticamente terá feito uma interpretação conforme a constituição, pelo menos nos termos das definições usuais desse cânone interpretativo, visto que diante de duas possibilidades de interpretação do dispositivo, ele terá escolhido uma que mantém sua constitucionalidade, rejeitando a outra, aduzida pelo proponente da ação, incompatível com a constituição. Não há como escapar desse modelo, pois sempre haverá a interpretação do Supremo Tribunal Federal, favorável à constitucionalidade, e a interpretação do proponente da ação, favorável à inconstitucionalidade. Ao escolher a interpretação favorável, o Supremo Tribunal Federal terá praticado a interpretação conforme a constituição, nos termos expostos tradicionalmente pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse sentido, e sobre a trivialidade da interpretação conforme a constituição, vale o que Jorge Miranda afirma a respeito:

Todo o tribunal e, em geral, todo o operador jurídico fazem interpretação conforme com a Constituição. Quer dizer: acolhem, entre vários sentidos a priori configuráveis da norma infraconstitucional, aquele que lhe seja conforme ou mais conforme; e, no limite, por um princípio de economia jurídica, procuram um sentido que [...] evite a inconstitucionalidade da lei.³³

Mas, se a interpretação conforme a constituição é tão trivial e se nada acrescenta à prática básica e corriqueira do controle de constitucionalidade, por que há, especialmente nos últimos tempos, tanta discussão a seu respeito?

Vejo três respostas possíveis a essa pergunta. Não são três respostas excludentes. Ao contrário, é possível que as três se complementem na explicação do problema. A primeira delas, bastante simples, resume-se ao deslubrimento diante daquilo que parece ser novidade e, principalmente, diante daquilo que é feito por juristas de outros países, que seria “a doutrina mais moderna”. Já me manifestei anteriormente sobre esse fenômeno, nos seguintes termos:

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.³⁴

Não seria exagero dizer que, na área jurídica, cada vez mais valeria o brocardo “o que é bom para a Alemanha é bom para o Brasil”. Mas, além desse mero deslumbramento, é possível que a interpretação conforme a constituição venha ganhando cada vez mais impulso por duas outras razões intimamente ligadas. À análise da primeira é dedicado o tópico 5, enquanto a segunda será abordada na conclusão deste artigo (tópico 6). Antes, porém, cabem algumas considerações à prática da interpretação conforme a constituição na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

4 O STF E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A discussão acerca da interpretação conforme a constituição segue o mesmo padrão de outras discussões relativas a modelos de interpretação e controle de constitucionalidade desenvolvidos em outros países e recepcionados no Brasil. Há uma enorme distância entre aquilo que a doutrina expõe, aquilo que a jurisprudência sustenta aplicar e aquilo que a jurisprudência de fato aplica.³⁵ Tudo aquilo que a doutrina brasileira expõe e que foi analisado na primeira parte deste artigo, isto é, o conceito de interpretação conforme a constituição e sua fundamentação, não foi ainda assimilado pelo Supremo Tribunal Federal, embora ele mencione a interpretação conforme a constituição em um sem-número de julgados. Esses julgados, no entanto, raramente fazem uso da interpretação conforme a constituição da forma como pretende a doutrina. Com base no que de fato acontece, é possível diferenciar dois tipos de atuação do Supremo Tribunal Federal em relação à interpretação conforme a constituição, que serão analisados a seguir.

4.1 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E NULIDADE PARCIAL SEM MODIFICAÇÃO DE TEXTO

Na jurisprudência e na literatura jurídica alemãs, que servem de fonte para a discussão brasileira sobre interpretação conforme a constituição, costuma ser feita uma diferenciação, ainda que não de forma uniforme e isenta de controvérsias, entre interpretação conforme a constituição, de um lado, e nulidade parcial sem modificação de texto, de outro.³⁶ Não é o caso de fazer aqui uma análise aprofundada do problema, mas algumas considerações são imprescindíveis.³⁷

O Supremo Tribunal Federal, na maioria das vezes, refere-se a uma “interpretação conforme a constituição sem redução de texto”.³⁸ A redundância – ou confusão – é patente, pois parece claro que, se é mera interpretação (conforme a constituição), a

redação do texto não poderá ser modificada. A diferença primordial entre interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial sem modificação do texto consiste no fato de que, a primeira, ao pretender dar um significado ao texto legal que seja compatível com a constituição, localiza-se no âmbito da *interpretação* da lei, enquanto a nulidade parcial sem modificação de texto localiza-se no âmbito da *aplicação*, pois pretende excluir alguns casos específicos da aplicação da lei. Há alguma diferença entre ambos? Há duas, uma relacionada a um problema de competência, outra, a uma questão metodológica.

A primeira – relativa à competência – explica-se pelo fato de que, especialmente em um sistema concentrado como o alemão, os juízes em geral não têm competência para declarar a nulidade de uma lei, pois essa é uma competência exclusiva do tribunal constitucional. Por isso, embora os juízes possam fazer interpretação conforme a constituição, não podem eles declarar a nulidade parcial, com ou sem modificação do texto da lei.³⁹ Cabe perguntar se essa distinção vale para o sistema misto de controle de constitucionalidade existente no Brasil. Esse é um tema ainda não explorado e não há espaço para desenvolvimentos maiores aqui. Mesmo assim, parece-me que aos juízes e tribunais brasileiros, no exercício do controle incidental de constitucionalidade, também não cabe decidir pela nulidade, total ou parcial, com ou sem modificação do texto de uma lei. A competência para declaração da nulidade de uma lei, no todo ou em parte é, também no sistema brasileiro, exclusiva do Supremo Tribunal Federal. O que os outros juízos podem fazer é simplesmente deixar de aplicar uma lei a um caso concreto caso entendam que ela seja inconstitucional.

Mas, ainda que essa distinção relativa à competência seja procedente e que, pelo menos nesse aspecto, interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial sem modificação de texto sejam categorias diferentes, permanece a pergunta sobre essa distinção no âmbito do Supremo Tribunal Federal, já que ele, sem dúvida, tem competência para utilizar ambas. Aqui se insere a distinção metodológica citada acima.

Em ambas as categorias – interpretação conforme a constituição e declaração parcial de nulidade sem modificação de texto – há inegavelmente uma semelhança: o texto da lei não sofre alterações. Mas isso é muito pouco para justificar a equiparação ou a confusão de ambas, como costuma fazer o Supremo Tribunal Federal.

A primeira diferença metodológica reside no fato de que interpretação conforme a constituição é uma técnica de interpretação, enquanto a declaração de nulidade parcial sem modificação do texto da lei é o *resultado* de um controle de constitucionalidade.⁴⁰ Seria possível indagar se esse não é exatamente o resultado daquela.⁴¹ Creio que não. Aqui se insere uma segunda diferença metodológica.

A interpretação conforme a constituição, na forma como definida pela doutrina, não tem como resultado excluir casos ou destinatários da aplicação da norma, enquanto esse é o resultado por excelência da declaração de nulidade parcial sem

modificação de texto. Isso significa que a declaração de nulidade não pretende salvar a lei mudando seu significado, mas excluindo sua aplicação para determinados casos ou determinados destinatários. A ADI 1521-MC pode servir como um bom exemplo para essa diferença.⁴²

A Emenda Constitucional 12 à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu art. 1.º, § 5.º, vedava a nomeação, para cargos em comissão, de cônjuge e parentes consanguíneos, até o segundo grau, do governador, de desembargadores, de deputados estaduais, entre outros, nos âmbitos definidos nos seus seis incisos. O objetivo claro do dispositivo era impedir o chamado nepotismo na esfera pública. A emenda, em abstrato, não é incompatível com a constituição, mas a aplicação desse dispositivo a casos de pessoas que tivessem sido anteriormente aprovadas em concurso o seria. Diante disso, o Ministro Octavio Gallotti propôs uma declaração de nulidade parcial sem mudança no texto do dispositivo – mas chamou esse procedimento de interpretação conforme a constituição.⁴³ Como resultado, o dispositivo permaneceria intacto, seu significado – unívoco, pode-se dizer – também permaneceria intacto, mas sua aplicação a determinados casos – servidores concursados, ainda que englobados pelo suporte fático da norma – seria excluída.

Com isso, fica clara uma terceira diferença metodológica: a interpretação conforme a constituição tem como objetivo evitar, em abstrato, a inconstitucionalidade de uma norma. Já a nulidade parcial sem modificação de texto não se refere à definição do conteúdo da norma em abstrato, mas de sua aplicação em concreto.

Por fim, uma última diferença, relacionada à fundamentação de ambas. Segundo o que a doutrina costuma afirmar, a interpretação conforme a constituição é uma decorrência – questionável, como se viu e ainda verá – da presunção de constitucionalidade das leis e do respeito à obra do legislador. Difícil seria supor que essa deferência pudesse fundamentar também uma declaração de nulidade, ainda que parcial, dessa mesma obra.

4.2 MERO ESCLARECIMENTO DE SIGNIFICADO

O outro grupo de decisões se caracteriza pelo recurso supérfluo à interpretação conforme a constituição. No caso da ADI 234, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a menção a “autorização legislativa”, constante do *caput* do art. 69 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro⁴⁴ significava “autorização por meio de lei formal específica” e que tal lei só seria exigível quando a alienação das ações implicasse a perda do controle acionário da sociedade. Nos outros casos, a alienação não dependeria de lei.⁴⁵

O que fez o Supremo Tribunal Federal ao decidir dessa forma? O tribunal definiu o significado da expressão “autorização legislativa” e o alcance da exigência de lei para os casos de alienação de ações das sociedades de economia mista. Ele delimitou o significado dessa exigência.⁴⁶ O Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer

esse significado, afirma em várias passagens que procedeu a uma interpretação conforme a constituição. O curioso é notar, contudo, que o tribunal, em nenhum momento, usou a constituição como parâmetro. A única referência legal, em sentido amplo, foi à Lei 8.031/1990 que, em grande medida, serviu de parâmetro para a interpretação do art. 69 da Constituição fluminense. Não se pode dizer, portanto, que o Supremo Tribunal Federal fez uma interpretação conforme a constituição, e em nenhum dos sentidos que esse conceito possa ter.⁴⁷

5 O RESPEITO AO LEGISLADOR, A SEPARAÇÃO DE PODERES E O DOGMA DA LEGISLAÇÃO NEGATIVA

Quando o Judiciário recorre à interpretação conforme a constituição, tenta ele dar ao dispositivo legal questionado, sob o pretexto de respeitar o legislador e evitar a declaração de nulidade, uma interpretação que seja compatível com a constituição. Ocorre que o respeito ao legislador aqui é mero lugar-comum. O tribunal, na verdade, dá a *sua* interpretação ao dispositivo para compatibilizá-lo com aquilo que *o próprio tribunal*, e ninguém mais, acha que é constitucional. E essa é, no âmbito do controle de constitucionalidade, exatamente a tarefa do tribunal: interpretar um dispositivo questionado e verificar se ele é compatível com a interpretação que o mesmo tribunal faz da constituição. Por que razão, então, o tribunal recorre à figura da interpretação conforme a constituição?

O Supremo Tribunal Federal reiteradamente afirma que não é papel do Judiciário ser o que o tribunal chama de “legislador positivo”, ou seja, não é seu papel suprir omissões ou corrigir falhas na legislação. Sua função, especialmente no controle de constitucionalidade, é a de legislador negativo, o que significa dizer que o tribunal pode, no máximo, negar a constitucionalidade da obra legislativa, mas nunca produzir algo em seu lugar ou corrigi-la.⁴⁸ Com raríssimas posições divergentes, essa é a regra no Supremo Tribunal Federal.⁴⁹

Diante desse cenário, a idéia de interpretação conforme a constituição pode desempenhar um papel importantíssimo, que é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal se mantenha fiel, ao menos aparentemente, ao seu dogma da legislação negativa, e, ao mesmo tempo, *corrija* ou *estenda*, quando entender necessário, a obra do legislador.⁵⁰

Isso porque, ao contrário do que a doutrina e a jurisprudência insistem em negar, a interpretação conforme a constituição implica, excetuando-se casos mais banais, uma possibilidade de alteração no sentido da lei, principalmente quando se tenta ir além do que o próprio texto dispõe.⁵¹ É claro que, de certa forma, sempre que um aplicador do direito interpreta um dispositivo legal, estará ele atribuindo um significado à lei,⁵² um sentido que pode não ser o sentido que a maioria parlamentar, ao aprovar a lei, imaginava. Isso, em si, não é problemático – a não ser para

aqueles que acham que interpretar a lei é tentar encontrar a vontade do legislador. Problemático é tentar esconder esse fato recorrendo a uma pretensa interpretação conforme a constituição.

6 CONCLUSÃO

Como conclusão, retomo dois argumentos desenvolvidos ao longo do artigo, no intuito de reforçá-los e evitar entendimentos equivocados e, por fim, tento responder à pergunta sobre o que sobra da interpretação conforme a constituição se se partir do pressuposto de que as críticas aqui feitas são procedentes.

1. Quando menciono, no tópico 2.2, que a interpretação conforme a constituição é um critério interpretativo excessivamente simplista, não pretendo, com isso, refutá-lo com base na crítica de que ele não resolve definitivamente os problemas que se propõe a resolver. Nenhum *topos*, nenhuma máxima, nenhum critério interpretativo é suficiente, sozinho, para resolver de forma definitiva os complexos problemas da interpretação jurídica. Todos eles tendem a funcionar como mera idéia regulativa, que apenas aponta para uma direção a ser seguida. A falha da interpretação conforme a constituição reside justamente no fato de não conseguir nem ao menos desempenhar essa função, porquanto aponta para uma direção completamente equivocada, que se baseia no dever de tentar *salvar* toda e qualquer lei que, ainda que minimamente, possua alguma fagulha de constitucionalidade. Nesse sentido, o *topos* “interpretação conforme a constituição” é, na minha opinião, equivocado.

2. É necessário, também, afastar uma possível confusão que algumas das críticas formuladas poderiam causar. Quando afirmo que o juiz, ao pretensamente proceder a uma interpretação conforme a constituição, está moldando a lei segundo parâmetros que podem não coincidir com os parâmetros imaginados pelo legislador, não pretendo, com isso, condenar esse proceder, pelo simples fato de que essa é uma implicação natural de todo controle de constitucionalidade e de toda aplicação da lei pelos órgãos judiciários. O que pretendi salientar foi justamente o descompasso entre o que a doutrina prega – respeito ao legislador e à separação de poderes – e os efeitos da interpretação conforme a constituição pode ter, que são justamente os de corrigir ou estender aquilo que a lei dispõe.

E o que sobra da interpretação conforme a constituição? Desempenha ela alguma função no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade? Sim, mas nenhum daqueles que a doutrina costuma identificar. A interpretação conforme a constituição desempenha uma função de sutil legitimação da centralização da tarefa interpretativa – não só da constituição, mas de todas as leis – nas mãos do Supremo Tribunal Federal. O parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999 prescreve que as declarações de constitucionalidade, *inclusive a interpretação conforme a constituição*, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e

à Administração Pública federal, estadual e municipal. Quais as conseqüências desse dispositivo? Elas são muito maiores do que se costuma crer.

Basta que o Supremo Tribunal Federal dê o nome de interpretação conforme a constituição a qualquer esclarecimento de significado de qualquer termo de qualquer dispositivo legal, na forma como já vista acima,⁵³ para que qualquer interpretação divergente, *ainda que seja também no sentido de manter a constitucionalidade de uma lei*, torne-se impossível. Com isso, o Supremo Tribunal Federal não somente desempenha sua função de guardião da constituição de forma cada vez mais centralizada, como passa a ter a possibilidade quase que ilimitada de excluir qualquer “desobediência” interpretativa por parte de quase todos os órgãos estatais. Para tanto, a interpretação conforme a constituição cai como uma luva.

: ARTIGO CONVIDADO

NOTAS

* Este artigo é uma tradução de: Virgílio Afonso da Silva, La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial, *Cuestiones Constitucionales* 12 (2005), p. 3-28.

** Agradeço a Marco Aurélio Sampaio e a todos os membros do núcleo “Direito e Democracia”, do Cebrap (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento) os comentários a versões embrionárias deste artigo.

1 Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, p. 132-133.

2 Cf., nesse sentido, Christoph Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 219.

3 *RTJ* 126, 48 (53)

4 Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 474. Cf., no mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, p. 268; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 175; J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1099.

5 BGE 109 Ia, 273 (tradução livre). Cf., no mesmo sentido, entre outras decisões, BGE 111 Ia, 23 (24) e BGE 122 I, 118 (20).

6 BVerfGE 2, 266 (282) – tradução livre.

7 *Boyton v. State*, So. 2D 536, 546 (1953) – tradução livre. Na Suprema Corte dos Estados Unidos há também várias decisões nesse sentido, mas nenhuma se aproxima tão bem dos termos usados na discussão brasileira quanto essa decisão do estado da Flórida.

8 Cf., recentemente, os Acórdãos 327/99 e 466/00 do Tribunal Constitucional português.

9 Cf., por exemplos, as Sentenças 138/1998 (*Giurisprudenza Costituzionale* 43, 1076) e 139/1998 (*Giurisprudenza Costituzionale* 43, 1092), da Corte Constitucional italiana. Nesta última, pode-se ler: “[...] o princípio da

superioridade da Constituição [...] veda aos juízes, diante da existência de várias interpretações possíveis, adotar aquela que torne a disposição legal contrária à Constituição e impõe a eles escolher a solução interpretativa constitucionalmente conforme” (p. 1096). Cf., sobre o tema, Giovanni Amoroso, L’interpretazione “adeguatrice” nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità, p. 89-115.

10 Cf., por exemplo, Slg. 11.576/1987. Sobre o tema, cf. Meinrad Handstanger, Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung?, p. 169-174.

11 Cf., por exemplo, as Sentenças C-496/94 e C-109/95.

12 Cf. Rol 309/2000: “De acordo com o princípio de interpretação conforme a Constituição, entre os vários sentidos possíveis de uma regra jurídica, o intérprete deve decidir por aquele que melhor se acomode aos ditames constitucionais”. Cf., sobre o assunto, Teodoro Ribera Neumann, El tribunal constitucional y su aporte al desarrollo del derecho, p. 196-228.

13 Cf., por exemplo, Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific (1977) 2 S.C.R. 1054; Friends of Oldman River Society v. Canada (1992) 1 S.C.R. 3. Na jurisprudência canadense, a interpretação conforme a constituição é chamada de “reading down”.

14 É freqüente, contudo, que se entenda justamente o contrário, isto é, que a interpretação conforme a constituição diminui o atrito entre legislador e julgador e fomenta o respeito à separação de poderes. Cf., sobre isso, o tópico 5, abaixo.

15 Cf., sobre isso, especialmente Virgílio Afonso da Silva, Interpretação constitucional e sincretismo metodológico, p. 115 e ss; Virgílio Afonso da Silva, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 607-630, e do mesmo autor O proporcional e o razoável, p. 23-50.

16 Cf. tópico 5.

17 Cf., por exemplo, Gerson dos Santos Sicca, A interpretação conforme a constituição – *Verfassungskonforme Auslegung* – no direito brasileiro, p. 20: “O princípio em estudo [a interpretação conforme a constituição] tem por base a Constituição como norma superior do ordenamento, estando toda a atividade hermenêutica vinculada ao disposto no texto maior da ordem jurídica”.

18 Gilmar Ferreira Mendes, A declaração de nulidade da lei inconstitucional, p. 14. Cf., nesse sentido, entre outros, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, n. 81, p. 30; Ulrich Häfelin e Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, n. 127, p. 43.

19 *RTJ* 126, 48 (53).

20 Cf., entre nós, Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição brasileira*, 4v. 1, p. 157; Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do controle de constitucionalidade*, p. 85; mais recentemente, cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 270; Paulo Bonavides, A presunção de constitucionalidade das leis e interpretação conforme a constituição, p. 247 e ss, e Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 160 e ss. A presunção de constitucionalidade das leis está de tal forma sedimentada no pensamento jurídico brasileiro que temos até mesmo alguém que, pelo menos na visão do Supremo Tribunal Federal, se incumba de zelar por ela: o advogado geral da União (cf. *RTJ* 131/958).

21 A doutrina brasileira costuma apresentar diversos exemplos de recurso à presunção de constitucionalidade no exterior, especialmente nos Estados Unidos e na Alemanha. É importante ressaltar, no entanto, que há, nesses países, grande controvérsia a respeito dessa idéia, controvérsia que costuma ser ignorada nos exemplos mencionados por autores brasileiros. Cf., por todos, para o caso alemão, Kostas Chryssogonos, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, p. 159 e ss, e Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, § 73, p. 1306 e, para o caso norte-americano, Frederick Schauer, *Ashwander Revisited*, p. 71-98.

22 E, como se verá adiante, até mesmo esse respeito é duvidoso, ainda mais se se atentar para o fato de que tamanha deferência à obra legislativa soa até um pouco irônica, principalmente porque praticada justamente no ato do controle de constitucionalidade, criado justamente em razão da desconfiança na obra do legislador. Cf., nesse sentido,

Karl-August Betterman, *Die Verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren*, p. 24. Sobre a jurisdição constitucional como sinal de desconfiança na obra do legislador, cf. também Robert Alexy, *Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, p. 33.

23 Nesse sentido, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 169.

24 Cf., no mesmo sentido, Kostas Chryssogonos, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, p. 161.

25 Cf., por exemplo, Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 476 e ss. Cf. também Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, p. 87. Sobre esse tema, cf. tópico 5, abaixo.

26 Cf. tópico 5.

27 Cf., sobre esse problema, Virgílio Afonso da Silva, *Ponderación e incommensurabilidad*, no prelo.

28 Não se deve confundir, como se vê, a máxima *in dubio pro libertate* com a máxima *in dubio pro reo*. Ainda que se possa incluir essa última no escopo da primeira, as duas não são idênticas, pois a primeira é mais ampla.

29 Cf., sobre essa contraposição entre interpretação conforme a constituição e a máxima *in dubio pro libertate*, Kostas Chryssogonos, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, p. 161. Para ficar em um exemplo simples: se uma lei que, com vistas a fomentar outro direito fundamental, tenha restringido a liberdade de associação, puder ser interpretada de duas formas, uma que mantenha sua constitucionalidade e outra que a questione, o postulado da interpretação conforme a constituição exigiria a primeira interpretação, enquanto a máxima *in dubio pro libertate* exigiria a segunda, já que, com isso, a liberdade de associação seria menos restringida e, na dúvida, teria a preferência.

30 Somente quando a presunção de constitucionalidade se baseia em variáveis fáticas seria possível pensar em comprovar a presunção. Isso porque é possível que a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei dependa da comprovação da veracidade da premissa. Se o legislador, por exemplo, partindo do pressuposto de que um determinado grupo de pessoas, devido a alguma hipossuficiência, necessita de benefícios não concedidos ao restante da população, a constitucionalidade dessa medida poderá depender da comprovação da existência dessa hipossuficiência. Nesse caso, pode-se falar em presunção de constitucionalidade em relação aos fatos, que poderão ser comprovados ou não. Mas esse tipo de presunção é completamente diferente da presunção de constitucionalidade a que a doutrina costuma fazer referência.

31 Cf., nesse sentido, especialmente Wasilios Skouris, *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, p. 98, que demonstra, nesse passo, a contradição entre a fundamentação do Tribunal Constitucional alemão para a interpretação conforme a constituição a partir da presunção de constitucionalidade e o fato de que, na maioria das vezes, o tribunal recorre a esse tipo de interpretação em casos de leis anteriores à Constituição de 1949. Cf. também Christoph Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 218, e Harald Bogs, *Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, p. 22. A mesma contradição é também verificada na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Cf., nesse sentido, Robert W. Scheef, *Temporal Dynamics in Statutory Interpretation: Courts, Congress, and the Canon of Constitutional Avoidance*, p. 529-587.

32 Salvo se houver um “significado escondido”, que não seja nenhum daqueles comumente mencionados pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. Cf., nesse sentido, a parte final deste artigo.

33 Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, p. 73. No mesmo sentido, cf. Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 411.

34 Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, p. 116.

35 O mesmo fenômeno ocorre, no meu entender, no campo da regra da proporcionalidade. Cf., nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, *O proporcional e o razoável*, p. 23-50.

36 A doutrina e a jurisprudência têm preferido a expressão “sem redução de texto”.

37 Para um maior aprofundamento, cf. Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, n. 434-435,

p. 297-298. Cf. também Uwe Seetzen, *Bindungswirkung und Grenzen der verfassungskonformen Auslegung*, p. 1999 e ss. Em português, cf. sobretudo Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, p. 274 e ss.

38 Cf., para decisão recente, *RTJ* 181/54.

39 Cf. Klaus Schlaich e Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 297, n. 435.

40 Sobre esse problema metodológico, cf. Hans Paul Prümm, *Verfassung und Methodik*, p. 104.

41 A mesma relação é feita por Inocêncio Mártires Coelho, Declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, mediante interpretação conforme: um caso exemplar na jurisprudência do STF, p. 169-188, ainda que Mártires Coelho, a despeito do título do trabalho, não se ocupe de fato da questão.

42 O uso da ADI 1521 (*RTJ* 173, 424), mais especificamente das opiniões expressas nos votos dos Ministros Octavio Gallotti (p. 439-440) e Nêri da Silveira (p. 441-442), serve aqui a propósitos tão-somente elucidativos, porque a decisão final não acatou as propostas desses ministros no ponto aqui narrado.

43 *RTJ* 173/424 (440). Cf., no mesmo sentido, *RTJ* 167/376 (385, 393, 395 e *passim*)

44 Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 69: “As ações de sociedades de economia mista pertencentes ao Estado não poderão ser alienadas, a qualquer título, sem autorização legislativa”.

45 *RTJ* 167/363 (refere-se à questão de ordem – ADI 234-QO –, mas reproduz o teor da decisão principal).

46 Nesse sentido, além de ter feito uma simples interpretação do conteúdo de uma expressão contida em um dispositivo legal, excluiu também a exigência de lei de certos casos, declarando a exigência, por conseguinte, parcialmente nula.

47 Cf. também o caso do RE 241.292 (*RTJ* 178/919). No voto do relator, Ilmar Galvão, vencedor na parte que aqui interessa, ele apenas faz menção à interpretação que ele entende correta a um dos dispositivos questionados (art. 5.º da Lei 4.964/1989, do Estado da Bahia) e nem ao menos faz menção à interpretação conforme a constituição (p. 926). Na decisão final, lê-se, contudo: “no que toca ao artigo 5.º da Lei n. 4.964/89, emprestou [o Tribunal] interpretação conforme a constituição, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator [...]” (p. 920 e 951). O que era apenas a interpretação de um dispositivo legal tornou-se interpretação conforme a constituição, com base apenas, ao que parece, na leitura que o Ministro Nelson Jobim fez do voto do relator (p. 941), mas não, como consta do acórdão, com base no próprio voto do relator. Saber se se trata ou não de interpretação conforme a constituição é importantíssimo, como se verá no final deste artigo.

48 Cf., por exemplo, além da própria decisão na Rep. 1417 – *RTJ* 126/48 (68 s.) –, também *RTJ* 143/57 (59); 146, 461 (465); 153, 765 (768); 161, 739 (745); 175, 1137 (1139); 177, 657 (663); 178, 22 (23, 29 s.).

49 Cf., por exemplo, *RTJ* 177/657 (662), voto do Min. Marco Aurélio Mello, que encara “com muita reserva essa premissa segundo a qual o Supremo Tribunal Federal [...] não pode adotar postura que acabe por implicar a normatividade positiva”. Na doutrina, cf., por todos, Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 444 e 451 e ss.

50 Cf. a discussão no RE 241.292, em que o Ministro Moreira Alves expressa sua opinião de que a interpretação – conforme a constituição, nos termos do voto do Ministro Nelson Jobim – modificaria o sentido da lei (*RTJ* 178/919 [942]). A interpretação proposta foi, contudo, aceita pelo tribunal.

51 Não ignoro, obviamente, as constantes advertências, principalmente por parte da doutrina, de que o Judiciário, ao fazer uma interpretação conforme a constituição, não pode ir além do que o texto da lei permite (cf., nesse sentido, Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 473 e ss; Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, p. 224 e ss). O problema “texto como limite da interpretação” é complexo demais para ser tratado apenas de passagem aqui. É preciso ter em mente, contudo, que, da mesma forma que é o juiz que decide o que é e o que não é conforme a constituição, cabe também ao mesmo juiz decidir quais os limites interpretativos que o texto legal impõe. Cf., sobre o problema, Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 451 e ss. Para uma atualizada discussão sobre o problema do “texto como limite da interpretação” cf., por todos, Matthias Klatt, *Theorie der Wortlautgenze*, 2004.

52 Por isso, não me parece ser procedente a sugestão de Lenio Luiz Streck de que a interpretação conforme a constituição deveria ser chamada, “se quisermos nos manter fiéis à origem do instituto”, de “atribuição de sentido conforme a constituição” (cf. Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 450). A meu ver, há três problemas aqui. O primeiro, mais simples e menos importante, diz respeito à necessidade discutível de se manter fiel a alguma coisa e, além disso, de que a fidelidade deva ser ao instituto como pensado na Alemanha, que não é seu país de origem. Mas o mais importante refere-se à distinção entre “interpretação” e “atribuição de sentido”. Para justificar sua tese, Streck recorre à denominação em alemão da interpretação conforme a constituição, *verfassungskonforme Auslegung*, para afirmar que, em alemão, *Auslegung* tem um significado de *descoberta* de significado, que não seria compatível com a interpretação jurídica, que sempre implica *produção de sentido*. Essa é, a meu ver, uma tese problemática. Antes de mais nada, porque a palavra *Auslegung*, em alemão, a despeito de um uso particular que possa ter na obra de um ou outro autor, é empregada, na linguagem jurídica, como mero sinônimo de *Interpretation*. A única diferença entre ambas as palavras é etimológica. *Verfassungskonforme Auslegung* seria, portanto, sinônimo de *verfassungskonforme Interpretation*. E, em português, há apenas uma tradução para ambas, que é *interpretação*. Por fim, além desse mero problema terminológico alemão, a tese de Streck se revela contraditória se a compararmos com as idéias do próprio Streck. A todo momento, o autor insiste em sublinhar que todo processo interpretativo é um processo produtivo, que *interpretação é sempre produção e atribuição de significados* (cf., por exemplo, p. 445). Ora, se isso é correto – e penso também que é –, que razão haveria para se mudar a denominação de *interpretação* conforme a constituição para *atribuição de sentido* conforme a constituição? Se toda interpretação é sempre atribuição de sentido, a proposta parece ser supérflua.

53 Cf. os comentários acerca da decisão na ADI 234, no tópico 4.2 deste artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat. In: AARNIO, Aulius; ALEXY, Robert; BERGHOLTZ, Gunnar (Ed.). *Justice, morality and society: a tribute to Aleksander Peczenik on the occasion of his 60th birthday* 16 November 1997. Lund: Juristförlaget, 1997. p. 27-42.
- AMOROSO, Giovanni. L'interpretazione “adeguatrice” nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità. *Il Foro Italiano* 121, V (1998): 89-115.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BETTERMANN, Karl-August. *Verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren*. Heidelberg: C. F. Müller, 1986.
- BOGS, Harald. *Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*. Stuttgart: Kohlhammer, 1966.
- BONAVIDES, Paulo. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- . A presunção de constitucionalidade das leis e interpretação conforme a Constituição. In: ———. *Teoria da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 235-263.
- BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos, 1982.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CHRYSSOGONOS, Kostas. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung: Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normkontrolle*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, mediante interpretação conforme: um caso exemplar na jurisprudência do STF. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* 23 (1998): 169-188.
- GUSY, Christoph. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
- HÄFELIN, Ulrich; HALLER, Walter. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. 4. ed. Zürich: Schulthess, 1998.
- HANDSTANGER, Meinrad. Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung?. *Österreichische Juristenzeitung* 53 (1998): 169:174.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1993.
- KLATT, Matthias. *Theorie der Wortlautgrenze: Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1948. v. 1.

- MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* 4 (1993): 7-30.
- . *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. VI: Inconstitucionalidade e garantia da constituição.
- MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 6. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.
- PRÜMM, Hans Paul. *Verfassung und Methodik: Beiträge zur verfassungskonformen Auslegung, Lückenergänzung und Gesetzeskorrektur unter besonderer Berücksichtigung des vierten Änderungsgesetzes zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro. El tribunal constitucional y su aporte al desarrollo del derecho. *Estudios Públicos* 34 (1989): 196-228.
- SCHAUER, Frederick. Ashwander Revisited. *Supreme Court Review* (1995): 71-98.
- SCHEEF, Robert W. Temporal Dynamics in Statutory Interpretation: Courts, Congress, and the Canon of Constitutional Avoidance. *University of Pittsburgh Law Review* 64 (2003): 529-587.
- SCHLAICH, Klaus; KORIOOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 5. ed. München: C.H. Beck, 2001.
- SEETZEN, Uwe. Bindungswirkung und Grenzen der verfassungskonformen Gesetzesauslegung. *NJW* (1976): 1997-2001.
- SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme a constituição – *Verfassungskonforme Auslegung* – no direito brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa* 143 (1999): 19-33.
- SILVA, José Afonso da. *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*. São Paulo: RT, 1964.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- . Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: ——— (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.
- . O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.
- . Ponderación e inconmensurabilidad, in *Anales del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México: IIJ/Unam (no prelo).
- . Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.
- SKOURIS, Wassilios. *Teilnichtigkeit von Gesetzen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1973.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. III/1: Allgemeine Lehre der Grundrechte. München: C.H. Beck, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Virgílio Afonso da Silva

PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO