

MARINA CORRÊA XAVIER

O Supremo Tribunal Federal  
e os limites à interpretação conforme a Constituição

Faculdade de Direito  
Universidade de São Paulo

São Paulo  
2013

MARINA CORRÊA XAVIER

O Supremo Tribunal Federal  
e os limites à interpretação conforme a Constituição

Dissertação apresentada à Faculdade  
de Direito da Universidade de São  
Paulo para obtenção do título de  
Mestre em Direito do Estado.

Área de Concentração: Direito do  
Estado.

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello  
do Amaral Júnior.

São Paulo

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: XAVIER, Marina Corrêa

Título: O Supremo Tribunal Federal e os limites à interpretação conforme a Constituição

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Ao Rafa, marido amado, por seu olhar carinhoso,  
seu abraço gostoso e seus braços da paz.

## AGRADECIMENTOS

O resultado deste trabalho é, incontestavelmente, fruto de um esforço coletivo. Não fossem o apoio e os ensinamentos do Professor Gilmar Ferreira Mendes, a quem acompanho desde o meu quarto semestre do curso de graduação da Universidade de Brasília, nada disso seria possível. A ele agradeço por despertar em mim a paixão pelo Direito Constitucional, pela orientação na iniciação científica e na monografia de conclusão de curso e pelas valiosas horas de convívio profissional e acadêmico.

Da mesma forma, agradeço ao Professor José Levi Mello do Amaral Júnior pela oportunidade, pela orientação zelosa e pela confiança depositada. Suas observações precisas, suas críticas claras e seu respeito às minhas ideias foram indispensáveis para o desenvolvimento desta dissertação.

Aos Professores Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Fernanda Dias Menezes de Almeida, meus sinceros agradecimentos pelas observações, sugestões e críticas tecidas por ocasião do exame de qualificação.

Aos professores e colegas dos cursos de graduação da UnB e de pós-graduação da USP sou grata por nutrirem meu espírito crítico com exposições, questionamentos e debates dos quais tive a honra de participar.

Às queridas amigas Chris, Mayra e Carol sou imensamente grata pelo incentivo, pela revisão do meu texto, pelos debates, pelas críticas, enfim, por todo o carinho, atenção e cuidado que dedicaram a mim nesse processo.

À Clara e ao Gustavo, agradeço a força na reta final.

Como não poderia deixar de ser, agradeço aos meus pais, Gisele e Rogério, meus maiores torcedores, por sempre acreditarem em mim e apostarem todas as suas fichas nos meus sonhos.

Ao Rafael, pelos atos diários de amor, companheirismo e amizade. Por me fazer querer ser uma pessoa melhor, por tornar seus os meus sonhos, por lutar por mim e ao meu lado, por estar presente, sempre. Sem ele, absolutamente nada disso faria sentido.

*"A lei estabelecida para dirimir o primeiro conflito foi interpretada de duas maneiras, e gerou novo conflito."*

Carlos Drummond de Andrade

## RESUMO

XAVIER, M. C. *O Supremo Tribunal Federal e os limites à interpretação conforme a Constituição*. 2013. 100 fls. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

A presente dissertação dedica-se ao estudo da relação entre a teoria e a prática do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito aos limites da interpretação conforme a Constituição. A partir do confronto entre as principais lições doutrinárias sobre o tema e os acórdãos proferidos pela Corte nos processos do controle abstrato de constitucionalidade, verifica-se que os limites reconhecidos pela doutrina e pelo Tribunal não são obedecidos em muitos dos precedentes, casos nos quais tem-se a utilização da interpretação conforme como mecanismo de correção e integração judicial do direito. Nesse cenário, busca-se averiguar a legitimidade de tal conduta pelo aplicador do direito. Chega-se, assim, a conclusão de que, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal se vê diante de hipóteses em que há lacuna ou antinomia que não podem ser resolvidas pela interpretação conforme em sua função de decisão, o princípio da inafastabilidade da jurisdição impõe a aplicação da integração conforme a Constituição, desde que ela não esteja vedada tácita ou expressamente pelo ordenamento e que a decisão que a determine esteja fundamentada.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Jurisdição constitucional. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Técnicas de decisão. Interpretação conforme a Constituição. Correção e integração judicial do Direito. Lacunas normativas. Antinomias. Inafastabilidade da jurisdição. Dever de fundamentação das decisões judiciais.



## ABSTRACT

XAVIER, M. C. *The Brazilian Supreme Court and the limits to the interpretation according to the Constitution*. 2013. 100 fls. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

This study tries to understand the relationship between theory and practice regarding the limits of the interpretation “according to the Constitution”. Confronting the most common jurisprudence that relates to the topic and the decisions that the Supreme Court emitted in the cases of abstract judicial review, it becomes clear that the before mentioned limits of the interpretation according to the Constitution aren't respected by the decisions of the Court and that the technique is used as a mechanism of correction and integrity of the law. In this scenario, this study tries to reveal the legitimacy of the decisions the Supreme Court took on this basis. The conclusion one has arrived at states that in the cases in which the Supreme Court confronts itself with antinomy or law blanks that can't be resolved by regular interpretation, the *non liquet* principle forces the Court to correct or to integrate the law, as long as: 1) it isn't expressly or implicitly forbidden by the constitutional text; and 2) the decision is thoroughly motivated.

Keywords: Constitutional Law. Constitutional jurisdiction. Judicial review. Brazilian Supreme Court. Ruling techniques. Interpretation according to the Constitution. Judicial correction and integration of the Law. Law blanks. Antinomies. *Non liquet* principle. Obligation to state reasons for court rulings.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>1. APONTAMENTOS SOBRE A INTERPRETAÇÃO</b> .....	<b>4</b>
<b>2. A INTEPRETAÇÃO CONFORME NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	<b>11</b>
2.1. REGRA DE HERMENÊUTICA OU TÉCNICA DE DECISÃO? .....	11
2.2. FUNDAMENTOS DA INTERPRETAÇÃO CONFORME.....	14
2.2.1. <i>A interpretação conforme como concretização da interpretação sistemático teleológica</i> .....	16
2.2.1.1. A unidade do ordenamento .....	18
2.2.1.2. A coerência do ordenamento e a questão das antinomias.....	19
2.3. FUNÇÕES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME.....	27
2.3.1. <i>Função de apoio ou confirmação</i> .....	27
2.3.2. <i>Função de escolha</i> .....	28
2.3.2.1. Interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução de texto .....	31
2.3.3. <i>Funções de correção e de revisão</i> .....	37
2.4. LIMITES À INTERPRETAÇÃO CONFORME.....	42
2.4.1. <i>Sentido literal e sentidos possíveis</i> .....	44
2.4.2. <i>Vontade do legislador</i> .....	47
2.4.3. <i>Os limites na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i> .....	50
2.4.4. <i>A importância e a insuficiência dos limites</i> .....	54
<b>3. COMPLETABILIDADE DO ORDENAMENTO, INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E ADMISSIBILIDADE DA REVISÃO JUDICIAL DO DIREITO</b> .....	<b>57</b>
3.1. O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.....	57
3.2. O DOGMA DA COMPLETUDE DO ORDENAMENTO .....	58
3.2.1. <i>A teoria do espaço jurídico vazio</i> .....	59
3.2.2. <i>A teoria da norma geral exclusiva</i> .....	60
3.3. A EXISTÊNCIA DE LACUNAS E A COMPLETABILIDADE DO ORDENAMENTO.....	63
3.4. INTEGRAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: ANALOGIA, PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E COSTUMES CONSTITUCIONAIS .....	69
<b>4. O DEVER PODER DA CRIAÇÃO JUDICIAL DE NORMAS IMPLÍCITAS: A LEGITIMIDADE DA CORREÇÃO E INTEGRAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO</b> .....	<b>74</b>
4.1. O DEVER DE FUNDAMENTAR E MOTIVAR AS DECISÕES JUDICIAIS .....	77
4.2. HIPÓTESES DE LEGITIMA INTEGRAÇÃO E CORREÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO .....	83
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>85</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>88</b>

## INTRODUÇÃO

Ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é notável que a Corte, principalmente a partir da Constituição de 1988, e particularmente após a edição das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, tem se afastado da concepção kelseniana de legislador negativo para proferir decisões de perfil modificativo e manipulativo. Nesse contexto, vários são os mecanismos que se apresentam ao Tribunal, a exemplo das técnicas de decisão de declaração de nulidade parcial sem redução do texto e de declaração de “lei ainda constitucional”.

Entre esses instrumentos, é cada vez mais frequente o recurso à interpretação conforme a Constituição. Em pesquisa realizada na base de dados da página oficial do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)) em 21 de fevereiro de 2011<sup>1</sup>, constatou-se que, desde a vigência da Constituição de 1988, a interpretação conforme foi utilizada em 109 decisões<sup>2</sup>. Tais decisões foram proferidas em 95 ações, sendo 92 ADI's, 1 ADC e 2 ADPF's. Ademais, em outras 33 ocasiões, pelo menos um dos Ministros sugeriu a adoção da interpretação conforme, mas seu voto ficou vencido<sup>3</sup>.

Ocorre que apenas em pouquíssimas dessas situações a aplicação, ou não, da interpretação conforme foi precedida de discussão acerca de seus limites, ponto fulcral para que se possa situar o instituto na fronteira entre a interpretação decisória e criadora. O estudo desses debates constata que, historicamente, a Corte tem reconhecido os mesmos limites apontados pela doutrina, quais sejam, o sentido literal do texto normativo e a vontade do legislador. Entretanto, uma análise um pouco mais aprofundada de algumas dessas decisões indica haver um descompasso entre o discurso do Supremo Tribunal Federal e a sua prática nesse ponto.

Nesse contexto, tendo como tema central a relação entre a teoria e a prática jurisprudencial no que diz respeito aos limites da interpretação conforme, a presente pesquisa se propõe a investigar, a partir da doutrina constitucional e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, (i) em que consistem a interpretação conforme a Constituição

---

<sup>1</sup> A pesquisa levou em consideração somente as decisões já publicadas no Diário da Justiça.

<sup>2</sup> Dessas decisões, 46 são medidas cautelares, 62 decisões de mérito, e 1 decisão em embargos declaratórios.

<sup>3</sup> Trata-se de 9 medidas cautelares, 20 decisões de mérito, 2 questões de ordem e 2 decisões em embargos declaratórios.

<sup>4</sup> Apesar de sua utilização também nos processos do controle concreto de constitucionalidade, o exame da interpretação conforme a Constituição será limitada, neste estudo, ao controle abstrato de constitucionalidade

e os limites a ela reconhecidos pela doutrina e pela Corte; (ii) se tais limites são obedecidos pela jurisprudência e se são suficientes para alcançar os fins a que se propõem; e (iii) se é legítima a utilização da interpretação conforme pela Corte para além dessas balizas. Ao eleger esse assunto, o trabalho pretende contribuir com subsídios para uma melhor abordagem da questão.

Para situar o leitor no contexto do tema a ser abordado, dedica-se o primeiro capítulo ao estudo da interpretação. Nele são apresentados os pressupostos teóricos que foram tomados como premissas para a elaboração da dissertação, em especial os significados da interpretação e sua distinção, bem como os conceitos de disposição textual e norma. Posto isso, é apresentada ao leitor a diferenciação formulada por Riccardo Guastini entre normas explícitas, implícitas em sentido estrito e implícitas em sentido amplo, com o objetivo de embasar a distinção das normas produzidas pelo Supremo Tribunal Federal a partir de textos normativos pré-existentes daquelas construídas pela Corte independentemente de sua anterior previsão legal ou constitucional. Destaca-se, nesse ponto, a chamada interpretação criadora, a partir da qual o intérprete confere à disposição normativa significado que não é possível atribuir-lhe com base tão somente em raciocínio lógico dedutivo. Por fim, busca-se demonstrar que, na falta de uma metanorma que determine os critérios a serem empregados no momento da interpretação, o resultado da atividade interpretativa varia em razão da pré-compreensão própria a cada intérprete, em especial no que diz respeito às concepções doutrinárias e ao método interpretativo adotados.

No segundo capítulo é estudada a interpretação conforme a Constituição. A partir da análise dos vários fundamentos fornecidos pela doutrina para a existência do mecanismo, verifica-se ser a conclusão a que chega Rui Medeiros – interpretação conforme como concretização da interpretação sistemático teleológica – a mais coerente com a realidade. São abordadas também nesse capítulo as funções da interpretação conforme: função de apoio ou confirmação; função de escolha; e funções de correção e de revisão. Em seguida, o trabalho dedica-se à investigação dos limites à interpretação conforme, tanto na visão doutrinária quanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Conclui-se, nesse ponto, pela insuficiência dos limites para o fim a que se propõem, qual seja, evitar a produção de normas implícitas em sentido amplo pela Corte.

A partir da constatação da existência de fato da interpretação criadora na jurisprudência da Corte, o foco do trabalho desloca-se, no terceiro capítulo, para o estudo dos requisitos de admissibilidade da revisão judicial do direito. O princípio da inafastabilidade da jurisdição, somado à existência de lacunas e à completabilidade do ordenamento, direcionam a análise no sentido de buscar os requisitos mínimos legitimadores da integração conforme a Constituição – utilização da interpretação conforme como mecanismo de revisão judicial do direito: (i) a existência de situação lacunosas ou antinômicas; e (ii) a autorização para aplicação da analogia, dos princípios gerais do Direito e dos costumes constitucionais.

O quarto e último capítulo, partindo das premissas fixadas ao longo da dissertação, estuda o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais. Ao chegar à conclusão de ser a motivação condição de legitimidade da integração conforme a constituição, o trabalho dedica-se à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir da hipótese teórica levantada.

Busca-se, com o desenvolvimento da dissertação, fornecer subsídios para fomentar o debate acerca do tema, na esperança de que, mesmo com as limitações próprias deste trabalho, seja possível contribuir para o desenvolvimento da jurisdição constitucional brasileira.

## 1. APONTAMENTOS SOBRE A INTERPRETAÇÃO

O estudo da interpretação conforme a Constituição que se pretende desenvolver requer, preliminarmente, a apresentação de alguns pressupostos teóricos que foram tomados como premissas para a elaboração da dissertação.

Isso porque o objeto d<sup>5</sup>e estudo escolhido – a relação entre a teoria e a prática do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito aos limites da interpretação conforme a Constituição – requer uma noção prévia do que vem a ser “interpretação”, especialmente no que se refere à interpretação de textos jurídicos. O esclarecimento<sup>6</sup> do termo e a indicação dos significados que serão adotados são essenciais para que se prossiga na abordagem do tema central do trabalho.

Em primeiro lugar, verifica-se que o vocábulo pode significar tanto a atividade interpretativa como o seu resultado. Nesse caso, a interpretação nada mais é do que o significado extraído do objeto interpretado. Como atividade, a qualificação da interpretação depende de seu objeto. Denomina-se interpretação, nesse sentido, tanto a atribuição de significado a um texto normativo<sup>7-8</sup> quanto a qualificação jurídica de uma situação de fato. No primeiro caso, fala-se em interpretação em abstrato, consistente na identificação das normas contidas em uma disposição. Na segunda hipótese, tem-se a interpretação em concreto, que nada mais é do que a subsunção de uma situação de fato ao

---

<sup>5</sup> Ressalte-se a impossibilidade de se separar o texto (mundo do dever ser) dos fatos (mundo do ser). Por essa razão, a interpretação em concreto é realizada inclusive no controle abstrato de normas efetivado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, Lênio Luiz Streck afirma que “mesmo quando o Tribunal realiza o controle abstrato de constitucionalidade, terá em vista o campo de aplicação [da norma]” (2004, p. 447).

<sup>6</sup> O esclarecimento, aqui, consiste apenas em apresentar alguns dos muitos sentidos que podem ser conferidos ao termo.

<sup>7</sup> A definição utilizada busca ressaltar o componente volitivo da atividade interpretativa. Como ficará claro mais adiante, não se desconhece tratar-se de questão controversa à qual as diversas teorias da interpretação fornecem respostas diferentes, concebendo a interpretação ora como atividade de averiguação, ora como atividade de decisão.

<sup>8</sup> Por “texto normativo” entenda-se “qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa e, por isso, identificável *prima facie* como fonte do direito dentro de um sistema jurídico dado” (GUASTINI, 2005, p. 24).

Não se desconhece a ambiguidade do termo “normativo”, que pode referir-se tanto a algo que cria, expressa ou produz normas, quanto a algo concernente ou relativo a normas já produzidas. No primeiro caso, o termo refere-se ao discurso das fontes e no segundo ao discurso dos juristas. Na grande maioria das vezes em que empregado o termo, o leitor poderá perceber claramente a utilização que dele se faz em razão do contexto. Quando tal não for possível, e for relevante a distinção, será dado o devido esclarecimento.

âmbito de aplicação de uma norma previamente identificada. Não é difícil notar que, ainda que a interpretação em concreto pressuponha a em abstrato, trata-se de duas atividades intelectuais distintas<sup>9</sup>, que evidenciam uma dupla indeterminação do Direito.

A interpretação em abstrato chama a atenção para dois conceitos que precisam ser diferenciados: disposição textual e norma. A disposição corresponde ao texto, enquanto a norma é o significado dele extraído pelo intérprete<sup>10</sup>. Segundo Riccardo Guastini, ‘disposição’ é “qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes”<sup>11</sup>. Nesse sentido, mesmo os enunciados de ab-rogação, os que reiteram normas já vigentes e aqueles que manifestam os motivos das leis, quando constantes de documentos normativos<sup>12</sup>, são disposições. Isso porque, se se restringe o conceito aos enunciados que precisamente inovam o ordenamento, é inevitável a confusão entre texto e significado, uma vez que a identificação das disposições passa a pressupor a interpretação.

Por sua vez, é ‘norma’ “todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições)”<sup>13</sup>. Esse conceito caracteriza-se por sua amplitude, pois entende que qualquer enunciado do discurso das fontes exprime normas, não importando se são regras de conduta (comandos, proibições e autorizações), programáticas, ab-rogadoras etc.<sup>14</sup>

Não por acaso, tanto disposição quanto norma são definidas como enunciados, entendidos estes como “qualquer expressão linguística sob forma acabada”<sup>15</sup>. A norma é um enunciado porque um significado só pode ser formulado por meio de palavras, e não possui uma existência independente delas. Dessa maneira, a interpretação nada mais é do que uma reformulação do texto normativo, na qual o intérprete produz um enunciado que assume ser sinônimo de outro enunciado pertencente ao discurso das fontes e que pode substituí-lo sem perda do significado. Daí a afirmação de Carlos Maximiliano de que “a

---

<sup>9</sup> Sobre o tema, conferir: GUASTINI, 2008, pp. 30-34.

<sup>10</sup> Segundo Friedrich Müller, a disposição é o objeto da interpretação, enquanto a norma é seu produto ou resultado (MÜLLER, 2005). No mesmo sentido, conferir ENGISCH, 2008, pp. 115 e ss.

<sup>11</sup> GUASTINI, 2005, p. 25.

<sup>12</sup> Documentos normativos são aqueles formulados e promulgados por uma autoridade normativa.

<sup>13</sup> GUASTINI, 2005, p. 25. O autor afirma, ainda, que “qualquer significado atribuído a um texto normativo – sem excetuar o significado literal – é distinto do próprio texto; segundo minha estipulação, também o significado literal é uma norma e não uma disposição” (*Ibidem*, p. 32).

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 25.

letra não traduz a ideia, na sua integralidade: provoca, em alheio cérebro, o abrolhar de um produto intelectual semelhante”<sup>16</sup>.

A distinção entre as classes de enunciados está em que a disposição pertence ao discurso das fontes e a norma ao discurso dos intérpretes. Nesse sentido, assim como o discurso dos intérpretes é variável em razão da singularidade inerente a cada emissor, as normas são, necessariamente, variáveis dependentes da interpretação.

Ademais, toda disposição é, em maior ou menor grau, vaga e ambígua, de modo que é possível atribuir-lhe diversos e conflitantes significados. Em razão das diversas interpretações possíveis, uma disposição exprime, dissociadamente, uma multiplicidade de normas. Além disso, a grande maioria das disposições tem um conteúdo de significado complexo, que abarca, associadamente, duas ou mais normas.

Pode ocorrer, também, de duas disposições exprimirem normas total ou parcialmente sinônimas, entendidas essas últimas como normas que se sobrepõem em parte. Exemplo frequente é encontrado nas constituições estaduais em relação a normas reproduzidas da Constituição da República. Nesses casos, no que diz respeito à aplicação no Estado cuja Constituição reproduziu norma nacional, há duas normas idênticas para uma mesma situação.

Há ainda normas que decorrem da interpretação conjunta de diversas disposições, a exemplo daquela segundo a qual os indivíduos em idade entre 16 e 18 anos só podem casar com autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais. Trata-se de norma extraída da interpretação conjunta dos arts. 5º e 1.517 do Código Civil (Lei 10.406/2002). A este tipo de normas Riccardo Guastini confere a denominação de normas implícitas em sentido estrito, uma vez que, apesar de não se referirem a uma disposição específica, são extraídas de um conjunto de disposições a partir de um raciocínio lógico dedutivo que tem como premissas exclusivas textos normativos<sup>17</sup>. Em oposição, é explícita a norma correspondente a um significado atribuído a uma única disposição (ou fragmento de disposição) e que tenha apenas esse texto como premissa.

Por fim, há normas que não se referem a disposições específicas. Trata-se de normas implícitas em sentido amplo, as quais não são expressamente formuladas por autoridades normativas, não tendo sido objeto do regular processo legislativo prescrito pela

---

<sup>16</sup> MAXIMILIANO, 2008, p. 96.

<sup>17</sup> Outro exemplo é a norma implícita segundo a qual “o negócio celebrado por menor de dezesseis anos é inválido”, extraída do art. 3º, I, do Código Civil (CC), que classifica o menor de dezesseis anos como absolutamente incapaz, e do art. 104, I, também do CC, que traz a capacidade como um dos requisitos da validade do negócio jurídico.



Constituição para a matéria. Distinguem-se por serem construídas a partir de raciocínio lógico não dedutivo ou, ainda que dedutivo, raciocínio cujas premissas não são exclusivamente normas explícitas<sup>18</sup>. Grande parte das vezes, as normas implícitas desse tipo são deduzidas a partir de definições doutrinárias<sup>19</sup>.

Não há dificuldade em perceber, portanto, que entre disposição e norma não há uma correspondência biunívoca, de modo que a uma disposição correspondem várias normas e há normas as quais correspondem não a uma disposição específica, mas a uma combinação de disposições.

Como se argumentou, a multiplicidade de sentidos atribuíveis a uma disposição resulta não só de eventual imprecisão da linguagem, mas principalmente da singularidade de cada intérprete. Nesse contexto, o resultado da atividade interpretativa varia em razão das concepções doutrinárias e do método interpretativo utilizados. Tome-se como exemplo uma disposição que afirme a supremacia da Constituição sobre todos os demais atos normativos. A partir dessa disposição, o intérprete pode extrair diversas normas, entre as quais aquelas referentes à preservação, ou não, dos efeitos gerados por uma lei inconstitucional. A teoria da anulabilidade defendida por Kelsen sustenta que o ato normativo contrário à Constituição é inválido e deve, por isso, ser anulado por decisão do Tribunal Constitucional<sup>20</sup>. Uma vez adotado esse pressuposto, a decisão de inconstitucionalidade é, logicamente, dotada de eficácia *ex nunc* e tem como consequência a anulação da lei inconstitucional, resguardados os efeitos por ela já produzidos. Por outro lado, a teoria norte-americana, formulada por Marshall em *Marbury vs. Madison*, sustenta que todo ato normativo contrário a Constituição é nulo<sup>21</sup>. Com base em tal entendimento, a decisão de inconstitucionalidade possui eficácia *ex tunc*, sendo meramente declaratória, não havendo que se falar em preservação dos efeitos da lei inconstitucional.

Na grande maioria dos casos, não há, no Direito positivo, uma metanorma que determine qual dentre os métodos interpretativos deve prevalecer, nem as premissas

---

<sup>18</sup> Não se ignora, aqui, a impossibilidade de que o processo interpretativo seja baseado única e exclusivamente no texto normativo, justamente em razão da pré-compreensão do intérprete. Entretanto, a distinção entre normas explícitas e implícitas em sentido estrito e amplo fornecida por Guastini será adotada com a finalidade de distinguir as normas produzidas pelo Supremo Tribunal Federal a partir de textos normativos pré-existentes daquelas construídas pela Corte independentemente de sua anterior previsão legal ou constitucional. Com esse propósito, e apenas com esse objetivo, a referida distinção será adotada nesta dissertação.

<sup>19</sup> De agora em diante, para os fins dessa dissertação, salvo quando expressamente ressalvado, a expressão “norma implícita” será utilizada para designar a norma implícita em sentido amplo.

<sup>20</sup> KELSEN, 2009, pp. 303/304.

<sup>21</sup> *MARBURY v. MADISON*, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>. Acesso em 21.8.2011.

doutrinárias a serem adotadas, de modo que a escolha do intérprete depende, essencialmente, da sua pré-compreensão acerca do tema a ser analisado. Os pressupostos escolhidos determinam o resultado da interpretação seja sugerindo uma decisão que deve ser preferida às demais, seja excluindo possíveis significados.

Também a interpretação em concreto apresenta dificuldades geradas pela indeterminação do Direito. Uma vez individualizada a norma a partir de uma disposição surge a questão de saber quais são os casos concretos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação. Toda norma possui casos aos quais é claramente aplicável, outros aos quais obviamente não se aplica e tantos outros em que sua aplicabilidade é discutível<sup>22</sup>.

O vocábulo interpretação é ambíguo, ainda, em razão de referir-se a um ato cognitivo, a um ato de decisão ou a um ato de criação normativa. No primeiro caso, a interpretação consiste em simplesmente identificar os diversos significados possíveis de um texto normativo, sem escolher qualquer deles. Na segunda hipótese, a interpretação é a eleição de um significado determinado entre aqueles identificados (ou identificáveis) a partir da interpretação cognitiva, descartando-se os demais. Por fim, na terceira acepção, interpretar é *“atribuir a un texto un significado ‘nuevo’ – no comprendido entre los identificables a través de la interpretación cognitiva – y/o en recabar del texto de las normas, llamadas ‘implícitas’, a través de medios pseudo-lógicos (o sea mediante razonamientos no deductivos, y por tanto no concluyentes: por ejemplo, mediante el argumento analógico)”*<sup>23</sup>. Trata-se, no último caso, da chamada interpretação criativa, processo do qual resultam as normas implícitas.<sup>24</sup>

A definição de ‘norma’ assumida nesta dissertação assume um viés juspositivista segundo o qual não há norma sem uma disposição (ou várias disposições, ou fragmento de disposição) que a formule e exprima. Nesse sentido, as normas são entidades dependentes da linguagem, ou melhor, são produtos da interpretação de um ato da linguagem de sujeitos qualificados como autoridades normativas. É necessário, portanto, que haja um texto normativo para que exista norma<sup>25</sup>.

Diferentemente do que possa parecer à primeira vista, as normas implícitas não fogem a essa definição. Apesar de serem fruto de um raciocínio baseado em premissas

---

<sup>22</sup> Trata-se dos chamados *hard cases* aos quais se refere Ronald Dworkin (DWORKIN, 2010, pp. 127 e ss).

<sup>23</sup> GUASTINI, 2008, p. 35.

<sup>24</sup> Conforme Guastini (2005, p. 245) afirma, *“conceitualmente, uma coisa é atribuir significado a um texto, por exemplo, legislativo; outra é formular normas novas não reconduzíveis a um texto preexistente como seu significado.”*

<sup>25</sup> Não se nega aqui a existência das normas costumeiras. Ocorre que, para os fins dessa dissertação, que busca trabalhar com a interpretação de textos escritos, é conveniente restringir o conceito eleito de modo a delimitar de maneira mais precisa o objeto de estudo.

outras que não apenas textos normativos, as normas implícitas geralmente referem-se não a uma disposição específica, mas a um conjunto delas, ou ainda a disposições amplas e vagas, a exemplo de diversos princípios constitucionais. Ademais, ainda que não se trate de produto da interpretação decisória, mas de criação ou integração do Direito<sup>26</sup>, há um componente interpretativo na produção de normas implícitas<sup>27</sup> que permite sua abrangência pela definição de norma fornecida.

Ressalte-se que não se está a afirmar, todavia, que a interpretação decisória não seja um processo de criação de normas. Ao contrário, a partir da definição de ‘norma’ adotada como premissa neste trabalho, ela é sempre o resultado de um processo volitivo. Entretanto, diferentemente do que ocorre na interpretação criadora, a norma nascida da interpretação decisória pressupõe a colaboração entre legislador – entendido como autoridade a quem a Constituição confere a competência para o regular processo legislativo – e intérprete – no caso das decisões judiciais, o juiz –, tendo-se como ponto de partida o texto normativo. Neste particular, Riccardo Guastini afirma o seguinte:

Antes de tudo, pode-se indubitavelmente admitir que a interpretação é, num certo sentido, produção de normas. Apesar disso, uma coisa é “produzir uma norma” no sentido de interpretar – isto é, decidir o significado de – um texto normativo preexistente; outra é “produzir uma norma” no sentido de formular um texto normativo *ex novo*. Talvez não haja uma diferença nítida, mas de certo há uma diferença de grau. Ambas as coisas comportam um certo grau de discricionariedade política, é verdade. Mas, para sermos exatos, trata-se de dois graus distintos de discricionariedade. O legislador não está vinculado por textos preexistentes, o juiz sim. É ainda verdade que os textos legislativos jamais possuem um significado unívoco, que se presta a diversas e conflitantes interpretações, de sorte a constituírem, para o juiz, um vínculo – ao contrário – débil. Mas mesmo um vínculo débil é sempre um vínculo, um limite: é, de fato, impossível para o juiz atribuir a um texto – literalmente – “qualquer” significado ao seu gosto. A atividade legislativa está livre de vínculos desse tipo.<sup>28</sup>

De fato, a não ser pelas normas constitucionais que estabelecem a competência e os traços gerais da matéria a ser disciplinada, o legislador, geralmente, possui um grau amplo de discricionariedade para produzir o texto normativo, que não está adstrito a outro texto que pretende exaurir por completo o tema. Diferentemente, o juiz deve extrair as normas de textos que pretendem regular todas as situações de fato incluídas em seu campo de aplicação<sup>29</sup>. E, por isso, ao contrário do que ocorre no âmbito legislativo, as decisões judiciais devem ser motivadas e tais motivos devem ter base na lei. Essa obrigação limita,

---

<sup>26</sup> Cf. GUASTINI, 2005, pp. 40-43.

<sup>27</sup> Trata-se da interpretação criativa, anteriormente referida.

<sup>28</sup> GUASTINI, 2005, pp. 221/222.

<sup>29</sup> Nas diversas ocasiões em que isto não ocorre, está-se diante de uma lacuna.

é claro que sem eliminar, a discricionariedade do juiz, uma vez que nem todo significado atribuído a um texto normativo pode ser motivado de forma plausível ou persuasiva.

Nesse contexto, fica claro que, apesar de indeterminada, a pluralidade de interpretações que admite todo texto normativo é limitada, restando excluídas aquelas que não podem ser persuasivamente argumentadas.<sup>30</sup>

Quando o intérprete confere a um texto normativo uma tal interpretação, ele está, em verdade, criando direito novo a partir da formulação de uma norma não expressa na disposição que pretende interpretar. É claro que a constatação de que dada interpretação cria direito novo depende, ela também, do olhar do intérprete. Entretanto, mesmo que na grande maioria dos casos tal constatação suscite controvérsias, a partir de um juízo de razoabilidade é possível identificar situações extremas nas quais o sentido conferido à disposição pelo intérprete claramente não constitui um de seus significados possíveis.

Nessas circunstâncias, o intérprete formula uma norma implícita em sentido amplo, não expressa pela disposição. Trata-se de um processo de integração do Direito que, comumente, ocorre em situações nas quais, entre as interpretações possíveis do texto, (i) não há nenhuma norma que discipline o caso particular submetido ao intérprete; (ii) a norma que regulamenta o caso particular é injusta do ponto de vista do intérprete; ou (iii) há duas ou mais normas incompatíveis entre si e aplicáveis ao caso particular. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se uma lacuna<sup>31</sup> e, na terceira, uma antinomia.

Tratando-se o intérprete de um juiz – a quem, no Direito brasileiro assim como em diversos outros ordenamentos, é vedado recusar-se a decidir um caso sob o argumento de ser a lei lacunosa ou contraditória –, resta-lhe, necessariamente, criar norma nova apta a suplantiar a lacuna ou decidir qual das normas em conflito deve ser aplicada, em detrimento da outra, de modo a definir qual a disciplina adequada ao caso concreto. Em ambas as hipóteses, procede-se a uma interpretação criadora.

---

<sup>30</sup> Segundo Guastini (2005), “os usos linguísticos existentes dentro de uma dada comunidade, os (eventuais) hábitos interpretativos já creditados e consolidados permitem uma certa gama de possíveis interpretações e, ao mesmo tempo, dela excluem outras que, por alguma razão, parecem improponíveis ou intoleráveis”. Umberto Eco afirma que o intérprete não está “autorizado a dizer que a mensagem pode significar qualquer coisa. Pode significar muitas coisas, mas há sentidos que seria despropositado sugerir” (ECO, 1993, p. 50).

<sup>31</sup> Conforme será exposto mais adiante, na primeira hipótese, trata-se de lacuna normativa e, na segunda, de lacuna axiológica.

## 2. A INTEPRETAÇÃO CONFORME NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Grosso modo, e apenas para se ter um ponto de partida nesta análise, é possível definir a interpretação conforme como imperativo segundo o qual os atos normativos devem ser interpretados em conformidade com os preceitos constitucionais e, em havendo mais de uma interpretação constitucional de uma mesma disposição, deve-se optar por aquela que melhor realize os valores da Constituição.

Ainda que não se trate de princípio de interpretação constitucional, já que “o objetivo principal não é interpretar a própria constituição, mas as leis infraconstitucionais”<sup>32</sup>, deve-se observar que o mecanismo envolve, necessariamente, um mínimo de interpretação do parâmetro. Daí já se percebe tratar-se de fenômeno multifacetado cuja compreensão só é possível se bem entendidos seus fundamentos e as funções que desempenha na jurisdição constitucional.

### 2.1. Regra de hermenêutica ou técnica de decisão?

Preliminarmente, ressalte-se ser frequente na doutrina a classificação do instituto ora como regra de hermenêutica ora como técnica de decisão. Ainda que essa questão não tenha muita importância para os fins desta dissertação – posto que despida de grandes consequências práticas na sistemática do controle concentrado de constitucionalidade no Direito brasileiro –, o tema é objeto de debate.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni<sup>33</sup> defende uma diferenciação conceitual, segundo a qual a denominação de interpretação conforme a Constituição restringe-se à sua utilização como instrumento de controle de constitucionalidade (técnica de decisão). Quando utilizado como método de hermenêutica, o mecanismo passaria a ser denominado interpretação de acordo com a Constituição. José Levi Mello do Amaral Júnior vai além e restringe a interpretação conforme aos casos em que utilizada como regra de hermenêutica,

---

<sup>32</sup> SILVA, 2006, p. 192.

<sup>33</sup> MARINONI, 2010, pp. 174-177.

classificando como declaração parcial de nulidade sem redução de texto seu uso enquanto técnica de decisão de inconstitucionalidade<sup>34</sup>.

A maior relevância da questão é observada no campo do controle difuso de constitucionalidade. No Direito brasileiro, o modelo misto de controle autoriza os juízes a afastarem a aplicação de ato normativo quando verificada a sua inconstitucionalidade. Exige-se, para tanto, que o vício seja reconhecido em pronunciamento do plenário ou órgão especial do tribunal a que submetido o juiz (regra do *full bench* – art. 97, CR).

É importante observar que, nesse contexto, “não é a perspectiva de redução do texto normativo que requer seja observada a regra do *full bench*, mas, sim, a possível declaração de inconstitucionalidade de uma norma (expressa ou implícita), o que pode ou não implicar redução de texto”<sup>35</sup>.

Assim, quando da interpretação conforme resulta diminuição do âmbito de aplicação da norma, porque operada declaração parcial de nulidade sem redução de texto, é imprescindível que a questão seja submetida ao plenário ou órgão especial do tribunal. Diferentemente, nos casos em que utilizada simplesmente como regra de hermenêutica, em que o juiz, sem invalidar quaisquer outros significados, atribui ao enunciado um sentido conforme a Constituição, não há que se falar em reserva de plenário. Nesses casos, o mecanismo “pode – e deve – ser utilizad[o] por todo e qualquer juízo, monocrático ou colegiado, não requerendo, neste último caso, julgamento plenário”<sup>36</sup>.

Nesse sentido, Rui Medeiros aponta a existência de uma corrente doutrinária que, embora considere legítima a interpretação corretiva da lei, restringe à interpretação conforme enquanto técnica de decisão a possibilidade de sua utilização com esse intuito<sup>37</sup>. Isso porque a possibilidade de se aplicar uma interpretação corretiva teria como pressuposto a competência para efetuar o juízo de inconstitucionalidade da disposição interpretada.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, a interpretação conforme já era reconhecida como técnica de decisão do controle de constitucionalidade. No julgamento plenário da Rp 1.417, apesar de entender não ser cabível sua aplicação ao caso, o relator, Min. Moreira Alves, consignou no voto condutor do acórdão que “o princípio da interpretação conforme à Constituição é,

---

<sup>34</sup> AMARAL JÚNIOR, 2009, pp. 1.623-1.628.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 1.628.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 1.628.

<sup>37</sup> MEDEIROS, 1999, p. 303.

na verdade, um princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas uma simples regra de interpretação<sup>38</sup>.

Essa orientação, mantida pela jurisprudência do Tribunal nos anos seguintes, foi posteriormente incorporada pelo legislador no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/1999<sup>39</sup>. Assim, quando utilizado no controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o instituto possui inequívoco caráter de técnica de decisão. Isso não impede, todavia, que a Corte realize a interpretação conforme de disposição para proferir outros tipos de decisão, a exemplo da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto<sup>40</sup>. Em casos como esse, a interpretação conforme é utilizada como mecanismo de hermenêutica que conduz o intérprete a optar por um ou outro sentido compatível com a disposição interpretada. Ocorre que, em qualquer dessas situações, a decisão proferida será revestida de eficácia *erga omnes*, não importando se a interpretação conforme foi utilizada como fator decisório ou como a decisão em si.

Como se verá adiante, por força da supremacia da Constituição e da unidade do ordenamento, a interpretação conforme é, de fato, regra de hermenêutica. Mas, quando utilizada no controle de constitucionalidade, pode assumir feições de técnica de decisão. Esse duplo caráter do instituto é afirmado, entre outros, por Jorge Miranda<sup>41</sup>, Carlos Blanco de Moraes<sup>42</sup>, Luís Roberto Barroso<sup>43</sup>, Inocêncio Mártires Coelho<sup>44</sup> e Lucas Catib de Laurentiis<sup>45</sup>.

---

<sup>38</sup> Rp. 1.417, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.4.1988, voto do relator, p. 33.

<sup>39</sup> Art. 28. (...):

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>40</sup> A distinção entre as duas técnicas de decisão será objeto de análise mais adiante.

<sup>41</sup> “A chamada interpretação conforme à Constituição repousa nesta base. Mas vem a ser mais do que a aplicação de uma regra de interpretação. É um procedimento ou regra própria da fiscalidade da constitucionalidade, que se justifica em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos – e não de uma presunção de constitucionalidade da norma.” (MIRANDA, 2001, p. 267).

<sup>42</sup> “No campo específico da atuação da Justiça Constitucional a interpretação conforme é um método de fiscalização da constitucionalidade e não apenas um preceito hermenêutico, dado fundamentar o conteúdo de uma sentença de rejeição que contém um juízo condicional de não inconstitucionalidade em relação a uma disposição normativa impugnada.” (MORAIS, 2005, p. 327).

<sup>43</sup> “Destina-se ela [a interpretação conforme a Constituição] à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. Como se depreende da assertiva precedente, o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade.” (BARROSO, 2009, p. 301).

<sup>44</sup> BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 112.

<sup>45</sup> LAURENTIIS, 2012, p. 73.

## 2.2. Fundamentos da interpretação conforme

Os diversos usos que se faz da interpretação conforme correspondem a (i) “uma função de apoio ou de confirmação de um sentido da norma já sugerido pelos restantes elementos de interpretação”; (ii) “uma função de escolha entre várias soluções que não se mostrem incompatíveis com a letra da lei, servindo para excluir um sentido possível e para optar por outro igualmente compatível com a letra da lei”; (iii) “uma função de correção dos sentidos literais possíveis”; e (iv) “uma função de revisão da lei através da atribuição à Constituição de um peso decisivo, determinante e superior aos demais elementos tradicionais de interpretação”<sup>46</sup>.

Para todos eles, é frequente na doutrina que se apontem os princípios da presunção de constitucionalidade das leis e da conservação dos atos normativos como fundamentos legitimadores do emprego da técnica<sup>47</sup>. Entretanto, ambos oferecem algumas limitações quando se pretende justificar a existência da interpretação conforme em toda a sua complexidade.

Da presunção de constitucionalidade das leis, entendida como “uma espécie de benefício da dúvida que se deve conceder a todo legislador democraticamente eleito e presumivelmente fiel ao texto constitucional”<sup>48 49</sup>, é possível chegar-se à conclusão de que, havendo diversas interpretações possíveis para determinada disposição textual, o intérprete deve optar por uma entre aquelas que sejam compatíveis com o texto constitucional.

---

<sup>46</sup> MEDEIROS, 1999, p. 301.

<sup>47</sup> Cf., entre outros, BARROSO, 2009, p. 300; BITTENCOURT, 1949, p. 93; BONAVIDES, 2008, pp. 235 e ss; e MAXIMILIANO, 1954, p. 157.

<sup>48</sup> SANTAMARIA PASTOR, Juan *apud* MEDEIROS, 1999, p. 291.

<sup>49</sup> Ressalve-se aqui o entendimento de Lúcio Bittencourt, para quem a presunção de constitucionalidade das leis, além de derivar da suposta observância dos preceitos constitucionais pelo legislador, decorre do fato de que, até que algum juiz ou tribunal declare o contrário, a lei é válida (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 95). Nesse caso, a presunção de constitucionalidade seria aplicável também ao Direito pré constitucional, como o próprio autor afirma (Ibidem, p. 115). O argumento, todavia, não procede. A presunção de constitucionalidade de uma lei não reside no fato de nunca ter sido declarada inconstitucional pelo Judiciário. Basta ilustrar com a hipótese em que determinado órgão especial de um tribunal, do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, declare a inconstitucionalidade da lei “L” em processo de controle difuso e concreto de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a compatibilidade da mesma lei “L” com a Constituição, em processo abstrato, não está vinculado ao juízo de inconstitucionalidade realizado pelo STJ e poderá declarar constitucional a referida lei. Ora, mesmo tendo sua inconstitucionalidade declarada pelo STJ em processo do controle difuso, portanto não vinculante e com eficácia *inter partes*, a lei “L” continua gozando de presunção de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, até que seja retirada do ordenamento pelo órgão competente.



As razões que sustentam o princípio, todavia, não explicam a admissibilidade da interpretação conforme do Direito pré-constitucional <sup>50</sup>. Isso porque o legislador tem sua atividade balizada pela Constituição vigente, não podendo exigir-se que obedeça a preceitos constitucionais ainda não elaborados. Nesse sentido são as manifestações de J. J. Gomes Canotilho <sup>51</sup>, Rui Medeiros <sup>52</sup> e Carlos Blanco de Moraes <sup>53</sup>.

Além disso, a presunção de constitucionalidade não explica a utilização da interpretação conforme nas situações em que o intérprete, defronte a vários significados compatíveis com a Constituição, opta por aquele que melhor realize os preceitos constitucionais. E uma das implicações do instituto é justamente a determinação de que, respeitados os seus limites, entre as normas possíveis de uma disposição o intérprete escolha “aquela que for mais consentânea com o aparente objetivo e razão de ser da providência inserta no estatuto fundamental”<sup>54</sup>.

Segundo o princípio da conservação dos atos normativos, “uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os [seus] fins, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição” <sup>55</sup>. Daí a afirmação de José Levi Mello do Amaral Júnior de que, “sempre que possível, a fim de preservar a legislação de origem parlamentar, o julgador deve utilizá-la [a técnica da interpretação conforme]”<sup>56</sup>.

Busca-se, assim, “assegurar o máximo aproveitamento dos actos jurídicos numa lógica de economia processual; (...) manter, por via interpretativa, as disposições em vigor, sempre que seja possível preservá-las, de modo a evitar a instabilidade dos regimes jurídicos;” bem como “(...) obstar à ocorrência de lacunas não preenchidas atempadamente pelo legislador; e (...) precluir a perturbação de situações póstumas que, embora inválidas se encontram estabilizadas”<sup>57</sup>.

---

<sup>50</sup> Verifica-se no acórdão proferido na ADPF 46 (Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, DJe 35, de 26.2.2010) que a interpretação conforme de atos normativos pré-constitucionais é admitida pelo Supremo Tribunal Federal.

Rui Medeiros reconhece a possibilidade da interpretação conforme a nova Constituição do Direito à ela anterior, principalmente se adotada uma teoria objetivista atualista da interpretação. Ressalva, entretanto, que, “mesmo que se perfilhe esta concepção, deve ficar claro que está ‘vedada aos juízes a feitura de uma nova lei com conteúdo diferente da anterior’: a interpretação conforme à Constituição não pode, em caso algum, converter-se em ‘instrumento de revisão do Direito anterior à Constituição’” (MEDEIROS, 1999, p. 314).

<sup>51</sup> CANOTILHO, 1999, p. 1.229.

<sup>52</sup> MEDEIROS, 1999, p. 292.

<sup>53</sup> MORAIS, 2005, p. 333.

<sup>54</sup> MAXIMILIANO, 1954, p. 141.

<sup>55</sup> CANOTILHO, 1999, p. 1.151.

<sup>56</sup> AMARAL JÚNIOR, 2009, p. 1.620.

<sup>57</sup> MORAIS, 2005, p. 333.

Os objetivos perseguidos pelo princípio justificam o emprego da interpretação conforme quando dela decorra a declaração de inconstitucionalidade de uma ou mais normas contidas em uma disposição<sup>58</sup>. Entretanto, quando o intérprete busca apontar o significado que melhor realize os preceitos constitucionais, não estando em discussão uma interpretação inconstitucional, não faz sentido apoiar-se na conservação dos atos normativos<sup>59</sup>.

Rui Medeiros, em aprofundada análise sobre o tema, conclui que, se levadas em consideração as diferentes funções que desempenha na jurisdição constitucional, a percepção da interpretação conforme como “simples concretização da interpretação sistemático-teleológica”<sup>60</sup> é a que melhor compreende o fenômeno em toda sua extensão. No mesmo sentido, a partir das lições de Heinz Schäffer e Konrad Hesse, Carlos Blanco de Moraes assevera que “a interpretação conforme com a Constituição define-se como uma modalidade de interpretação ‘*secundum constitutionem*’, consistindo um critério, de recorte dogmático inerente a uma operação hermenêutica de natureza sistemático-teleológica”<sup>61</sup>. A conclusão é ratificada também por Jorge Miranda ao afirmar que “trata-se, antes de mais, de conceder todo o relevo, dentro do elemento sistemático da interpretação, à referência à Constituição”<sup>62</sup>. Essa parece ser a explicação que melhor contempla a questão em toda a sua complexidade. Dessa maneira, a fundamentação da interpretação conforme confunde-se com a própria fundamentação deste elemento de hermenêutica<sup>63</sup>.

### 2.2.1. A interpretação conforme como concretização da interpretação sistemático teleológica

Por força do elemento sistemático teleológico<sup>64</sup>, o intérprete deve levar em consideração toda a ordem jurídica na interpretação dos atos normativos. Para tanto, deve

---

<sup>58</sup> MIRANDA, 2001, p. 233.

<sup>59</sup> MEDEIROS, 1999, p. 294/295.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 296. No mesmo sentido: LARENZ, 1997, p. 120.

<sup>61</sup> MORAIS, 2005, p. 326.

<sup>62</sup> MIRANDA, 2007, p. 312.

<sup>63</sup> MEDEIROS, 1999, p. 296.

<sup>64</sup> Ainda que se trate de duas espécies distintas, não há grave imprecisão em referir-se genericamente a um elemento sistemático teleológico. Nesse sentido, afirma Rui Medeiros:

“Esta referência genérica não ignora que a doutrina distingue, tradicionalmente, o elemento sistemático do elemento teleológico. Mas, para efeitos do presente estudo, e neste local em concreto, pretende-se sublinhar, com Engisch, que a 'referência do sentido de cada regra jurídica ao ordenamento jurídico global é em boa medida teleológica – na medida em que as regras jurídicas têm em grande parte por função preencher certos fins em combinação com outras normas, –, a interpretação sistemática (...) é já,

ter como premissas a unidade e a coerência do sistema a ser compreendido, e orientar sua atividade de modo a buscar realizar, com a maior eficiência possível<sup>65</sup>, os fins da disposição interpretada e da legislação pertinente, bem como os princípios e diretrizes constitucionais a eles relacionados. Daí a afirmação de Larenz de que “o intérprete há de ter sempre presentes a globalidade dos fins que servem de base a uma regulação”<sup>66</sup>.

Nesse mister, confere-se atenção especial ao Direito superior, em razão do escalonamento do ordenamento. Decorre daí, por exemplo, a interpretação dos regulamentos em conformidade com as leis e a interpretação das leis (e dos demais atos normativos do ordenamento) em conformidade com a Constituição.

Desnecessário dizer que a Constituição ocupa lugar de destaque no processo, uma vez que, se dotada de força normativa plena, confere validade e orienta toda a ordem jurídica. Nesse sentido, ao tratar do elemento teleológico da interpretação, Larenz lembra que “entre os princípios ético jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional”<sup>67</sup>.

Do destaque conferido à Constituição no processo de interpretação dos atos normativos, bem como da consequente necessidade de satisfazer na maior medida possível os fins constitucionais, decorre o enunciado de que “entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios [hermenêuticos] sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição”<sup>68</sup>.

Como dito, essa definição da interpretação conforme tem por premissas a unidade e a coerência do ordenamento jurídico. Entretanto, para que a conceituação ofereça a segurança necessária à continuação de nossa análise, consistente na averiguação dos diferentes usos da interpretação conforme que faz a jurisprudência, deve-se, por precaução, verificar o embasamento teórico que sustenta as premissas adotadas.

---

em larga medida e simultaneamente, interpretação teleológica'. A argumentação baseada no sistema interno – acrescenta Claus – Wilhelm Canaris – exprime o prolongamento da interpretação teleológica ou, melhor, apenas um grau mais elevado dentro desta – um grau no qual se progrida da *ratio legis* à *ratio iuris*” (MEDEIROS, 1999, p. 296).

Igualmente, Karl Larenz afirma que a “conexão de significado da lei, e também a sistemática conceptual que lhe é subjacente, só é compreensível quando se tomam também em consideração os fins da regulação” (LARENZ, 1989, pp. 393/394).

<sup>65</sup> Larenz refere-se à necessidade de que a interpretação atribuída à disposição deve corresponder “optimamente” aos “fins cognoscíveis e ideias fundamentais” do ordenamento. Acrescenta, adiante o mister de que a interpretação deve ser realizada de modo que os objetivos da lei sejam alcançados “do melhor modo possível” (LARENZ, 1989, p. 401).

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 401.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 410.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 411.

### 2.2.1.1. A unidade do ordenamento

No que diz respeito à unidade do ordenamento, a análise não encontra maiores dificuldades já que a própria expressão “ordenamento jurídico” implica seja considerado como algo unitário, por mais complexas que sejam as relações entre suas normas.

Em ordenamentos hierarquizados, como o brasileiro, todas as normas têm como ponto de referência último o poder originário, além do qual não há nenhum outro que possa justificar a normatividade do sistema<sup>69</sup>. Dessa “fonte das fontes” decorre a unidade do ordenamento. Ela dá origem à norma fundamental que, por consistir fundamento de validade de todas as demais, faz das normas espalhadas um conjunto unitário chamado ordenamento, ainda que haja incontáveis fontes responsáveis pela atualização e especificação do Direito em toda a sociedade<sup>70</sup>.

Deriva daí o princípio da supremacia da Constituição, postulado cuja “principal manifestação (...) consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela [da Constituição] e passada pelo seu crivo”<sup>71</sup>. Esse é, para muitos autores, a exemplo de Konrad Hesse<sup>72</sup>, Carlos Blanco de Moraes<sup>73</sup>, García de Enterría<sup>74</sup>, Lúcio Bittencourt<sup>75</sup>, José Levi Mello do Amaral Júnior<sup>76</sup>, Luis Roberto Barroso<sup>77</sup> e Eduardo Appio<sup>78</sup>, um dos principais fundamentos da interpretação conforme a Constituição. Nesse sentido, Ramon Peralta assevera que “el principio de jerarquía normativa se incardina (...) como factor determinante, necesario en la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a su norma fundamental”<sup>79</sup>.

Sobre o tema, Canotilho afirma que, na medida em que “o princípio da interpretação conforme a Constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento de normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei (...), o princípio da interpretação conforme a Constituição é mais um

---

<sup>69</sup> Trata-se do poder responsável pela elaboração da norma fundamental kelseniana.

<sup>70</sup> A questão é tratada detalhadamente em BOBBIO, 1995, pp. 37-70.

<sup>71</sup> CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 45.

<sup>72</sup> HESSE, 1998, p. 77.

<sup>73</sup> MORAIS, 2005, p. 327.

<sup>74</sup> ENTERRÍA, 1994, p. 95.

<sup>75</sup> BITTENCOURT, 1949, pp. 63/64.

<sup>76</sup> AMARAL JÚNIOR, 2009, p. 1.620.

<sup>77</sup> BARROSO, 1996, p. 192.

<sup>78</sup> APPIO, 2008, p. 33.

<sup>79</sup> PERALTA, 1994, p. 49.

princípio de prevalência normativo vertical ou de integração hierárquico normativa do que um simples princípio de conservação de normas”<sup>80</sup>.

### 2.2.1.2. A coerência do ordenamento e a questão das antinomias

Justificar a existência de coerência no ordenamento jurídico não é uma tarefa simples. Ordenamentos complexos como o nosso são marcados pela pluralidade de fontes, o que possibilita a legítima criação de disposições materialmente contraditórias e de mesma hierarquia.

Finda a análise nesse ponto, não haveria, aparentemente, como se conceber o ordenamento como um encadeamento lógico de disposições. Entretanto, é justamente da reação do conjunto normativo à existência de normas contraditórias que nasce seu caráter sistêmico.

Como referido no capítulo anterior, em razão dos diversos métodos interpretativos que podem ser adotados, bem como devido à pré-compreensão própria de cada intérprete, toda disposição fornece um número múltiplo, mas não infinito, de significados possíveis. Além disso, como já foi registrado, também a interpretação em concreto de cada norma admite diversas delimitações de seu âmbito de aplicação. Tais fatores, aliados à falibilidade humana dos legisladores, causam, não raramente, que diferentes normas colidam – ou aparentem colidir – entre si.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> CANOTILHO, 1999, p. 1.112.

<sup>81</sup> A relação entre a interpretação e os conflitos normativos é descrita por Riccardo Guastini (2008, pp. 85/86) da seguinte maneira:

La doctrina tradicional sostiene que los conflictos normativos constituyen un problema de interpretación, en el sentido de que es tarea de la interpretación reconocer dichos conflictos y resolverlos. Pero si observamos con atención, las cosas no son exactamente así.

En primer lugar, con frecuencia los conflictos pueden evitarse, prevenirse, a través de la interpretación: en el sentido de que los textos normativos pueden interpretarse como textos que expresan normas compatibles, de manera que el conflicto simplemente no se presenta. Éste es el caso de la interpretación que se conoce como “adecuadora”. Puede entenderse que una ley expresa alternativamente la norma A o la norma B; por hipótesis la norma A contradice la constitución, mientras la norma B se adecua a la misma; y bien, es suficiente con interpretar en el sentido B, descartando el sentido A, para evitar que el conflicto se presente.

En segundo lugar, por consecuencia, es posible crear un conflicto a través de la interpretación: en el sentido de que es posible interpretar que los textos normativos expresan normas incompatibles. Consideremos el caso de una ley que puede entenderse que expresa de manera alternativa la norma A o en cambio la norma B; en hipótesis, la norma A es incompatible con la constitución, mientras la norma B es conforme a la constitución; evidentemente es suficiente con interpretar en el sentido A, evitando la interpretación adecuada, para obtener un conflicto entre ley y constitución.

O conflito entre normas, ou antinomia, é uma situação na qual duas ou mais normas válidas oferecem soluções distintas e incompatíveis para a mesma controvérsia. Segundo Riccardo Guastini, “uma antinomia não comporta, por si, a invalidade – nem, menos ainda, a inexistência – de uma das duas normas em conflito. Pode acontecer, sim, que uma das duas normas conflitantes seja inválida, mas certamente não por necessidade lógica. Uma das duas normas antinômicas é inválida se – e somente se – assim for estabelecido pelo próprio direito”<sup>82</sup>. Como as antinomias, se não solucionadas, podem acarretar que situações semelhantes sejam resolvidas de maneiras completamente diferentes, causando incerteza ao Direito e violação ao princípio da isonomia, faz-se necessário estabelecer diretrizes que busquem resolver a maior quantidade possível dos conflitos<sup>83</sup>.

As antinomias podem ser abstratas ou concretas, a depender do momento em que são identificáveis no processo interpretativo. O conflito em abstrato, mais raro, é verificado na primeira fase do processo interpretativo e ocorre quando duas ou mais normas oferecem soluções jurídicas incompatíveis para duas classes de situações que se sobrepõem, ainda que parcialmente, do ponto de vista conceitual. Nesse sentido, uma norma que proíba o uso de determinado psicotrópico conflita com outra que permita seu consumo em cultos religiosos. O conflito em abstrato depende, portanto, da estrutura conceitual da linguagem normativa.

O conflito em concreto, por sua vez, é produzido no momento da aplicação do Direito, quando duas ou mais normas ligam a mesma situação de fato a consequências jurídicas incompatíveis. Esse tipo de antinomia só pode ser identificado no momento da aplicação das normas a um caso concreto ao qual ambas sejam validamente empregáveis, ainda que independentes do ponto de vista conceitual. Um exemplo é o conflito que pode nascer entre a norma que determina que “todo cidadão deve pagar a contribuição c” e outra que estabelece que “os portadores de deficiência são isentos do pagamento da contribuição c”. Conceitualmente, as classes dos “cidadãos” e dos “portadores de deficiência” são

---

En tercer lugar, por consecuencia, la identificación de un conflicto presupone la interpretación. Ningún conflicto subsiste antes de la interpretación. Además, un conflicto normativo es una relación lógica entre significados, no entre textos, y los significados (las “normas”, entendidas como contenido de sentido de los textos normativos) son el resultado de la interpretación.

<sup>82</sup> GUASTINI, 2005, p. 103.

<sup>83</sup> Um exemplo pode ser encontrado no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação dada pela Lei nº 12.376/2010):

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

independentes, de modo que a existência, ou não, de “cidadãos portadores de deficiência” é absolutamente contingente, podendo ser uma classe vazia. Pode tanto não haver nenhum portador de deficiência no país, quanto todos eles podem ser estrangeiros. Por isso, apesar de muito provável, o conflito entre as normas não é necessário e só se apresenta no caso de um cidadão ser portador de deficiência.

As antinomias podem, ainda, ser totais ou parciais. É total a antinomia que liga consequências jurídicas incompatíveis à mesma classe de situações, a exemplo de uma norma que proíbe e outra que permite o aborto. As antinomias parciais são aquelas que conectam consequências jurídicas incompatíveis a duas classes de situações que se sobrepõem em parte. Elas se dividem em unilaterais e bilaterais. Uma antinomia é unilateral quando uma das classes de situações está inteiramente incluída na outra, como no exemplo acima em relação ao consumo do psicotrópico. O consumo da substância em cultos religiosos está evidentemente incluído na classe das situações do seu uso. Na antinomia bilateral, por sua vez, as duas classes de situações se sobrepõem apenas em alguns pontos. Trata-se do exemplo do cidadão portador de deficiência física, utilizado no parágrafo anterior. Na hipótese, o conflito só se apresenta quando houver um caso de cidadão portador de deficiência.

A identificação das antinomias, ao contrário do que possa parecer, não é algo descomplicado. Isso porque, assim como as lacunas, a maior parte das antinomias não podem ser reconhecidas por meio de uma averiguação factual, já que constituem variável dependente da interpretação, podendo por ela serem tanto criadas como solucionadas.

Tome-se como exemplo, a partir da formulação de Riccardo Guastini<sup>84</sup>, as seguintes disposições hipotéticas:

D1: Todo cidadão (C) residente (R) deve pagar certo imposto (I).

D2: O imposto não é devido (não I) pelos não residentes (R).

D3: O imposto não é devido (não I) pelos desempregados (D).

Uma interpretação no sentido comumente atribuído aos termos das disposições levaria à expressão de normas na seguinte estrutura:

N1: Se (C e R), então I.

---

<sup>84</sup> GUASTINI, 2005, pp. 227/228.

N2: Se não R, então não I.

N3: Se D, então não I.

Entre as possíveis situações de fato que integram a relação entre cidadãos, residentes, desempregados e devedores do imposto I, estão as seguintes:

1. C e D e R.
2. C e D e não R.
3. C e não D e R.
4. C e não D e não R.
5. Não C e D e R.
6. Não C e D e não R.
7. Não C e não D e R.
8. Não C e não D e não R.

Para as situações 2, 3, 4, 5, 6 e 8, o complexo normativo oferece, à primeira vista, uma única consequência jurídica. Nas situações 2, 4, 5, 6 e 8, não haverá a cobrança do imposto I, e ele será devido na situação 3. A situação 7 exemplifica uma lacuna, que será analisada no item 3.3, *infra*. A situação 1, por sua vez, combina a incidência de N1 e N3, sendo incompatíveis as consequências por elas impostas. Em N1, o cidadão residente, não importa se desempregado, deve pagar o imposto. Em N2, o desempregado, não importa se cidadão residente, não deve pagar o imposto.

O conflito, todavia, é fruto da interpretação “literal” que se atribuiu às disposições. De outro modo, se o intérprete adota uma interpretação sistemática e assume implícita uma cláusula de exceção em D1, é facilmente extraída a norma segundo a qual o imposto I é devido por cidadãos residentes, desde que empregados. Inexiste, nessa segunda hipótese, conflito entre as normas.

Como o ordenamento não oferece uma “metanorma” que defina qual técnica de interpretação deve ser aplicada, além da interpretação “literal” e da interpretação



sistemática propostas<sup>85</sup>, o intérprete poderia ainda optar por várias outras comumente praticáveis e cuja justificação seria igualmente plausível.

Frente a uma antinomia, duas são as alternativas que se apresentam. Primeiramente, o intérprete deve tentar eliminar uma das duas normas em conflito, considerando-a inválida por meio da aplicação do critério hierárquico (*Lex superior derogat legi inferiori*) ou do cronológico (*Lex posterior derogat legi priori*), os quais são aplicáveis também às disposições.

O critério hierárquico é uma consequência lógica da hierarquia normativa característica da unidade do ordenamento. Nesse sentido, as normas superiores podem revogar as inferiores, mas não o contrário. “A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior”<sup>86</sup>. O critério cronológico, positivado no § 1º do art. 2º da Lei de introdução às normas do Direito brasileiro, decorre de “uma regra geral [existente] no Direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo”<sup>87</sup>. Por mais óbvio que possa parecer, é importante ressaltar que, quando uma norma posterior e inferior contraria outra anterior e superior, é a última que deve prevalecer<sup>88</sup>.

Nos casos em que a aplicação desses critérios basta para solucionar o conflito, em razão da facilidade com que é possível identificar a norma a ser aplicada, Bobbio diz tratar-se de antinomias aparentes<sup>89</sup>.

Há, entretanto, situações em que os critérios acima são insuficientes para a determinação da norma a ser aplicada, como no conflito entre normas contemporâneas e de mesma hierarquia<sup>90</sup>. Em outros casos, mesmo sendo possível solucionar o conflito com a aplicação dos referidos critérios, o intérprete, por meio da interpretação sistemático

---

<sup>85</sup> Sabe-se que os elementos interpretativos não são estanques e isolados. Ao falar-se aqui em interpretação literal ou sistemática, pretende-se apenas destacar o elemento ao qual foi dado peso determinante no processo interpretativo.

<sup>86</sup> BOBBIO, 1995, p. 93.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>88</sup> Nesse particular, Bobbio afirma que “essa solução é bastante óbvia: se o critério cronológico devesse prevalecer sobre o hierárquico, o princípio mesmo da ordem hierárquica das normas seria tornado vão, porque a norma superior perderia o poder, que lhe é próprio, de não ser ab-rogada pelas normas inferiores. O critério cronológico vale como critério de escolha entre duas normas colocadas no mesmo plano. Quando duas normas são colocadas sobre dois planos diferentes, o critério natural de escolha é aquele que nasce da própria diferença de planos” (*Ibidem*, pp. 107/108).

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>90</sup> Trata-se de antinomias reais na classificação de Bobbio (*Ibidem*, p. 92).

teleológica, consegue solucionar a antinomia sem a eliminação das disposições, conferindo-lhe significados harmônicos e defensáveis.

Em tais situações, o juiz deve partir para a segunda alternativa e solucionar o conflito por meio da interpretação (i) atribuindo a uma das normas o valor de regra geral e à outra o valor de exceção, de modo a aplicar o critério da especialidade (*Lex specialis derogat legi generali*)<sup>91</sup>; ou (ii) optando por conferir às disposições conflitantes significados distintos de modo a evitar a incompatibilidade. No caso de conflito que envolva disposição constitucional, essa hipótese consiste na adoção, para a disposição infraconstitucional, de uma interpretação conforme. É nesse sentido que muitas vezes atua o Supremo Tribunal Federal ao utilizar a interpretação conforme a Constituição. Trata-se de procedimento no qual, verificada uma antinomia entre norma extraída de certa disposição infraconstitucional e norma constitucional, ao Tribunal é possibilitado prevenir o conflito simplesmente conferindo à disposição significado diverso que não contrarie o parâmetro em questão. O papel da Corte, nessas hipóteses, consiste em “demonstrar que [as normas] não são puramente incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas”<sup>92</sup>.

Mas, como as antinomias constituem variável dependente da interpretação, podem também por ela serem criadas, inclusive por meio da interpretação conforme a Constituição. Cite-se, nesse ponto, o julgamento plenário da ADI 1.194<sup>93</sup>, ajuizada contra diversos dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, entre eles os arts. 21 e 24, §3º, assim redigidos: “Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados. Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado

---

<sup>91</sup> Nas palavras de Bobbio, “a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deva prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. Bloquear a lei especial frente à geral significa paralisar esse desenvolvimento” (BOBBIO, 1995, p. 96).

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>93</sup> ADI 1.194, Rel. p/ o acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 171, de 10.9.2009.

empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo” e “Art. 24. (...). § 3º. É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência”.

A interpretação conforme lançada no art. 21, no sentido de a disposição “deve ser entendida com a ressalva de que é possível haver disposição contratual em contrário, ou seguida da expressão salvo disposição contratual em sentido contrário”, criou incompatibilidade antes inexistente entre o dispositivo e o disposto no art. 24. Percebe-se que, antes da revisão feita pela Corte no conteúdo do art. 21, não havia conflito entre as disposições. Pelo contrário, o comando do art. 24 visava conferir maior garantia ao recebimento, pelo advogado empregado, dos honorários de sucumbência.

Criado o conflito pelo Supremo, a partir de interpretação contrária à própria lei, a antinomia foi solucionada com a declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 24, com base em um genérico argumento de respeito ao princípio da autonomia da vontade.

Não é demais lembrar, mais uma vez, que essa conduta é censurável, já que o desejado é que o intérprete, aí incluída a Suprema Corte, busque antes solucionar o conflito do que criar novas antinomias.

Importante ressaltar, conforme o faz Bobbio, que para eliminar a incompatibilidade entre normas decorrente de antinomia real, introduz-se “alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada *corretiva*”<sup>94</sup>.

Ocorre que, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>95</sup>, o juiz não pode se negar a solucionar uma controvérsia ao argumento de haver duas ou mais consequências jurídicas incompatíveis ligadas à situação que lhe é apresentada. Nesse contexto, ao deparar-se com uma antinomia, cabe-lhe decidir qual entre as normas conflitantes deve ser aplicada ao caso concreto. Ao assim proceder, o magistrado age em substituição ao legislador, a quem caberia, de início, delinear o regramento a ser dado à matéria. Trata-se, todavia, não de uma faculdade do juiz, mas sim de um dever, de modo que não cabe a indagação sobre sua legitimidade para tanto.

---

<sup>94</sup> BOBBIO, 1995, pp. 102/103.

<sup>95</sup> No Direito brasileiro, o princípio da inafastabilidade da jurisdição está positivado no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Como dito, nos ordenamentos jurídicos complexos, não só é possível, como é frequente a coexistência de normas incompatíveis, não sendo plausível falar-se em coerência como condição de validade do sistema. Nesse particular, Bobbio afirma que “duas normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas. Não podem ser, ao mesmo tempo, ambas eficazes, no sentido de que a aplicação de uma ao caso concreto exclui a aplicação da outra; mas são ambas válidas, no sentido de que, apesar de seu conflito, ambas continuam a existir no sistema”<sup>96</sup>.

Todavia, em ordenamentos que, como o brasileiro, estão fundados na segurança jurídica e na isonomia, diversos são os mecanismos direcionados a dirimir os conflitos normativos. Isso porque contraria os referidos valores a existência de consequências jurídicas distintas, oriundas da aplicação de normas incompatíveis, para situações fáticas idênticas.

Fala-se, então, em coerência em um sentido mais fraco, não como ausência de contradições, mas sim como sistema dotado de mecanismos voltados a dirimir os conflitos, ante a impossibilidade de aplicar-se a uma mesma situação concreta duas normas incompatíveis. A coerência é, portanto, condição de justiça do ordenamento<sup>97</sup>. Quando duas normas contraditórias são ambas válidas e a aplicação de uma ou de outra é deixada ao livre-arbítrio dos juízes (e demais intérpretes aplicadores do Direito), gera-se não só insegurança jurídica, como também injustiça, compreendida como violação ao princípio da igualdade<sup>98</sup>. Daí afirmar-se que a coerência é um valor que orienta o sistema, sendo a ausência de antinomias um fim a ser perseguido.

Nesse contexto, a interpretação conforme surge não só como máxima a ser aplicada em todo processo interpretativo, mas também como mecanismo apto a, em muitas situações, evitar e solucionar conflitos normativos de modo a manter-se o sistema o mais coerente possível. Nesse mister, impõe-se ao intérprete que, por força da unidade do ordenamento e da supremacia da Constituição, tome em consideração os princípios constitucionais na tarefa de interpretação de toda e qualquer disposição normativa, buscando conferir a eles a maior eficácia possível.

---

<sup>96</sup> BOBBIO, 1995, p. 113.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>98</sup> Bobbio afirma que “onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria”. (*Ibidem*, p. 113).

### 2.3. *Funções da interpretação conforme*

Tal como dito anteriormente, é possível identificar quatro funções desempenhadas pela interpretação conforme, correspondentes a (i) “uma função de apoio ou de confirmação de um sentido da norma já sugerido pelos restantes elementos de interpretação”; (ii) “uma função de escolha entre várias soluções que não se mostrem incompatíveis com a letra da lei, servindo para excluir um sentido possível e para optar por outro igualmente compatível com a letra da lei”; (iii) “uma função de correção dos sentidos literais possíveis”; e (iv) “uma função de revisão da lei através da atribuição à Constituição de um peso decisivo, determinante e superior aos demais elementos tradicionais de interpretação”<sup>99</sup>. A análise de tais funções, para melhor adequar-se às limitações desta dissertação, será considerada apenas no contexto das decisões judiciais, em especial daquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade.

#### 2.3.1. Função de apoio ou confirmação

A primeira função – função de apoio ou de confirmação – é, sem dúvida, o uso menos controverso que se pode fazer da interpretação conforme. Apesar de constante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ela não é conferido grande destaque, sendo poucas as referências encontradas nas ementas da Corte.

Um dos raros exemplos é encontrado no acórdão proferido na ADPF 46<sup>100</sup>, em que impugnado o art. 42 da Lei 6.538/1978, que define o crime de violação do privilégio postal da União nos seguintes termos: “Art. 42. Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza, sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas. Pena: detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem promova ou facilite o contrabando postal ou pratique qualquer ato que importe em violação do monopólio exercido pela União sobre os serviços postais e de telegramas”.

---

<sup>99</sup> MEDEIROS, 1999, p. 301.

<sup>100</sup> ADPF 46, Relator para o acórdão Min. Eros Grau, DJe 35, de 26.2.2010.

Na ocasião, utilizando como parâmetro o art. 21, X, da Constituição, segundo o qual “[c]ompete à União (...) manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”, a Corte lançou ao dispositivo interpretação conforme “para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo”. Ocorre que referida interpretação, conforme apontado pelo Min. Ayres Britto à fl. 134 do acórdão, é apenas reforçada pelo preceito constitucional, já que decorre da própria lei e é sugerida pelos demais elementos do processo hermenêutico. Isso porque o art. 42, ao definir os crimes, ressalta que as condutas típicas são aquelas relativas a objetos sujeitos ao monopólio da União, os quais estão explicitados no art. 9º da mesma lei<sup>101</sup>.

As outras três funções, por importarem na exclusão de significados (normas) possíveis da disposição em razão de contrariedade a um parâmetro constitucional, estão frequentemente ligadas às decisões proferidas no controle de constitucionalidade. Daí Jorge Miranda afirmar que “a interpretação conforme a Constituição não consiste então tanto em escolher entre os vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito o que seja mais conforme com a Constituição quanto em discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, embora não aparente ou decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental”<sup>102</sup>.

### 2.3.2. Função de escolha

A segunda função – função de escolha – é, por assim dizer, o uso clássico que se faz da interpretação conforme no controle de constitucionalidade e não suscita, entre nós, maiores controvérsias quanto à legitimidade de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>101</sup> O art. 9º está assim redigido: “Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal; II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada; III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal. § 1º - Dependem de prévia e expressa autorização da empresa exploradora do serviço postal: a) venda de selos e outras fórmulas de franqueamento postal; b) fabricação, importação e utilização de máquinas de franquear correspondência, bem como de matrizes para estampagem de selo ou carimbo postal. § 2º - Não se incluem no regime de monopólio: a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial; b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.” A definição de cada uma dessas categorias está no art. 47 da mesma lei.

<sup>102</sup> MIRANDA, 2007, p. 313.

A ela correspondem as definições frequentemente encontradas nos manuais de Direito constitucional, como a seguinte afirmação 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, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada ‘conforme a Constituição’, será portanto considerada constitucional.”<sup>103</sup>

No mesmo sentido é essa definição oferecida por Carlos Blanco de Morais:

“Em termos latos, a *interpretação conforme à Constituição* pressupõe que um determinado operador jurídico, frente a uma disposição dotada de uma pluralidade de significados alternativos verossímeis, lhe confira um sentido normativo que respeite a Constituição ou lhe não lhe atribua, pelo menos, um sentido discrepante com a Lei Fundamental.”<sup>104</sup>

Gilmar Ferreira Mendes afirma que, “no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição”<sup>105</sup>. Definições semelhantes são encontradas ainda em Lúcio Bittencourt<sup>106</sup>, Luís Roberto Barroso<sup>107</sup> e Virgílio Afonso da Silva<sup>108</sup>.

O uso da interpretação conforme em sua função de escolha é bastante comum no Supremo Tribunal Federal. Um exemplo é encontrado no julgamento da ADI 255, em que impugnado o art. 7º, X, da Constituição do Rio Grande do Sul, que dispunha que “[s]ão bens do Estado: (...) X – as terras dos extintos aldeamentos indígenas”. Na ocasião, a Corte julgou procedente a ação direta para conferir à disposição impugnada interpretação conforme os arts. 20, I e XI; 22, *caput* e I; e 231 da Constituição para “destacar que o referido dispositivo se refere, exclusivamente, aos aldeamentos indígenas extintos antes da edição de nossa primeira Carta republicana”.

A interpretação conferida à disposição então questionada foi construída a partir de um esforço histórico que possibilitou demonstrar que a norma eleita pelo Plenário já estava presente no ordenamento. O entendimento aplicado partiu da premissa de que “[s]omente as terras dos aldeamentos indígenas que se extinguiram antes do advento de nossa primeira Constituição republicana, em 1891, por haverem perdido o caráter de bens afetados a um uso especial, passando à categoria de terras devolutas, como tal, transferiram-se ao domínio dos Estados, por efeito da norma do art. 64 do referido texto básico” (ADI 255, fl.

---

<sup>103</sup> BONAVIDES, 2003, p. 518.

<sup>104</sup> MORAIS, 2005, p. 326.

<sup>105</sup> BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 1.188. Texto disponível também em: MENDES, 2005, p. 346.

<sup>106</sup> BITTENCOURT, 1949, p. 94.

<sup>107</sup> BARROSO, 1996, p. 175.

<sup>108</sup> SILVA, 2006, p. 192.

6, voto do relator, Min. Ilmar Galvão). Como, com a promulgação da Constituição de 1891, inseriu-se na ordem constitucional brasileira disposição – reproduzida nas demais Cartas até a atual – considerando como da União as terras que já lhe pertencessem, caso das terras indígenas, os bens desocupados desde então só podem ser de domínio federal. No voto-vista proferido pelo Min. Cezar Peluso, a questão foi claramente estruturada, nos seguintes termos:

“A Constituição de 1891, no art. 64, declarou pertencerem aos Estados as terras devolutas situadas em seus territórios, ficando à União apenas as terras indispensáveis à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Desse modo, desde a primeira Constituição republicana, reconhecem-se como de domínio dos Estados as terras dos extintos aldeamentos indígenas, pois essas terras foram consideradas devolutas pela Lei nº 601, de 1850 (Lei de Terras do Império). A súmula 650 do Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que pertencem aos Estados as terras ocupadas por extintos aldeamentos indígenas, desde que a extinção tenha ocorrido em momento anterior ao início de vigência da Constituição de 1891. E a *contrario sensu*, como as demais Constituições repetiram o dispositivo que atribuía ao domínio da União as terras que já lhe eram pertencentes, inclusive as ocupadas pelos índios, conforme a Lei nº 601, de 1850, tal como o fez a vigente Constituição, a mesma súmula também acaba por reconhecer que as terras de aldeamentos extintos em data posterior a 1891 continuam sob o domínio da União” (ADI 255, fl. 35, voto-vista proferido pelo Min. Cezar Peluso).

O emprego da interpretação conforme em sua função de escolha também é verificado no julgamento da ADI 3.168<sup>109</sup>, em que impugnado o art. 10 da Lei dos juizados especiais federais (Lei 10.259/2001), segundo o qual “[a]s partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não”.

Vislumbrou-se, no caso, dois sentidos possíveis de serem atribuídos à disposição no que diz respeito aos juizados especiais criminais, um que excluía a sua aplicação e outro que a determinava. Entre as duas normas, a maioria da Corte optou pela primeira. Utilizou, como argumento decisivo, o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, CR), fixando “interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal, respeitado o teto estabelecido no art. 3º e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

---

<sup>109</sup> ADI 3.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 3.8.2007.



### 2.3.2.1. Interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução de texto

Note-se que, quando o intérprete aplica a interpretação conforme em sua função de escolha, ele elege um significado a ser dado à disposição e descarta os demais, sem especificá-los de maneira exaustiva.

Não é incomum confundir-se essa situação com a hipótese da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Em ambas as técnicas, o Supremo Tribunal Federal manipula o âmbito de aplicação da disposição textual sem alterar seu texto, por meio da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de um ou mais significados possíveis do enunciado. A diferença entre os mecanismos reside em que, na interpretação conforme a Constituição, o Tribunal reconhece a constitucionalidade de uma ou mais interpretações possíveis de determinado preceito. Na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto opera-se, por sua vez, a declaração de nulidade de um ou mais sentidos da disposição textual, não havendo qualquer juízo da Corte sobre as demais normas constantes do enunciado. Essa distinção é ressaltada, entre outros, por Gilmar Ferreira Mendes<sup>110</sup>, José Levi Mello do Amaral Júnior<sup>111</sup>, Virgílio Afonso da Silva<sup>112</sup> e Luiz Guilherme Marinoni<sup>113</sup>.

Nesse contexto, afirma-se que “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”.

---

<sup>110</sup> “Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, *na declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle)* do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão (*a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro*).”

<sup>111</sup> AMARAL JÚNIOR, 2009, pp. 1.623-1.628.

<sup>112</sup> SILVA, 2006, pp. 200-202.

<sup>113</sup> “A interpretação conforme estabelece uma única interpretação conforme a Constituição, declarando que todas as outras são com ela incompatíveis”. Diferentemente, “na declaração parcial de nulidade, declara-se a inconstitucionalidade de algumas interpretações, preservando-se a literalidade do texto legal. Nesse caso, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública ficam proibidos de realizar determinadas interpretações, enquanto, na interpretação conforme, estabelece-se uma única interpretação cabível” (MARINONI, 2010, p. 175).

Ocorre que, na contramão do que sustentado por grande parte da doutrina<sup>114</sup> e mesmo não sendo possível precisar todas as interpretações admitidas por determinado texto, “o Supremo tem decidido que a interpretação a Constituição especificamente adotada implica a exclusão de todas as demais interpretações porventura possíveis”<sup>115</sup>. O fato é reconhecido por José Adércio Sampaio ao afirmar que o instituto “importa a exclusão de interpretações inconstitucionais da norma impugnada e a sua redução a um único significado conforme a Constituição”<sup>116</sup>. Nesse contexto, confere-se à interpretação conforme alcance mais invasivo à obra do legislador do que aquele resultante da declaração parcial de nulidade sem redução do texto.

E, nesses termos, a técnica também acaba por tornar-se mais nociva à obra do legislador do que a declaração de nulidade da lei<sup>117</sup>, diferentemente do que sustentado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>118</sup>.

Daí o alerta de Rui Medeiros no sentido de que “[a] relevância da questão não pode ser subestimada com base na ideia de que quem tem competência para proferir uma decisão de inconstitucionalidade de um preceito legal pode, por maioria de razão, optar por uma decisão interpretativa”. Isso porque, “quando o conteúdo atribuído à lei pelo órgão fiscalizador através do apelo à interpretação conforme a Constituição contém, já não um *minus*, mas antes um *aliud* em face do conteúdo originário da lei’, o órgão fiscalizador ‘intervém mais fortemente nas competências do legislador do que nas hipóteses em que profere uma decisão de invalidade’: enquanto após a decisão de invalidade da lei a nova

---

<sup>114</sup> Segundo Gilmar Ferreira Mendes, “[a] declaração de compatibilidade não corresponde nem a uma censura de outras interpretações nem à fixação de uma única interpretação como válida” (2005, p. 228). No mesmo sentido manifestam-se Lenio Luis Streck (2004, p. 628), Elival da Silva Ramos (1994, p. 209) e José Levi Mello do Amaral Júnior (2009, p. 1.625).

<sup>115</sup> AMARAL JÚNIOR, 2009, p. 1.625.

Pertinente, nesse particular, a seguinte transcrição feita pelo autor:

“Nós não podemos dar 'interpretação conforme' contra a lei. A interpretação conforme só se admite quando, dentro do conteúdo significativo de uma lei, há possibilidade de várias interpretações. Então se diz que a única interpretação possível, que é esta, é compatível com a Constituição. Por isso mesmo é que, nesses casos, em ação direta de inconstitucionalidade se julga procedente em parte. Porque se afastam todas as interpretações que se considerem incompatíveis para dizer que a única compatível é aquela. Mas é preciso que seja interpretação permitida pela própria norma” (ALVES, 2000, p. 32. *apud* AMARAL JÚNIOR, 2009, p. 1.625).

<sup>116</sup> SAMPAIO, 2001, p. 163.

<sup>117</sup> Pertinente, no ponto, a exposição de LAURENTIIS, 2012, pp. 101/102.

<sup>118</sup> Veja-se, por todos, a seguinte passagem do voto condutor do acórdão proferido na ADI 3.463:

“trata-se [a interpretação conforme] de uma técnica de fiscalização de constitucionalidade que se marca por um mais reduzido teor de interferência judicial no dispositivo-objeto, pois sua real serventia não está na possibilidade de recusar eficácia a tal dispositivo-alvo, nem mesmo em sede cautelar; ou seja, a ‘interpretação conforme’ nem se destina a suspender, nem a cassar a eficácia do texto-normativo sobre que se debruça. Ela serve tão somente para descartar a incidência de uma dada compreensão – ou mais de uma – que se possa extrair do dispositivo infraconstitucional tido por insurgente à Constituição. Que significação? Aquela – ou aquelas – em [que] demonstrada rota de colisão com a Magna Carta.” (fls. 3/4 do voto proferido na ADI 3.463, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 6.6.2012).

conformação material positiva é realizada directamente pelo legislador, no caso de decisão interpretativa tal tarefa é levada a cabo pelo próprio órgão fiscalizador.”<sup>119</sup>

O descompasso entre a doutrina e a jurisprudência da Corte é verificado também no que diz respeito ao sentido da decisão de interpretação conforme.

Conforme afirmado por José Levi Mello do Amaral Júnior, “a interpretação conforme, por definição, implica – ou deveria implicar – a improcedência da arguição de inconstitucionalidade, seja incidental, seja direta. Em outras palavras, o juízo emitido é de constitucionalidade da norma objeto do controle”<sup>120</sup>. No mesmo sentido, Elival da Silva Ramos assevera que “as decisões de controle que se limitam a fazer o uso da interpretação conforme configuram, na verdade, decisões de improcedência total de ações direta de inconstitucionalidade”<sup>121</sup>. Esta é a orientação seguida pelo Tribunal Constitucional Português, de acordo com a lição de Carlos Blanco de Moraes:

Tal como foi antecipado, a convocação da interpretação conforme com a Constituição como critério que preside a formulação de juízos em matéria de constitucionalidade implica sempre uma decisão de rejeição. O Tribunal decide não julgar a inconstitucionalidade de uma disposição normativa, na medida em que esta permita interpretações alternativas e existam alguma, ou algumas destas, que se mostrem concordantes com a Lei Fundamental, considerando o máximo órgão de Justiça Constitucional que a disposição deve continuar a vigorar validamente desde que entendida na linha desses sentidos normativos não inconstitucionais.<sup>122</sup>

Entretanto, esse não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que qualifica a interpretação conforme a Constituição como uma decisão de procedência, ainda que parcial, do pedido de declaração de inconstitucionalidade. A Corte reconhece que, ao fixar, entre as diversas normas contidas no texto normativo, aquela(s) compatível(is) com a Constituição, e afastar a incidência de possíveis outras, efetua uma redução no âmbito de atuação da disposição<sup>123</sup>.

Entre os muitos julgados em que declarada a procedência da ação direta de inconstitucionalidade para conferir interpretação conforme a Constituição ao preceito

---

<sup>119</sup> MEDEIROS, 1999, p. 300/301.

<sup>120</sup> AMARAL JÚNIOR, 2009, p. 1.623.

<sup>121</sup> RAMOS, 2010, p. 267.

<sup>122</sup> MORAIS, 2005, p. 327.

<sup>123</sup> Daí a advertência feita por Carlos Blanco de Moraes no sentido de que, “[e]ncontrando-se corporizada no conteúdo de uma sentença de rejeição, a interpretação conforme determina que essa mesma sentença de rejeição não seja idêntica às demais. Isto porque o juízo de não inconstitucionalidade encontra-se sujeito a uma tênue condição, que é a da disposição ser interpretada com um sentido determinado.” Nesse sentido, o autor assevera que, “[e]mbora prevaleça, a título principal e no plano da eficácia jurídica, um juízo de não inconstitucionalidade, acaba também por subsistir, paralelamente no conteúdo da sentença, um *juízo oculto de inconstitucionalidade*, o qual se encontra ligado a interpretações proibidas, explícita ou implicitamente, pelo órgão máximo da Justiça Constitucional.” (MORAIS, 2005, p. 327).

impugnado, citem-se os seguintes: ADI 234, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 15.9.1995; ADI 2.084, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.9.2001; ADI-MC 2.795, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 20.6.2003; ADI 1.141, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 29.8.2003; ADI 2.652, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.11.2003; ADI 2.979, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 4.6.2004; ADI 2.925, rel. Min. Ellen Gracie, redator para o acórdão Min. Marco Aurélio, DJ 4.3.2005; ADI 2.884, rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.5.2005; ADI 2.816, rel. Min. Eros Grau, DJ 24.2.2006; ADI 3.652, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.3.2007; ADI 1.348, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 41, publicado em 7.3.2008; ADI 1.642, rel. Min. Eros Grau, DJe 177, publicado em 19.9.2008; e ADI 1.194, rel. Min. Maurício Corrêa, redatora para o acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 171, publicado em 11.9.2009.

Com base no mesmo raciocínio, chegar-se-ia a conclusão de que, quando utilizada na ação declaratória de constitucionalidade<sup>124</sup>, a interpretação conforme implica a improcedência do pedido<sup>125</sup>. De fato, uma tal solução não traria maiores problemas mesmo quanto à eficácia do provimento, vez que, conforme estabelecido pelo citado art. 28 da Lei 9.868/1999, a decisão de interpretação conforme a Constituição é dotada de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.<sup>126</sup>

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao empregar essa técnica de decisão no julgamento da ADC 12, julgou *procedente* a ação para conferir interpretação conforme a Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo “direção” nos incisos II a V do art. 2º da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça. Na ocasião, a questão do sentido do pronunciamento não foi objeto de maiores considerações, a não ser pelo pronunciamento isolado do Ministro Menezes Direito no sentido de que “a interpretação conforme não tira o conteúdo de procedência da ação direta”. Não fica claro, todavia, se o Ministro utilizou a expressão *ação direta* por engano e pretendeu referir-se à ação declaratória de constitucionalidade ou se, de fato, no momento, referia-se à ação direta de inconstitucionalidade.

Vê-se, portanto, não haver, no Tribunal, uma abordagem coerente e sistemática a respeito do tema.

---

<sup>124</sup> Observe-se que, a despeito de ser admitida sem maiores questionamentos pelo Supremo Tribunal Federal, a utilização da interpretação conforme na ação declaratória de constitucionalidade é considerada inviável por Elival da Silva Ramos (2010, p. 282) e Lucas Catib de Laurentiis (2012, p. 215).

<sup>125</sup> Isso considerando, como o faz Gilmar Ferreira Mendes, que a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade constituem ações de mesma natureza, com sinal trocado. (2005).

<sup>126</sup> Além disso, no julgamento da ADPF 144 (rel. Min. Celso de Mello, DJe 35, de 25.2.2010), a Corte reconheceu a possibilidade de se conferir eficácia vinculante à decisão de improcedência da ação.

Parece intuitivo que, muitas vezes, para proferir uma decisão de declaração de nulidade parcial sem redução do texto, a Corte utiliza-se da interpretação conforme a Constituição, enquanto mecanismo de hermenêutica, para verificar a inconstitucionalidade de uma ou mais interpretações da disposição textual impugnada<sup>127</sup>.

Entretanto, há casos em que a Corte, ao utilizar a interpretação conforme como instrumento interpretativo apto a consolidar uma decisão de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, não explicita a distinção entre os institutos.<sup>128</sup> Nesse ponto, Clémerson Mérlin Clève observa que “segundo se depreende da jurisprudência do STF, se em algum momento as técnicas [da interpretação conforme e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto] assumiram identidade própria, hoje sofrem um continuado processo de equivalência”<sup>129</sup>.

Nesse sentido, afirmando ter proferido decisão de interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal profere verdadeira declaração de nulidade

---

<sup>127</sup> Nesse sentido, ao proferir o voto condutor do acórdão da ADI-MC 491, o relator, Min. Moreira Alves, assim se manifestou:

“No caso, portanto, como não se pode suspender a eficácia de qualquer expressão do dispositivo impugnado, pois este não alude ao inciso V do artigo 64 senão implicitamente por meio da expressão abrangente ('IV a XIII'), impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar 'para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal', que, se feita, abarcaria normas autônomas, e, portanto, cindíveis, que não são atacadas como inconstitucionais.

Essa técnica se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade 'sem redução do texto' em decorrência de este permitir 'interpretação conforme à Constituição'.

Ora, esta Corte, ao julgar, afinal, a ação direta de inconstitucionalidade, pode – utilizando-se da técnica da 'interpretação conforme à Constituição' – declarar que a norma impugnada só é constitucional se lhe der a interpretação que este Tribunal entende compatível com a Constituição Federal, o que implica dizer que as demais interpretações que se lhe queiram dar serão inconstitucionais. É por isso que, na técnica da Corte Constitucional alemã, quando ela se utiliza da 'interpretação conforme à Constituição' julga a arguição de inconstitucionalidade parcialmente procedente, pois há procedência quanto à inconstitucionalidade das interpretações que não a admitida pelo Tribunal (há, aí, uma declaração de inconstitucionalidade 'sem redução de texto' atacado, pois o que se reduz é o seu alcance, que fica restrito ao decorrente da interpretação admitida como constitucional).

Por outro lado, tem o nosso Supremo Tribunal Federal a competência constitucional (artigo 102, I, 'p') de processar e julgar originariamente 'o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade'. Portanto, e sendo certo que a concessão da medida cautelar importa um adiantamento provisório da prestação jurisdicional definitiva, cujos limites são os desta, pode esta Corte – nos casos em que o texto impugnado tem conteúdo normativo abrangente de sentido compatível com a Constituição Federal e que ficaria prejudicado pela suspensão da eficácia dele em sua literalidade –, pode esta Corte, repito, conceder, em parte, a cautelar requerida para, sem redução do texto impugnado, suspender-lhe, 'ex nunc', a eficácia quanto à sua aplicação decorrente da interpretação cuja inconstitucionalidade alegada se baseie em fundamento jurídico relevante, aplicação essa que, também, acarrete, 'periculum in mora' ou a conveniência de ser suspensa até a decisão final da ação direta.

No caso, embora a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade 'sem redução do texto' não resulte da exclusão de aplicação dele com interpretações admissíveis mas inconstitucionais, e isso porque ela decorre da exclusão pleiteada de uma das remissões implícitas em expressão abrangente de outras não atacadas, há identidade de razão para se adotar técnica semelhante à que decorre da 'interpretação conforme à Constituição'.” (ADI-MC 491, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 25.10.1991).

<sup>128</sup> AMARAL JÚNIOR, 2009, p. 1.624.

<sup>129</sup> CLÈVE, 2000, p. 267.

parcial sem redução de texto. Não são raros os exemplos, como se verifica no julgamento da ADI 1.719:

PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU.

O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada.

Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade.

Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal.

Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei. (destacou-se – ADI 1.719, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 3.8.2007, Tribunal Pleno)

O mesmo se pode dizer dos seguintes precedentes: ADI-MC 3.684, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 72, publicado em 3.8.2007, Tribunal Pleno; ADI 3.168, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 72, publicado em 3.8.2007, Tribunal Pleno; ADI 2.969, rel. Min. Carlos Britto, DJ 22.6.2007, Tribunal Pleno; ADI 3.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 6.11.2006, Tribunal Pleno; ADI-MC 2.325, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 6.10.2006, Tribunal Pleno; ADI 3.246, rel. Min. Carlos Britto, DJ 1º.9.2006, Tribunal Pleno; ADI 3.685, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006, Tribunal Pleno; ADI-MC 2.405, rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.2.2006, Tribunal Pleno; ADI 134, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 3.9.2004, Tribunal Pleno; ADI-MC 2.473, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 7.11.2003, Tribunal Pleno; ADI-MC 2.087, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.9.2003, Tribunal Pleno; ADI 1.586, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 29.8.2003, Tribunal Pleno; ADI 1.946, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 16.5.2003, Tribunal Pleno; ADI-MC 2.116, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29.11.2002, Tribunal Pleno; ADI-MC 2.083, rel. Min. Moreira Alves, DJ 9.2.2001, Tribunal Pleno.

Ressalte-se, todavia  
, que a confusão entre os institutos pela Corte não tem maiores consequências práticas, já que o que determina os efeitos de que será dotada a decisão é o campo em que proferida – controle abstrato ou concreto – e a presença, ou não, de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a sua modulação no tempo. Além disso, é usual que a Corte especifique, tanto na ementa quanto no acórdão, qual o sentido conferido ao dispositivo impugnado ou quais os seus significados considerados inconstitucionais, de modo que, independentemente de se denominar interpretação conforme ou declaração de

inconstitucionalidade sem redução do texto, a técnica aplicada terá o alcance que lhe for dado pelo Tribunal.

A questão não é tão simples, todavia, quando se está a tratar do controle difuso de constitucionalidade. Isso porque, por força da regra do *full bench* ou reserva de plenário (art. 97, CR), a declaração de inconstitucionalidade de disposição ou norma somente pode ser feita pelo voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais ou de seus respectivos órgãos especiais. Como, a rigor, apenas na declaração parcial de nulidade sem redução de texto o julgador reconhece a inconstitucionalidade de uma ou mais normas extraídas da disposição, não há que se falar em reserva de plenário para os casos em que o juiz utilize a interpretação conforme como mecanismo de hermenêutica para encontrar, entre os significados possíveis, aquele que melhor realize os preceitos constitucionais. Diferentemente, se do juízo interpretativo resultar a declaração de inconstitucionalidade de norma contida no enunciado analisado, é imperiosa a observação da regra do *full bench*<sup>130</sup>.

### 2.3.3. Funções de correção e de revisão

As principais controvérsias relativas à interpretação conforme giram em torno da sua utilização nas outras duas funções observadas por Rui Medeiros, a de correção e a de revisão. Em ambos os casos, o emprego da interpretação conforme pelo aplicador do Direito resulta na manipulação do chamado sentido literal da disposição e implica não só a eliminação de significados possíveis, mas também a sua modificação por meio da adição de novos elementos.

Como nesses casos o intérprete não se restringe a extrair da disposição normas explícitas e implícitas em sentido estrito, o processo por ele implementado extrapola os limites da atividade interpretativa se entendida em suas concepções cognitiva e decisória, referidas no capítulo 1. Portanto, por uma questão de clareza, parece ser mais apropriado não utilizar, nesses casos, o vocábulo “interpretação”. Serão empregados os termos “correção” e “integração” conforme a Constituição para designar a interpretação conforme

---

<sup>130</sup> AMARAL JÚNIOR, 2002, pp. 93 e ss.

em sua função de correção e “criação” conforme a Constituição quando se tratar de sua função de revisão<sup>131</sup>.

A partir das lições de Rui Medeiros, parece prudente afirmar que a distinção entre as duas hipóteses reside basicamente no grau de modificação implementado pelo intérprete nos sentidos possivelmente atribuíveis à disposição examinada.

Na extremidade, está a criação conforme a Constituição, hipótese em que atribui-se à Constituição um “peso decisório, determinante e superior aos demais elementos tradicionais de interpretação”<sup>132</sup>. Nesse caso, o intérprete deliberadamente contraria a disposição analisada e insere em seu campo de aplicação elementos completamente estranhos, criando norma que não lhe pode ser persuasivamente atribuída. Segundo Rui Medeiros, “a doutrina e, ao menos em teoria, a própria jurisprudência não hesitam também em recusar a possibilidade de utilizar a interpretação conforme à Constituição para proceder à revisão da lei”<sup>133</sup>.

A ressalva é em tudo pertinente. No que diz respeito à jurisprudência constitucional brasileira, não são raros os exemplos nos quais, a pretexto de interpretar conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu regramento inovador completamente distinto da disposição submetida a sua análise. E, em algumas dessas situações, a norma criada sequer pode ser extraída da Constituição da República.

É exemplar, nesse ponto, o julgamento da ADI-MC 4.389<sup>134</sup>, na qual impugnado o art. 1º, *caput* e § 2º da LC 116/2003 e o subitem 13.05 da lista de serviços do ISS<sup>135</sup>. Na ocasião, a partir do disposto nos arts. 155, II; e 156, III, da Constituição, a Corte conferiu aos dispositivos questionados interpretação conforme para “reconhecer que o ISS não incide sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de

---

<sup>131</sup> A terminologia adotada busca apenas facilitar a exposição e a diferenciação da utilização da interpretação conforme em cada uma de suas funções. Não se desconhece que, conforme aponta Rui Medeiros, em relação à “velha e difícil problemática da distinção entre interpretação e integração ou correção da lei (...) a tendência actual aponta para a superação de um rígido esquema discriminatório entre as diferentes modalidades de interpretação *lato sensu*” (MEDEIROS, 1999, p. 304).

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 302.

<sup>134</sup> ADI-MC 4.389, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 98, de 24.5.2011.

<sup>135</sup> “Art. 1º. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. (...) § 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.”

Lista Anexa: 13 – Serviços relativos a fonografia, fotografia, cinematografia e reprografia. (...) 13.05 – Composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia, fotolitografia.”



circulação de mercadoria. Presentes os requisitos constitucionais e legais, incidirá o ICMS”.

Ao assim proceder, o Tribunal criou norma segundo a qual, ainda que se trate de serviço constante da Lista do ISS, sobre a impressão gráfica, quando realizada em embalagens vendidas por encomenda que se destinem a armazenar mercadorias que serão colocadas em circulação, incide o ICMS e não o ISS.

Ocorre que a norma criada não pode ser extraída nem dos preceitos constitucionais utilizados como parâmetro nem das disposições objeto da ação direta, inclusive por contrariá-los. Explica-se. A Constituição é clara ao atribuir aos municípios a instituição do imposto sobre serviços de qualquer natureza, desde que (a) não compreendidos no art. 155, II, e (b) definidos em lei complementar. Em relação ao ponto (a), o art. 155, II, refere-se apenas aos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Quanto ao ponto (b), a União editou a Lei Complementar 116/2003, que lista os serviços sujeitos ao ISS, e entre eles está a composição gráfica. A Constituição define, ainda, em seu art. 146, I, que cabe a lei complementar dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre os entes federados. Em cumprimento ao preceito, a LC 116/2003 dispõe em seu art. 1º, § 2º, que, para evitar conflitos, os serviços constantes da lista, salvo exceções expressas, não se sujeitam ao ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias. É justamente esse o caso da impressão gráfica em embalagens produzidas sob encomenda para posterior comercialização de outros produtos. Vê-se, portanto, que o novo comando cria hipótese de incidência do ICMS e afasta a incidência do ISS.

Na ADI 3.096<sup>136</sup> percebe-se a utilização da interpretação conforme pelo Supremo Tribunal Federal como mecanismo de correção da lei. Ao argumento de violação ao princípio da isonomia, impugnava-se o art. 94 do Estatuto do Idoso (lei 10.741/2003), que estabelece que “[a]os crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal”.

A disposição impugnada submete ao rito dos juizados especiais os crimes cometidos contra idosos cuja pena máxima seja inferior a 4 anos, enquanto para as demais infrações o limite fixado para adoção do rito é de 2 anos. No entender da Corte, o sentido

---

<sup>136</sup> ADI 3.096, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 164, de 2.9.2010.

imediatamente da disposição implicaria não só o benefício de uma justiça mais célere para a vítima, mas também a extensão, ao autor do crime, dos benefícios decorrentes do rito do juizado especial. Entretanto, entendeu-se que a idade avançada da vítima não é fator de discriminação apto a justificar tratamento diferente para o infrator, razão pela qual declarou-se a inconstitucionalidade da expressão “do código penal e”, para afastar sua aplicação meramente subsidiária, e conferiu-se interpretação conforme ao restante do texto no sentido de que “aos crimes previstos nessa lei, cuja pena máxima de liberdade seja superior a 2 (dois) anos e não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95, não se permitindo aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e interpretação benéfica ao autor do crime cuja vítima seja idoso”.

Desse modo, conforme observação feita pelo Min. Ayres Britto, os crimes praticados contra idosos e cuja pena máxima seja superior a 2 anos e inferior a 4 continuam a ser julgados pela justiça comum (e não pelo juizado especial), apenas sendo aplicadas as regras da lei dos juizados especiais que tornem mais célere a tramitação do processo (rito sumaríssimo).

Outro caso de correção conforme a Constituição é o acórdão proferido na ADI 1.586<sup>137</sup>, em que impugnada a expressão “remuneração do cargo” constante do art. 131, § 1º, da Lei paraense 5.810/1994, assim redigido: “Art. 131. O adicional por tempo de serviço será devido por triênios de efetivo exercício, até o máximo de 12 (doze). § 1º Os adicionais serão calculados sobre a *remuneração do cargo*, nas seguintes proporções: I – aos três anos, 5%; (...) III – aos trinta e seis anos, 5% - 60%”. O conceito de remuneração adotado pela lei é especificado no seu art. 118, consistindo no vencimento acrescido das demais vantagens de caráter permanente, atribuídas pelo exercício do cargo público.

Da análise desses dispositivos, a Corte constatou que os adicionais futuros incidiriam sobre os adicionais anteriores, já incorporados pelo servidor, o que contraria o disposto no art. 37, XIV, CR, em sua redação vigente à época do julgamento: “os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento”.

Para evitar a declaração de inconstitucionalidade do preceito impugnado, conferiu-se-lhe interpretação conforme “como a significar que ‘os adicionais por tempo de serviço serão calculados sobre a remuneração do cargo’, exceto sobre os adicionais

---

<sup>137</sup> ADI 1.586, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 29.8.2003.

anteriores por tempo de serviço”. Tal interpretação, ressalte-se, apesar de decorrer imediatamente da Constituição, não pode ser atribuída à disposição sem que haja intervenção, por parte do intérprete, em seu âmbito de aplicação.

Vê-se, assim, que é frequente a utilização da interpretação conforme em sua função de correção. Exemplificativamente, confirmam-se ainda os seguintes julgados: ADI 2.209, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 25.4.2003; ADI 2.596, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 2.5.2003; ADI 3.688, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24.8.2007; ADI 3.255, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 157, de 7.12.2007; e ADI 1.194, Rel. p/ o acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 171, de 10.9.2009.

É importante perceber que, nesses casos, “em teoria” – para usar as palavras de Rui Medeiros – a Corte ressaltou não estar utilizando a interpretação conforme para corrigir a lei analisada.

Ressalte-se que a função de correção consiste na atribuição de um sentido a uma disposição destoante daqueles que usualmente lhe são conferidos, de modo que, na interpretação, o peso dado aos preceitos constitucionais implica o afastamento dos sentidos imediatos do texto interpretado.

A legitimidade da interpretação conforme enquanto instrumento de correção da lei é amplamente reconhecida por Castanheira Neves, para quem tal uso é “susceptível de recuperar nas normas legais a constitucionalidade falhada (por erro ou por alteração das circunstâncias), desde que fosse esse sentido constitucional manifestamente na intenção (na teleologia) da norma corrigenda”<sup>138</sup>. Isso porque a medida drástica da declaração de nulidade em razão da inconstitucionalidade não faria sentido “para uma falha normativa superável por uma correção em tudo análoga à que a teoria da interpretação jurídica já hoje dominante admite em geral”<sup>139</sup>.

De fato, no caso de ordenamentos marcados pela supremacia de uma constituição rígida, como o nosso, nada mais razoável do que concluir-se que a teleologia última de todas as disposições do sistema é a realização dos preceitos constitucionais. E, em se tratando a interpretação conforme de concretização da interpretação sistemático teleológica, é imperativa a conclusão de que a interpretação corretiva de uma disposição, nos termos propostos por Castanheira Neves, nada mais é do que a sua interpretação conforme a Constituição.

---

<sup>138</sup> NEVES, 1994, p. 70 *apud* MEDEIROS, 1999, p. 304.

<sup>139</sup> NEVES, 1993, p. 196.

A admissibilidade da utilização do mecanismo em sua função de correção é reconhecida por Rui Medeiros, com a ressalva de que isso não significa que “um tal procedimento não dependa de ‘pressupostos especiais’ ou que se possa admitir generosamente o fenômeno da interpretação correctiva”<sup>140</sup>.

Assim, como se passa a expor, é imprescindível traçar, da maneira mais precisa possível, os limites impostos a essa atividade. Isso porque, ao utilizar a interpretação conforme em sua função de correção, o intérprete ultrapassa os limites caracterizadores da atividade interpretativa para reformular de maneira criativa – ainda que preso às balizas constitucionais – a disposição analisada.

#### 2.4. *Limites à interpretação conforme*

O reconhecimento de limites à interpretação conforme insere-se no contexto da divisão funcional do poder e busca impedir uma atuação criativa por parte dos juízes nos casos em que uma tal conduta não seja necessária<sup>141</sup>. Apesar desse ponto ser praticamente um consenso na doutrina, a grande questão reside em saber em que momento a atividade do intérprete deixa de ser apenas a atribuição de um dos significados possíveis à disposição analisada e passa a configurar verdadeira manipulação e revisão de seu conteúdo.

Canotilho é categórico ao afirmar que, caso o juiz chegue à conclusão, “por via interpretativa, de que uma lei contraria a constituição, a sua atitude correcta só poderá ser a de desencadear os mecanismos constitucionais tendentes à apreciação da *inconstitucionalidade* da lei”<sup>142</sup>. Desse modo, conclui que “a interpretação conforme a constituição só permite a escolha entre dois ou mais sentidos possíveis da lei mas nunca uma *revisão do seu conteúdo*”<sup>143</sup>.

Por ser uma concretização do elemento sistemático teleológico, a interpretação conforme deve respeitar os limites inerentes ao processo interpretativo. Daí a afirmação de

---

<sup>140</sup> Feitas essas ressalvas, o autor afirma que, “mesmo que se entenda que o critério dos sentidos literais possíveis permite delimitar, com um mínimo de rigor, o âmbito da interpretação em sentido estrito, nada impede em regra que os órgãos aplicadores do Direito atribuam ao sentido e ao escopo de um preceito um sentido prevalecente sobre um sentido literal linguisticamente inequívoco” (MEDEIROS, 1999, p. 305).

<sup>141</sup> Segundo Canotilho, “esses limites dizem respeito, em primeiro lugar, às relações entre os órgãos legislativos e jurisdicionais. Nesse aspecto, justifica-se que se fale de uma preferência do legislador como órgão concretizador da constituição” (2003, p. 1.310).

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 1.311.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 1.311.

Larenz de que “a interpretação conforme a Constituição, se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei (...) e tão pouco deve (...) deixar de atender ao escopo da lei”<sup>144</sup>.

De fato, tradicionalmente, a doutrina identifica o sentido literal da disposição e a vontade do legislador como limites à interpretação conforme. Sua aplicação “é, por isso, apenas admissível se não configurar 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>145</sup>.

Em outras palavras, o mecanismo encontra seus limites “ali onde entra em contradição com o teor literal ou com a vontade claramente reconhecível do legislador, ou quando não se cumpre o objetivo legislativo em um ponto essencial ou se o falseia, ou quando dá à lei um sentido completamente oposto. Em poucas palavras: quando em lugar do querido pelo legislador, entra uma regulação nova ou distinta”<sup>146</sup>.

Segundo Canotilho, “a interpretação conforme a constituição tem, assim, os seus limites na ‘letra e na clara vontade do legislador’, devendo ‘respeitar a economia da lei’ e não podendo traduzir-se na ‘reconstrução’ de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto”<sup>147</sup>. Assim, “a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente reconhecível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador”<sup>148</sup>.

Carlos Blanco de Moraes afirma que a interpretação conforme “não pode reduzir-se a um preceito canonizado para o Tribunal poder distorcer o texto, ou retorcer o espírito da lei, de forma a fazer com que a disposição impugnada diga aquilo que não diz”<sup>149</sup>. Devem ser respeitados a “vontade objectiva do decisor normativo e [o] espírito da norma”<sup>150</sup>.

O reconhecimento desses limites busca impedir que o mecanismo seja utilizado para modificar largamente as normas e transformá-las em comandos de tudo distintos do

---

<sup>144</sup> LARENZ, Karl. 1989, p. 411.

<sup>145</sup> BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 1.192. Texto disponível também em: MENDES, 2005, p. 349.

<sup>146</sup> STERN, 1987, p. 298. *apud* AMARAL JÚNIOR, 2009, p. 1.623.

<sup>147</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1.311.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 1.227.

<sup>149</sup> MORAIS, 2005, p. 336.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

regramento originalmente pensado pelo legislador. Entretanto, como será demonstrado adiante, tais limitações, ainda que sirvam como uma espécie de filtro para evitar mudanças radicais nos significados atribuídos à disposição, não impedem a utilização da interpretação conforme em sua função de revisão<sup>151</sup>.

#### 2.4.1. Sentido literal e sentidos possíveis

Lúcio Bittencourt já afirmava que, para se chegar à interpretação de uma disposição em conformidade com a Constituição, é necessário que “não se faça violência às palavras efetivamente usadas no texto – *without doing too great violence to the words actually used*”. Isso porque, “quando a *mens legis* é clara e, na sua eloquência, colide com a lei suprema, não é lícito aos tribunais recorrer a uma interpretação forçada ou arbitrária para tornar a lei válida”<sup>152</sup>.

Por “sentido literal” geralmente entende-se aquele extraído pelo método da interpretação gramatical<sup>153</sup>. Segundo Larenz, “com referência à chamada *interpretação gramatical*, deve começar-se por observar que é frequente o mal-entendido que consiste em se supor que existe uma pura interpretação verbal ou terminológica distinta de uma interpretação do sentido”<sup>154</sup>.

Todavia, é o próprio Larenz quem adverte sobre a dificuldade – para não dizer impossibilidade – de se chegar, mesmo por meio da interpretação gramatical, a um significado unívoco. Em análise sobre o tema, alerta que a interpretação gramatical “não conduz, no nosso exemplo [sobre o tipo penal de ‘receptação’] – como de resto também em muitos outros casos –, a um resultado absolutamente unívoco”<sup>155</sup>.

É realmente improvável a existência de um único sentido literal para cada disposição, já que o próprio termo “sentido” possui diversos significados. Diz-se, assim, que “esclarecer (...) o conceito de ‘sentido’ é querer o impossível. Ele conta-se entre os

---

<sup>151</sup> Apenas a título de exemplo, citem-se as ADIs 2.209, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 25.4.2003; 2.596, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 2.5.2003; ADI 3.688, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24.8.2007; e 3.255, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 157, de 7.12.2007. A análise dos acórdãos será realizada no item 3.3, a seguir.

<sup>152</sup> BITTENCOURT, 1949, pp. 94/95.

<sup>153</sup> Karl Larenz descreve a interpretação gramatical como aquela que permite “apreender o ‘sentido literal’ do texto” (1997, p. 106).

<sup>154</sup> *Idem*, 1989, p. 112.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 106.

conceitos mais problemáticos. Uma análise aparecida há alguns anos sobre o ‘Sentido da Existência’ distingue logo de começo dezesseis significados do vocábulo ‘sentido’<sup>156</sup>.

Ainda assim, Larenz não deixa de reconhecer o limite à interpretação conforme, mas frisa a pluralidade de significados que o sentido literal pode assumir<sup>157</sup>. À interpretação gramatical caberia a última palavra acerca do significado a ser conferido à disposição, cabendo à interpretação sistemática uma função de auxílio identificada no “facto de aquela referência ou conexidade de sentido render tributo simultaneamente à elevada hierarquia e à grande capacidade irradiante da Constituição”<sup>158</sup>.

Parece mais razoável falar, como o faz Rui Medeiros<sup>159</sup>, na limitação da interpretação conforme pelos sentidos extraídos da disposição por todos os demais elementos da interpretação, tendo em vista que “a interpretação é única: os diversos meios empregados ajudam-se uns aos outros, combinam-se e controlam-se reciprocamente, e assim todos contribuem para a averiguação do sentido legislativo”<sup>160</sup>. Trata-se dos significados que, para usar a terminologia de Riccardo Guastini, podem ser persuasivamente atribuídos à disposição.

De maneira semelhante, a insuficiência do elemento gramatical como construtor do sentido do texto que deve ser considerado como limite à atividade do intérprete é apontada também por Müller, ao afirmar que “a função limitadora do texto não é idêntica à função de concretização do elemento gramatical”. Nesse sentido, “a decisão não se restringe à interpretação de textos, não fica colada ao teor literal não imediato. Pela via de regra de preferência, ela não precisa resultar do teor literal, mas deve ser de qualquer modo compatível com o texto da norma não apenas interpretado gramaticalmente, mas integralmente concretizado no precedente do processo decisório”<sup>161</sup>.

É intuitivo pensar que, nas ocasiões em que a interpretação conforme extrai um sentido que não foi – nem poderia ser – indicado por nenhum outro método interpretativo, o procedimento empregado foge à simples interpretação. Assim, “é fundamental ter em conta que a interpretação conforme a Constituição deve limitar-se ao exercício

---

<sup>156</sup> LARENZ, 1989, p. 103.

<sup>157</sup> No mesmo sentido, Lucas Catib de Laurentiis assevera que, “mesmo fluido e indeterminado, o limite da textualidade não pode ser desconsiderado” (2012, p. 111).

<sup>158</sup> LARENZ, 1989, p. 120.

<sup>159</sup> Rui Medeiros fala em “sentidos literais possíveis” (MEDEIROS, 1999, pp. 304 e ss).

<sup>160</sup> FERRARA, 1937, p. 131.

<sup>161</sup> MÜLLER, 2005, p. 64.

hermenêutico, isto é, dentre as possíveis interpretações do texto – e somente dentre essas – o intérprete deve escolher aquela que mais se conforma ao texto constitucional”<sup>162</sup>.

A tarefa de precisar todos os significados possíveis, se não impossível, é no mínimo hercúlea. A começar porque os vários sentidos imediatos que podem ser atribuídos a uma disposição dependem, entre outras variáveis, do contexto histórico, político e social em que se dá a interpretação e da pré-compreensão própria de cada intérprete. Por isso, “o imediato sentido das palavras que deve impor-se à interpretação como seu limite é ele próprio as mais das vezes duvidoso e indeterminado e uma tal incerteza ou indeterminação só pode ser superada por uma determinação interpretativa”<sup>163</sup>.

Um pouco menos complexo é o caminho inverso, no qual se analisa a pertinência de um significado ao conjunto daqueles atribuíveis a uma disposição. Pode acontecer de um significado dado (ou concebido) ser facilmente identificado como imediato à determinada disposição ou como totalmente estranho a ela. O problema reside na terceira alternativa, consistente nas situações em que a proposta do intérprete situa-se em uma zona cinzenta, na qual não se percebe com clareza se se trata ou não de sentido persuasivamente atribuível.

No âmbito das decisões judiciais, a questão se resolve, entre nós, com a exigência constitucional de fundamentação<sup>164</sup>, que será objeto de análise mais adiante. Importa agora apenas afirmar que a moldura fornecida pelos sentidos possíveis da disposição, aliada à obrigação constitucional de fundamentação das decisões judiciais, permite traçar limites dentro dos quais a interpretação conforme a Constituição não subverta a disposição interpretada para modificar-lhe e criar direito novo<sup>165</sup>. E permite também, por consequência, apontar as situações nas quais o mecanismo é utilizado em sua função de correção, bem como identificar a adequação, ou não, de tal utilização.

---

<sup>162</sup> AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 99.

<sup>163</sup> MEDEIROS, 1999, p. 302.

<sup>164</sup> Art. 93, IX, CR.

<sup>165</sup> Ainda que limitada à compreensão do texto – e não de seus sentidos possíveis – como limite à interpretação, é pertinente a afirmação de Cass Sustein de que “a exigência de se manter adstrito ao texto constitui uma forma vital de disciplinar os magistrados e impedir o exercício arbitrário do poder judicial” (SUSTEIN, 2008, p. 150).



## 2.4.2. Vontade do legislador

Ao lado dos sentidos possíveis, a doutrina identifica a vontade do legislador como limitação à interpretação conforme. Para Carlos Blanco de Moraes, trata-se de decorrência da prioridade do legislador na concretização da Constituição. Nesse sentido, o autor assevera ser “mais grave para o legislador que o Tribunal usurpe a função de legislar e crie uma nova norma através da manipulação derogatória de um enunciado normativo, de forma a assegurar a sua harmonia com a Constituição, do que aceitar que o mesmo órgão jurisdicional reprima a norma com uma declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa”<sup>166</sup>. Isso porque, “pelos menos através de uma decisão de acolhimento, respeita-se a liberdade de conformação do decisor em escolher a essência da sua política legislativa”<sup>167</sup>.

Essa limitação é reconhecida também por Gilmar Ferreira Mendes<sup>168</sup>, J. J. Canotilho e Vital Moreira<sup>169</sup>. Lúcio Bittencourt assevera que “os tribunais devem interpretar a lei de acordo com a intenção da legislatura, que só poderia ser a de elaborar um diploma capaz de produzir efeitos jurídicos e não um que se tornasse inoperante e nulo”<sup>170</sup>.

Encontra-se esse entendimento também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 3.459, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.4.2006; ADI-MC 2.031, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 17.10.2003; e ADI-MC 1.754, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 6.8.1999, entre outros).

Entretanto, há, também aqui, grande dificuldade em definir precisamente em que o critério consiste. De início, é possível encontrar na clássica dicotomia entre as teorias subjetiva e objetiva da interpretação duas definições bem distintas<sup>171</sup>.

---

<sup>166</sup> MORAIS, 2005, p. 337.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 337.

<sup>168</sup> Segundo Gilmar Ferreira 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 declaração de inconstitucionalidade de toda a lei” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 1.185).

<sup>169</sup> CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 270.

<sup>170</sup> BITTENCOURT, 1949, p. 93.

<sup>171</sup> Os principais fundamentos e o diálogo travado entre as duas correntes é assim sistematizado:

“A doutrina subjetivista insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado de vontade do emissor de norma lhe é fundamental), é, basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação *ex tunc* (*desde então*, isto é, desde o aparecimento da norma pela posituação da vontade legislativa), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico). Já para a doutrina objetivista, a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores

Para a teoria subjetiva da interpretação jurídica, baseada essencialmente na vontade do legislador, denominada *voluntas legislatoris*, “interpretar é compreender o pensamento do legislador manifestado no texto da lei”<sup>172</sup>. Dessa maneira, a interpretação conforme não pode contrariar o sentido que o legislador pretendeu dar ao texto no momento de sua edição.

Nesse sentido, a intenção do legislador, segundo Aliomar Baleeiro, “não raro (...) brota vigorosamente da ‘exposição de motivos’, da ‘justificação’ do projeto, sobretudo quando provém do líder representativo de considerável grupo parlamentar. Outro tanto se pode dizer dos pareceres dos relatores nas comissões parlamentares”<sup>173</sup>. Em estudo dedicado à análise de precedentes como esse, José Levi Mello do Amaral Júnior observa que o Ministro “apontava como subsídios importantes para a identificação da *ratio juris* da norma: (i) as exposições de motivos dos projetos originados do Poder Executivo; (2) as justificações, que fazem as vezes das exposições de motivos nos projetos de iniciativa parlamentar; [e] (3) os pareceres dos relatores nas comissões parlamentares, pareceres esses que, no mais das vezes, esclarecem o porquê das redações adotadas e das modificações introduzidas ou não”<sup>174</sup>.

---

objetivos (o dogma é um arbitrário *social*), independente até certo ponto do sentido que lhe tenha querido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (desde agora, isto é, tendo em vista a situação e o momento atual de sua vigência), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas a sua captação (método sociológico). A polêmica entre as duas correntes pode ser resumida nos seguintes argumentos (cf. Engisch, 1968:88):

Os objetivistas contestam os subjetivistas:

- pelo argumento da vontade, afirmando que uma ‘vontade’ do legislador é mera ficção, pois o legislador é raramente uma pessoa fisicamente identificável;
- pelo argumento da forma, pois só as manifestações normativas trazidas na forma exigida pelo ordenamento têm força para obrigar, sendo, em consequência, aquilo que se chama de *legislador*, no fundo, apenas uma competência legal;
- pelo argumento da confiança, segundo o qual o intérprete tem de emprestar confiança à palavra da norma como tal e qual deve, em princípio ser inteligível por si;
- pelo argumento da integração, pelo qual só a concepção que leve em conta os fatores objetivos em sua contínua mutação social explica a complementação e até mesmo a criação do direito pela jurisprudência.

Os subjetivistas contestam, por sua vez, dizendo:

- o recurso à técnica de interpretação, aos documentos e às discussões preliminares dos responsáveis pela positivação da norma é imprescindível, donde a impossibilidade de ignorar o legislador originário;
- os fatores (objetivos) que eventualmente determinassem a chamada vontade objetiva da lei (*voluntas legis*) também estão sujeitos a dúvidas interpretativas: com isso, os objetivistas criariam, no fundo, um curioso subjetivismo que põe a vontade do intérprete acima da vontade do legislador, tornando-se aquele não apenas ‘mais sábio’ que o legislador, mas também ‘mais sábio’ que a própria norma legislada;
- seguir-se-ia um desvirtuamento na captação do direito em termos de segurança e de certeza, pois ficaríamos à mercê da opinião do intérprete.” (FERRAZ JR., 2008, pp. 233/234)

<sup>172</sup> SAVIGNY *apud* FERRAZ JR., 2008, p. 232.

<sup>173</sup> Voto proferido pelo Ministro Aliomar Baleeiro no RE 58.356, Rel. Min. Hermes Lima, julg. em 28.9.1966. Transcrição disponível em AMARAL JÚNIOR, 2006, p. 32.

<sup>174</sup> AMARAL JÚNIOR, 2006, p. 33.

Entretanto, é assaz questionável a possibilidade do intérprete conhecer as razões que levaram o legislador a editar o ato normativo. Isso porque o legislador é raramente uma pessoa fisicamente identificável. E, ainda que se considere os trabalhos preparatórios como a expressão de sua vontade, os textos neles contidos admitem, eles também, diversas interpretações variáveis de acordo com aquele que os analisa.

A teoria objetiva, por outro lado, concebe o “espírito do povo”, a “vontade geral” como o elemento primordial para a interpretação, baseando-se na vontade da lei, ou *voluntas legis*, para o estabelecimento de seu sentido<sup>175</sup>. Conforme se extrai da lição de Larenz, não importam, aqui, as razões e fatos que fizeram o legislador editar a lei. “Com o acto legislativo, dizem os objectivistas, a lei desprende-se do seu autor e adquire uma existência objectiva. O autor desempenhou o seu papel, agora desaparece e apaga-se por detrás da sua obra. A obra é o texto da lei, a ‘vontade da lei tornada palavra’, o ‘possível e efectivo conteúdo de pensamento das palavras da lei’”<sup>176</sup>.

A vontade do legislador, enquanto limite à interpretação conforme, é objetivada para que corresponda à vontade geral, emanada do titular do poder – o povo –, e esteja voltada à concretização dos preceitos constitucionais. A vontade do legislador, assim concebida, confunde-se com o propósito da interpretação conforme a Constituição – o de adequar a norma para que atenda os preceitos constitucionais –, tornando-se por isso mesmo ineficiente para limitá-la<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Nesse sentido, afirma Larenz:

“Novos fenómenos técnicos, económicos, sociais, políticos, culturais e morais têm de ser juridicamente apreciados com base nas normas jurídicas preexistentes. Ao ser o Direito obrigado a assumir posição em face de fenómenos e situações que o legislador histórico de maneira nenhuma poderia ter conhecido ou pensado, ele cresce para além de si mesmo. ‘A lei, logo que surge na existência, insere-se num campo de forças social do qual, de agora em diante, ... ela vai retirar a nova configuração do seu conteúdo’ (MEZGER). Por isso mesmo nos encontramos nós em situação de “compreender melhor” a lei do que a compreendeu o próprio legislador histórico. Não pode ser nossa tarefa deixarmos o presente com os seus problemas e retrocedermos anos ou décadas para entrar no espírito de um legislador que propriamente nos não interessa já. Logo: *interpretatio ex nunc* e não *interpretatio ex tunc*. A partir da situação presente é que nós, a quem a lei se dirige e que temos de afeiçoar de acordo com ela a nossa existência, havemos de retirar da mesma lei aquilo que para nós é racional, apropriado e adaptado às circunstâncias. Fidelidade à situação presente, interpretação de acordo com a época actual, tal a tarefa do jurista.” (1997, p. 143.)

<sup>176</sup> LARENZ, 1997, p. 142.

<sup>177</sup> A abordagem proposta não desconsidera o espaço de decisão democrática do legislador. Ocorre que, como a identificação dos limites à interpretação conforme busca traçar uma moldura dentro da qual o intérprete pode atuar com segurança, as balizas decorrentes da vontade do legislador, para esse fim, devem ser entendidas em seu extremo, quando se confundem justamente com as diretrizes impostas pelo constituinte ao legislador ordinário.

### 2.4.3. Os limites na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido tanto o sentido literal quanto a vontade do legislador como limites à utilização da interpretação conforme. Nesse sentido, no julgamento da Rp 1.417, o Plenário optou por não aplicar a técnica, sob pena de atuar como legislador positivo ao ultrapassar o sentido literal do texto normativo e a vontade hipotética do legislador. Naquela oportunidade, afirmou-se que, “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo”<sup>178</sup>.

Não por coincidência, a postura restritiva, cautelosa, adotada pela Corte em um primeiro momento, é verificada também em outro julgamento da relatoria do Ministro Moreira Alves. Na ementa da ADI-MC 1.344, consignou-se a “impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as varias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente”<sup>179</sup>.

Com o passar do tempo, a postura adotada inicialmente foi, aos poucos, sendo relativizada. É difícil apontar as razões que levaram à mudança, mas nota-se uma contemporaneidade com a assunção, pela Corte, de um papel mais ativista no cenário político brasileiro.

Assim, adentrando-se brevemente aqui no perigoso campo das suposições, verificam-se na jurisprudência do Tribunal controvérsias em que a Corte Moreira Alves<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> Rp. 1.417, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.4.1988, voto do relator.

<sup>179</sup> ADI-MC 1.344, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.1996.

Para chegar a essa conclusão, o Ministro afirmou em seu voto:

“Em face do que se acentuou na parte inicial desse voto, é relevante a fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade desse dispositivo no tocante às gratificações, existentes na data da publicação dessa lei Complementar estadual, que não têm o caráter de vantagens pessoais, como as gratificações pelo exercício de função gratificada, pelo exercício de cargo em comissão, de produtividade, e de representação.

Tendo em vista, porém, que é inequívoca a *mens legis* no sentido de que esse preceito visa a alcançar indistintamente todas as vantagens e gratificações de qualquer natureza que excedam ao teto nele referido, não é possível dar-se-lhe outra interpretação, para reduzir o seu alcance, e, assim, torná-lo conforme à Constituição Federal, porque a técnica da interpretação conforme só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente.”

<sup>180</sup> Ao falar-se em “Corte Moreira Alves”, toma-se emprestada terminologia comum do constitucionalismo norte-americano. Nesse sentido, confira-se a lição de José Levi Mello do Amaral Júnior:

provavelmente afastaria a aplicação da interpretação conforme e que foram solucionadas justamente com base nesse mecanismo.

É o que se infere, por exemplo, do julgamento da ADI 1.194<sup>181</sup>, dirigida contra diversos dispositivos do Estatuto da OAB, entre eles os arts. 21 e 24, §3º, assim redigidos: “Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados. Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo” e “Art. 24. (...). § 3º. É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência”.

Na decisão proferida, o Supremo Tribunal Federal adicionou ao art. 21 exceção inexistente ao fixar-lhe interpretação conforme no sentido de que a disposição “deve ser entendida com a ressalva de que é possível haver disposição contratual em contrário, ou seguida da expressão salvo disposição contratual em sentido contrário” (fl. 14 do voto do relator). Incluiu-se implicitamente na disposição a norma segundo a qual “o advogado da parte vencedora poderá negociar a verba honorária da sucumbência com seu constituinte”.

A norma criada pela Corte, derivaria, em tese do disposto no art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ocorre que é a própria lei que limita, no caso, o acordo entre empregador e advogado empregado acerca dos honorários sucumbenciais.

---

“É bastante comum, na literatura americana, a identificação de diferentes fases históricas vividas pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Tais fases são habitualmente referidas pelo nome do *chief justice* (presidente da Suprema Corte), até porque o *justice* que preside a Suprema Corte não cumpre mandato de prazo certo, mas é indicado pelo presidente dos EUA para a função e nela permanece até renunciar, aposentar-se, faltar-lhe o *good behaviour* ou a vida (Artigo III, Seção 1, da Constituição dos Estados Unidos, que também se aplica aos *associate justices*).

Assim, um *chief justice* tem a oportunidade de marcar longa e profundamente os trabalhos da Corte Suprema. Exemplo notório é o da “Corte Marshall”, longo período em que a Corte foi presidida pelo célebre John Marshall, de 1801 a 1835, mentor de compreensões jurisprudenciais que repercutem até hoje, nos EUA e em outros países, inclusive o Brasil. Isso a começar por todo um modelo de controle de constitucionalidade (*Madison v. Marbury*), sem prejuízo de deduções pontuais, porém marcantes, como a doutrina dos poderes implícitos e o princípio da imunidade recíproca (*McCulloch v. Maryland*).

É possível fazer análise similar relativamente ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. Claro, no constitucionalismo brasileiro mais recente, os presidentes do Supremo observam mandatos fixos, de dois anos. Porém, ainda assim, têm tempo suficiente para imprimir – e imprimem – marca pessoal à conduta da corte, ainda que ela seja a marca de uma elegante e equilibrada discricção, como foi o caso da ministra Ellen Gracie.

Há ministros que marcam todo um período, independentemente de ocuparem ou não a Presidência. Exemplo recente foi o Ministro Moreira Alves, que durante quase trinta anos foi determinante para os rumos do Supremo Tribunal Federal.” (AMARAL JÚNIOR, 2010).

<sup>181</sup> ADI 1.194, Rel. p/ o acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 171, de 10.9.2009.

Vê-se, assim, que, calcada no princípio infraconstitucional da autonomia da liberdade contratual, a decisão implicou a criação de norma implícita em sentido amplo, contrária à disposição da qual supostamente derivada e, também, ao disposto no art. 24, § 3º, o qual, por essa razão, teve declarada a sua inconstitucionalidade.

No mesmo sentido, há também a decisão proferida na ADI-MC 4.389, analisada no item 2.3.3., em que a interpretação conforme serviu como mecanismo para criação de norma contrária ao parâmetro constitucional e às disposições interpretadas.

Esses exemplos apontam, mais uma vez, o caráter fluido e subjetivo dos limites à interpretação conforme. A análise dos precedentes da Suprema Corte mostra que, com o passar do tempo, talvez por influência das muitas mudanças na sua composição nas últimas duas décadas, ainda que tenham sido mantidos os mesmos limites ao instituto, verifica-se uma jurisprudência bastante contraditória sobre o tema.

O próprio cabimento da interpretação conforme enquanto pedido formulado em ação direta já foi objeto de debate na Corte, por ocasião da ADI 3.026 (Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.9.2006). No caso, o Procurador-Geral da República pedia fosse dada interpretação conforme o art. 37, II, da Constituição ao *caput* do artigo 79 da Lei 8.906/1994, no sentido de entender-se cabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. O dispositivo então impugnado está assim redigido: “aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista”.

Nos debates travados, o Plenário estabeleceu a existência de ambiguidade como pressuposto necessário ao cabimento do pedido de interpretação conforme. Ainda que se abandone momentaneamente a premissa adotada nesse estudo – segundo a qual toda disposição admite várias interpretações –, não se pode deixar de observar que a verificação da satisfação de tal requisito confunde-se com a identificação dos limites de aplicação da técnica.

Ao examinar a disposição impugnada a fim de constatar a existência, ou não, de ambiguidade, a Corte necessariamente procede à sua interpretação, extraindo-lhe o(s) significado(s) possível(is) a partir dos vários elementos do processo interpretativo. Delineia, assim, a moldura dentro da qual o intérprete há de se manter para que a interpretação conforme não adquira contornos de revisão ou integração.

Ressalte-se que, conforme já se afirmou, a identificação de todos os significados possíveis é uma tarefa inviável. Portanto, a moldura a que se alude é construída e aperfeiçoada pelo intérprete – no caso o Supremo Tribunal Federal – a todo momento, na medida em que se desenvolve o processo de interpretação.

Na ADI 3.026, o relator, Min. Eros Grau, a partir de uma interpretação sistemática do dispositivo, focada no caráter autônomo e independente da OAB e em suas finalidades constitucionais, considerou inadmissível o sentido proposto pelo requerente e rejeitou o pedido. Destacou o aparente sentido unívoco da disposição, razão pela qual não haveria, “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>182</sup>.

Apesar de afirmar a univocidade da disposição questionada, decorrente do regime de Direito privado a que submetida a OAB – razão pela qual seria inadmissível cogitar-se de concurso público para admissão em seus quadros – o voto deixa de analisar questão fulcral para sustentar os argumentos expostos. É que a disposição então questionada faz expressa menção aos “*servidores* da OAB” e, segundo o próprio relator, “o regime estatutário disciplina as relações entre *servidores* públicos e a Administração Pública, não sendo extensivo a outras entidades tão somente porque a criação destas últimas decorreu de lei”<sup>183</sup> (*grifou-se*). A mesma consideração é feita pelo Min. Carlos Velloso para sustentar, em sentido oposto, a ambiguidade do dispositivo, ao asseverar que “a Constituição Federal não admite ingresso de servidor a não ser por concurso público”<sup>184</sup>. Já nesse ponto verificasse a satisfação do requisito da “ambiguidade”.

Ao analisar mais detidamente a questão, o Min. Cezar Peluso é categórico ao dizer que “há dúvida, e esta nasce exatamente da fundamentação, que a suscita sobre a natureza jurídica da OAB, ensejando duas interpretações: uma, que a OAB é entidade de Direito Privado, e a outra, que seria de Direito Público”. Assim, chega à conclusão de que “no primeiro caso, não se exigiria concurso público para preenchimento do cargo; e, na segunda hipótese, exigir-se-ia, a despeito de o regime de pessoal ser celetista”<sup>185</sup>.

No mesmo sentido é o posicionamento do Min. Gilmar Mendes, que identifica, no caso, “uma disposição e duas possíveis normas: a primeira, que admite a contratação livre num regime tipicamente privado, e, a segunda, que submete essa contratação a um regime público, por meio de realização de concurso público”<sup>186</sup>.

Discussões como essa, acerca do cabimento da interpretação conforme e do respeito aos seus limites, não são muito frequentes nos acórdãos proferidos pelo Supremo

---

<sup>182</sup> ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.9.2006, fl. 490.

<sup>183</sup> ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.9.2006, fl. 490.

<sup>184</sup> ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.9.2006, fl. 496.

<sup>185</sup> ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.9.2006, fl. 511.

<sup>186</sup> ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.9.2006, fl. 536.

Tribunal Federal. De fato, são poucos os debates em que se discorre sobre o tema. O que se vê mais comumente são breves objeções de um ou outro Ministro à utilização do mecanismo, sem maior fundamentação, as quais são superadas de maneira igualmente superficial.

Nesse sentido, no julgamento da ADI 3.096<sup>187</sup>, a aplicação da interpretação conforme foi questionada pelo Min. Marco Aurélio nos seguintes termos: “Tenho pela dificuldade em não concluir, pura e simplesmente, pela inconstitucionalidade do preceito, sob pena de passar-se a atuar como legislador positivo”. A resposta, tão breve quanto a indagação, veio do Ministro Ayres Britto: “Não. Mas a serventia da interpretação conforme é para isso”.

#### 2.4.4. A importância e a insuficiência dos limites

A partir da análise jurisprudencial realizada no item anterior, é possível constatar, no contexto do Supremo Tribunal Federal, a insuficiência dos limites à interpretação conforme – sentidos possíveis e vontade do legislador – para atingir o objetivo de evitar que o instituto seja utilizado injustificadamente como mecanismo de criação e revisão do Direito. Isso porque, como já dito, tais limitações possuem um componente subjetivo que lhes torna extremamente fluidas<sup>188</sup>. Ainda assim, fornecem uma moldura dentro da qual o intérprete pode atuar sem subverter por completo a sua atividade.

Ao lado dessas limitações, o intérprete deve sempre observar o plano em que é desenvolvida a atividade, acautelando-se para não interpretar a Constituição conforme a lei na tentativa de “constitucionalizar” a disposição interpretada. Daí Rui Medeiros afirmar que a interpretação conforme tem como pressuposto “uma bem consciente demarcação dos níveis jurídico-constitucional e jurídico-legislativo ordinário, não pretendendo anular numa confusão de planos a relativa autonomia hermenêutico-jurídica de ambos”<sup>189 190</sup>. Por essa

---

<sup>187</sup> Precedente analisado no item 2.3.3.

<sup>188</sup> Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “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 juiz decidir quais os limites interpretativos que o texto legal impõe” (SILVA, 2006, p. 208).

<sup>189</sup> MEDEIROS, 1999, pp. 308-9.

<sup>190</sup> A advertência é feita também por Inocêncio Mártires Coelho, nos seguintes termos:

“Essa prudência [de presumir a constitucionalidade das leis], por outro lado, não pode ser excessiva, a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei à custa da Constituição, nem tampouco a contrariar o seu sentido inequívoco, 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



razão, “esse cânone hermenêutico só pode operar dentro das possibilidades que lhe abram os critérios interpretativos e metodológicos próprios do nível que imediatamente esteja em causa (em princípio o da legalidade ordinária)”<sup>191</sup>.

O reconhecimento de limites à interpretação conforme tem uma importância crucial no contexto do controle de constitucionalidade. Isso porque, se levado ao extremo e utilizado de modo irrestrito, o mecanismo interpretativo elimina do Direito a figura da nulidade da lei inconstitucional.

Se dada ao intérprete a possibilidade de “constitucionalizar” as disposições analisadas, em nome de um conjunto de valores composto pela busca da vontade do legislador – entendida aqui em seu viés objetivo – e pelos princípios da presunção de constitucionalidade e da conservação dos atos normativos, sempre será possível a atribuição de significado constitucional ao ato normativo interpretado.

Essa preocupação é externada por Rui Medeiros ao afirmar que “(...) 'a conversão da *ratio legis* ou do elemento teleológico (...) aos compromissos e ao espírito do sistema político normativo constitucional', aliada à possibilidade de ultrapassar os sentidos literais possíveis, afastaria, em sede interpretativa, o problema das leis inconstitucionais”<sup>192</sup>. No mesmo sentido, Vírgilio Afonso da Silva aponta que, se baseada exclusivamente na presunção de constitucionalidade das leis, “a ideia 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 consequência, a exigência de uma interpretação conforme a constituição”<sup>193</sup>.

Essas considerações não mudam o fato de que, conforme já constatado, há diversas situações em que o Supremo Tribunal Federal utiliza a interpretação conforme como mecanismo de revisão e criação judicial. Em razão das limitações desta dissertação, não se pretende aqui entrar na discussão sobre a legitimidade dessa postura, o que demandaria, no mínimo, um estudo aprofundado da teoria da separação das funções do

---

segundo, porque toda conformação exagerada implica, no fundo, usurpar tarefas legislativas e transformar o intérprete em legislador positivo, na exata medida em que a lei resultante dessa interpretação – conformadora só nas aparências – em verdade seria substancialmente distinta, em sua letra como no seu espírito, daquela que resultou do trabalho legislativo” (2007, pp. 112/113).

<sup>191</sup> MEDEIROS, 1999, pp. 308/309.

Rui Medeiros acrescenta que o papel da interpretação conforme, nessa concepção, consiste na “determinação do sentido hermenêutico que estes elementos tenham deixado ainda indeciso, sem que possa só por si impor um certo sentido diferente de um daqueles que caibam nos limites dessa 'indecisão” (*Ibidem*, p. 309).

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 310.

<sup>193</sup> SILVA, 2006, p. 196.

poder e do chamado ativismo judicial. Mas não se pode deixar de perquirir acerca dos requisitos que devem estar satisfeitos em tais decisões para que se tornem minimamente aceitáveis. Para enfrentar o tema, é necessário primeiro tecer algumas considerações sobre dois elementos essenciais a essa equação: o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o dever de fundamentação das decisões judiciais. São esses os objetos dos capítulos seguintes.

### **3. COMPLETABILIDADE DO ORDENAMENTO, INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E ADMISSIBILIDADE DA REVISÃO JUDICIAL DO DIREITO**

#### *3.1. O princípio da inafastabilidade da jurisdição*

É comum a previsão, nos ordenamentos contemporâneos, de disposição que busca garantir o direito à (efetiva) tutela jurisdicional<sup>194</sup>. No ordenamento brasileiro, a previsão consta no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Do direito subjetivo de acesso ao judiciário e obtenção da satisfação das pretensões resistidas e juridicamente amparadas, decorre o dever dos juízes de decidir todas as questões que lhes sejam apresentadas<sup>195</sup>, sob pena de responsabilização judicial<sup>196</sup>.

Ocorre que, como já demonstrado, há situações em que o magistrado se vê diante de demandas sobre as quais não há disposições preexistentes no ordenamento. Entre nós, a solução encontrada pelo legislador para esse tipo de problema reside na elaboração das chamadas normas de clausura.

Consta no art. 4º da Lei de introdução às normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), recepcionado pela Constituição de 1988, que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. De modo semelhante, o art. 126 do Código de Processo Civil dispõe que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

De outro modo, é possível concluir que o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito só será legítimo, na sistemática brasileira, nos casos em que o juiz não puder decidir com base em uma norma pertencente ao sistema<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> A origem da norma, segundo Guastini, estaria no art. 4º do Código de Napoleão, de 1804, que assim dispunha: “O juiz que se recusar a julgar, sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação da justiça” (2005, p.176).

<sup>195</sup> Desde que atendidas as condições da ação e os pressupostos processuais pertinentes ao caso.

<sup>196</sup> NERY JÚNIOR, 2009, p. 175.

<sup>197</sup> Ressalte-se que o Código de Processo Civil, em seu art. 127, impede que o juiz utilize a equidade como critério de decisão, salvo nos casos previstos em lei.

Como se verá adiante, os enunciados que determinam ao magistrado como proceder nos casos de lacuna normativa desempenham a função de normas de clausura ou de fechamento, reconhecendo, ao mesmo tempo, a incompletude do ordenamento e a sua completabilidade.

### 3.2. *O dogma da completude do ordenamento*

Diz-se que um ordenamento é completo quando todo e qualquer conflito submetido à apreciação judicial pode ser resolvido por uma norma já existente no sistema<sup>198</sup>. Nesse contexto, a completude é uma característica dos ordenamentos nos quais se verifica a ausência de lacunas<sup>199</sup>.

Segundo nos conta Bobbio, a crença na completude do Direito tem sua origem no Direito romano codificado, considerado à época como “um sistema potencialmente completo, uma espécie de mina inesgotável da sabedoria jurídica”<sup>200</sup>. O autor acrescenta que, com a formação dos Estados modernos, o dogma da completude se fortaleceu e amparou a pretensão estatal de monopolizar a produção jurídica. E, a partir desta pretensão estatal de regular todos os aspectos da vida moderna, teriam surgido as grandes codificações e, com elas, “o veredicto de que o juiz deve julgar permanecendo sempre dentro do sistema dado”<sup>201</sup>.

Desde então, a despeito das diversas críticas sofridas, mantém-se nos sistemas jurídicos a crença de que o ordenamento é capaz de fornecer uma resposta a todas as questões que venham a ser apresentadas ao Poder Judiciário.

---

<sup>198</sup> Alternativamente, segundo Riccardo Guastini, é considerado completo também “(a) um sistema jurídico em cujo âmbito qualquer comportamento seja deonticamente qualificado por uma norma; ou (b) um sistema jurídico em cujo âmbito a qualquer caso particular esteja ligada uma consequência jurídica” (2005, p.174).

<sup>199</sup> Bobbio afirma que “um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes *nem* uma certa norma *nem* a norma contraditória”. Assim, a “incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna”. (1995, p. 115).

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 121.

### 3.2.1. A teoria do espaço jurídico vazio

Entre as teorias formuladas para defender a completude do Direito, destacam-se a do espaço jurídico vazio e a da norma geral exclusiva. A primeira delas tem como premissa a ideia de que “toda norma jurídica representa uma limitação à livre atividade humana; fora da esfera regulada pelo Direito, o homem é livre para fazer o que quiser”<sup>202</sup>.

As atividades humanas estariam bipartidas: em um lado, dito espaço jurídico pleno, estariam as condutas reguladas pelo Direito, e no outro, dito espaço jurídico vazio, estariam as condutas livres<sup>203</sup>. Ou determinada situação concreta é regulada pelo Direito, sendo juridicamente relevante, ou pertence à esfera de liberdade absoluta, em que é juridicamente irrelevante. Assim, ou se está diante de uma hipótese regulada pelo sistema ou se está fora dele.

Nesse contexto, não há lugar para lacunas e tem-se um ordenamento completo. Todas as situações juridicamente relevantes estão reguladas. Aquilo que não está, não é relevante juridicamente e, por isso mesmo, sequer é considerado pelo sistema. Daí a afirmação de que “até onde o Direito alcança com suas normas, evidentemente não há lacunas; onde não alcança, há espaço jurídico vazio e, portanto, não a lacuna do Direito, mas a atividade indiferente ao Direito”<sup>204</sup>.

Ocorre que, para sustentar a existência do espaço jurídico vazio, é necessário restringir o jurídico ao obrigatório e ao proibido. Aquilo que é lícito, permitido, é considerado juridicamente indiferente. Entretanto, como a liberdade de fazer, ou não, algo é muitas vezes garantida pelo ordenamento, a teoria do espaço jurídico vazio teria que

---

<sup>202</sup> BOBBIO, 1995, p. 129.

<sup>203</sup> A questão é resumida (e problematizada) por Hespanha, nos seguintes termos:

“A lei pode considerar certas situações como juridicamente irrelevantes ou estranhas à regulação legal (pense-se nos aspectos estritamente pessoais de uma relação afectiva não formalizada juridicamente, de um namoro, de uma amizade; ou, hoje em dia, nos direitos e deveres [não jurídicos] que decorrem de uma crença religiosa); tais situações cairiam, pura e simplesmente, num espaço vazio de lei, ou, mesmo, vazio de direito (*Rechtsleerer Raum*) e não numa lacuna. Claro que estes espaços livres não abrangem todas as lacunas da lei; apenas aquelas que possam ser classificadas como lacunas intencionais corresponderão a este espaço indiferente à lei, devolvido por esta (i) ou para outras fontes de regulação; (ii) ou para a decisão casuística do julgador; (iii) ou para ordens normativas não jurídicas; (iv) ou, no limite, para o arbítrio de cada um. Mas resta sempre saber quais são as lacunas intencionais e quais aquelas devidas à simples imprevidência do legislador; e, depois, distinguir o ‘espaço livre de lei, do ‘espaço livre de direito’.” (2007, p. 574).

<sup>204</sup> BOBBIO, 1995, p. 129.

Mais adiante, Bobbio reafirma que, para os defensores desta teoria, “não há lacunas porque, onde falta o ordenamento jurídico, falta o próprio Direito e, portanto, deve-se falar mais propriamente de *limites* do ordenamento jurídico do que de *lacunas*” (*Ibidem*, p. 132).

suportar a coexistência de duas espécies de permissão, uma juridicamente relevante e outra não.

Só que a liberdade não garantida – juridicamente irrelevante – é algo difícil de se conceber. A garantia conferida pelo ordenamento a determinada liberdade – permissão – consiste no emprego da coerção jurídica contra eventuais impedimentos por parte de terceiros. Implica, portanto, a obrigação jurídica imposta a terceiros de não impedir o seu exercício, donde se conclui que a uma permissão jurídica corresponde uma obrigação: algo só me é permitido se aos demais é obrigatório respeitar e proibido impedir.

Nesse contexto, a permissão situada no espaço jurídico vazio se diferencia pela ausência de garantia para o seu exercício. Se não há sanção ou coerção a serem aplicadas, é também lícito – pois que situado no espaço jurídico vazio – o uso da força por parte de terceiros para obstar o exercício de tal liberdade.

Mas, como no Estado de Direito o uso da força privada é proibido, salvo em raras situações<sup>205</sup>, não é possível que existam, em seu seio, liberdades não garantidas, razão pela qual não há que se falar em espaço jurídico vazio.

### 3.2.2. A teoria da norma geral exclusiva

A segunda teoria de apoio ao dogma da completude parte justamente da inexistência do espaço jurídico vazio para afirmar a existência, no ordenamento, de uma norma geral exclusiva<sup>206</sup> regulamentadora das condutas não abrangidas por normas específicas.

Em todo ordenamento haveria uma norma geral de conteúdo negativo – geralmente implícita – segundo a qual “tudo o que não é proibido é permitido”.<sup>207</sup> No

---

<sup>205</sup> Sobre esses casos, Bobbio afirma o seguinte:

“Que em alguns casos a força privada seja lícita significa que a liberdade de um não está protegida, mas está protegida a força do outro, e que, portanto, a relação direito-dever está invertida, no sentido de que ao dever do terceiro de respeitar a liberdade dos outros sucede o direito de violá-la, e ao direito do outro de exercer a própria liberdade sucede o dever de aceitar o impedimento do outro. O fato de que a liberdade não esteja protegida não torna essa situação juridicamente irrelevante, porque, no momento em que a liberdade de agir de um não está protegida, está protegida a liberdade do outro de exercer a força; e, enquanto está protegida, esta é a juridicamente relevante em vez da outra. Não falha a relevância jurídica: simplesmente muda a relação entre o direito e o dever” (1995, p. 132).

<sup>206</sup> Guastini a designa também de norma geral negativa (2005, p. 178).

<sup>207</sup> Hespánha sintetiza a teoria nos seguintes termos:

“A lei pode supor que todos os comportamentos não proibidos nem obrigatórios, são *meramente permitidos*, ficcionando assim uma ‘norma geral exclusiva [da relevância jurídica]’ (Ernst Zitelmann, *Lücken im Recht*, 1903) implícita; neste sentido, não existem também lacunas de direito, pois as situações não abrangidas por normas expressas são-no pela norma geral exclusiva da relevância jurídica e, portanto,

Direito brasileiro, no que diz respeito às condutas por parte dos particulares, norma desse tipo está contida no inciso II do art. 5º da Constituição da República, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assim, a uma norma particular que regule, por exemplo, a proibição de utilização de aparelho celular em aeronaves, corresponderia a exclusão das consequências jurídicas desta regulamentação de todas as outras condutas.

Caso não se encontre no ordenamento uma norma particular que estabeleça as consequências jurídicas de determinada situação concreta, tal situação cairá no âmbito de aplicação da norma geral exclusiva. Com base nesse raciocínio, nunca haveria, no sistema, uma situação não regulamentada e, por isso, não existiram lacunas.

O exemplo citado por Bobbio é bastante elucidativo:

Num Estado monárquico falta uma disposição que regule a sucessão ao trono no caso de extinção da família real. Pergunta-se: a quem cabe a coroa no caso em que se verifique a circunstância da extinção? Pareceria que nos encontramos frente a um típico caso de lacuna. Donati sustenta, ao contrário, com base na teoria da norma geral exclusiva, que mesmo nesse caso, existe “uma solução jurídica. Uma vez que o caso não encontra no ordenamento nenhuma norma particular que a ele se refira, cairá sob a norma geral exclusiva, que justamente estabelece, para os casos nela compreendidos, a exclusão de qualquer limitação. Portanto, a questão proposta: “a quem cabe a coroa?”, terá a seguinte solução e será a única solução possível: a coroa não cabe a ninguém, ou seja, o Estado e os súditos estão livres de qualquer limitação relativa à existência de um rei e, portanto, terão direito a recusar a pretensão de quem quiser ser reconhecido como rei. Que tal solução não seja *politicamente* satisfatória não significa de modo algum que não seja uma solução *jurídica*. Poderemos lamentar que um Estado no qual falte tal lei seja *mal* constituído, mas não se poderá dizer que o seu ordenamento seja *incompleto* ou lacunoso.<sup>208</sup>

A teoria da norma geral exclusiva parece estar mais bem fundamentada do que a do espaço jurídico vazio. Entretanto, o raciocínio proposto falha ao desconsiderar a existência de uma norma geral inclusiva, normalmente verificada nos ordenamentos contemporâneos, que autoriza o aplicador do Direito a recorrer à analogia para solucionar casos não regulamentados por normas particulares<sup>209</sup>.

---

são juridicamente irrelevantes (insignificantes) e, logo, permitidas.” (*destaques no original*. HESPANHA, 2007, p. 575).

<sup>208</sup> BOBBIO, 1995, pp. 134/135.

<sup>209</sup> Nesse sentido, Hespanha afirma que “(...) a lei pode supor a existência de ‘uma norma geral inclusiva (no mundo das situações juridicamente relevantes ou significativas)’, segundo a qual os casos nela não expressamente previstos na lei são, porém, juridicamente relevantes, e, como tal, por ela também resolvidos, embora indirectamente, a partir de casos semelhantes (pela extensão das suas disposições, expressas com base no argumento a *simili* – interpretação extensiva, analogia); aqui, há, sim, lacunas, mas apenas provisórias, pois o ordenamento jurídico é dotado de uma força expansiva, conferida pelas suas características de igualdade, generalidade e não contradição, numa palavra, pelo seu *carácter sistemático*; e, por isso, no final de contas, é completo ou sem lacunas (*lückenlos*). Do que nestes casos se trata, então, é de ‘desenvolver o direto’ (*Rechtsfortbildung*), extraindo do direito explícito um direito implícito que o completa. De algum modo, trata-se ainda de uma tarefa de interpretação, uma interpretação integradora

No ordenamento brasileiro, essa norma decorre do princípio da igualdade, consagrado na Constituição da República, e está expressa no art. 4º da Lei de introdução às normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942) e no art. 126 do Código de Processo Civil.

Enquanto pela norma geral exclusiva os casos não abrangidos por normas particulares devem ser regulados de maneira oposta àqueles que o são, pela norma geral inclusiva as situações não compreendidas nas normas específicas devem ser reguladas de maneira idêntica àquelas que o são, desde que haja semelhança entre as hipóteses<sup>210</sup>.

É importante ressaltar que, por força do disposto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição<sup>211</sup>, parte significativa da doutrina considera haver uma vedação ao emprego da analogia *in malam partem* no Direito penal<sup>212</sup>. Por esse prisma, o intérprete está diante de um microsistema completo, sob o império da norma geral exclusiva.

Nos casos em que não há proibição de aplicação da analogia, a escolha entre qual das normas gerais aplicar depende da identificação de similitude entre a situação prevista na legislação e àquela que se pretende solucionar. Ocorre que, geralmente, não há no ordenamento a indicação dos fatores com base nos quais dois casos são considerados parecidos. Verifica-se, nesse ponto, a existência de clara lacuna, cabendo ao intérprete decidir acerca da semelhança entre as situações e, por conseguinte, sobre qual norma geral aplicar. Daí dizer-se que “completude e incompletude dependem, em última análise, das avaliações, das escolhas e das decisões do intérprete”<sup>213</sup>.

Bobbio é enfático ao dizer que a grande dificuldade de se aceitar o dogma da completude reside não no fato de que “frente ao caso não regulamentado haja insuficiência de soluções jurídicas possíveis; há sim, exuberância”<sup>214</sup>. E prossegue afirmando que “a dificuldade de interpretação, na qual consiste o problema das lacunas, é que o ordenamento

---

(*ergänzender Auslegung*), que desenvolve o direito, até que este revele a sua totalidade, preenchidas as suas imprevistas lacunas.” (*destaques no original*. HESPANHA, 2007, pp. 575/576).

<sup>210</sup> Note-se que a aplicação da norma geral exclusiva corresponde a uma argumentação *a contrario*, enquanto o emprego da norma geral inclusiva corresponde ao uso do argumento *a simili*. Trata-se de argumentos que apresentam soluções não só distintas, mas opostas, às questões em que aplicados.

<sup>211</sup> Art. 5º (...):

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

<sup>212</sup> Citem-se, entre muitos outros: NUCCI, 2011, pp. 98/99; GRECO, 2004, pp. 48 e 107; BITENCOURT, 2008, pp. 155/156; e PRADO, 2004, pp. 195 e ss.

<sup>213</sup> GUASTINI, 2005, p.183.

<sup>214</sup> BOBBIO, 1995, p. 138.



não oferece nenhum meio jurídico para eliminar essa exuberância, isto é, para decidir, com base no sistema, em favor de uma solução em detrimento da outra”<sup>215</sup>.

A existência dessa lacuna derruba por terra a concepção de um ordenamento completo, com normas aptas a oferecer uma, e apenas uma, solução para toda controvérsia que se lhes apresente.

### 3.3. A existência de lacunas e a completabilidade do ordenamento

Conforme visto, apesar de o ordenamento brasileiro não ser completo, o juiz não pode deixar de solucionar um caso sob o argumento de que não há, entre as disposições pré-existentes, regramento aplicável à situação. Também lhe é defeso negar resposta ao caso quando existirem normas ou dispositivos contraditórios regulando o tema.

Indaga-se, nesse contexto, como o magistrado deve proceder. Primeiramente, é necessário identificar se o problema consiste realmente em uma lacuna ou antinomia<sup>216</sup>. Muitas vezes a questão é solucionada por meio da adoção de outro significado compatível com a disposição analisada, bem como com os dispositivos constitucionais que a informam.

Não sendo possível atribuir às disposições analisadas significado normativo aplicável ao caso concreto, o intérprete deve utilizar a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito para resolver a questão. A interpretação conforme surge, nesse contexto, como mecanismo bastante útil, principalmente se considerada em suas funções de correção e de revisão<sup>217</sup>. Antes de se adentrar o tema, todavia, é pertinente traçar algumas linhas a respeito das lacunas, tal qual foi feito em relação às antinomias.

Admitindo-se que uma norma é um enunciado que qualifica deonticamente um comportamento ou que liga uma consequência jurídica a uma hipótese<sup>218</sup>, é possível definir lacuna como a ausência de qualificação deontica para um dado comportamento ou de previsão de consequência jurídica para um dado caso particular. Nesse contexto, sempre

---

<sup>215</sup> BOBBIO, 1995, p. 138.

<sup>216</sup> A questão das antinomias foi enfrentada no tópico 2.2.1.2., *supra*.

<sup>217</sup> Ao comentar a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, Gilmar Ferreira Mendes afirma que “o Tribunal vale-se, todavia, desse método também para colmatar lacunas. Esse grupo de casos, considerado por Gusy como exemplo de uma *otimização constitucional (verfassungsrechtliche Optimierung)* possibilita a ‘*construção*’ em conformidade com a Constituição, mediante analogia, redução ou mediante derivação de premissas normativas constantes da própria Constituição” (*destaques no original*. 1993, p. 23).

<sup>218</sup> GUASTINI, 2005, p. 174.

que, averiguadas as interpretações plausíveis de um texto, um comportamento não está deonticamente qualificado ou a uma hipótese não está ligada nenhuma consequência jurídica, o intérprete tem diante de si uma lacuna.

Entretanto, muitas vezes a própria identificação de uma lacuna é um procedimento difícil e controverso. Isso porque, tal qual a antinomia, a lacuna pode tanto ser criada como evitada pela interpretação<sup>219</sup>.

Segundo Riccardo Guastini, “as lacunas do direito – e, com maior razão – as simples incertezas aplicativas – não dependem (ou, ao menos, não dependem somente) da intrínseca imprecisão da linguagem das fontes: as lacunas são criadas pelos intérpretes, que exercem discricionariedade não só no preencher as lacunas, como também – e ainda antes – no estabelecer se e quando há uma lacuna”<sup>220</sup>.

Para ilustrar a afirmação, recorra-se novamente ao exemplo dado no item 2.2.1.2., *supra*<sup>221</sup>. Na situação 7, tem-se uma hipótese à qual não se aplicam N1, N2 nem N3, não

---

<sup>219</sup> Há uma norma presente em quase todas as constituições modernas, inclusive na brasileira de 1988, que é fonte de diversas lacunas axiológicas na legislação infraconstitucional. Trata-se do princípio da igualdade, segundo o qual se deve tratar igualmente os casos iguais e desigualmente os casos desiguais, na medida de suas desigualdades. As lacunas axiológicas por ele criadas não são lacunas propriamente ditas, mas sim ausência de uma norma justa ou correta. Nesse sentido, a lacuna axiológica ocorre quando uma classe de situações está regulada por uma norma, mas o intérprete não a considera justa.

A lacuna axiológica ocorre principalmente em duas hipóteses. Na primeira, o intérprete sente a necessidade de uma norma igualadora que estenda o tratamento dado a uma situação A a outra situação B, que julga ser substancialmente igual àquela. Um bom exemplo é a interpretação que estenda determinado benefício trabalhista às trabalhadoras domésticas, mesmo que não estejam abrangidas pela lei em questão. Na segunda hipótese, o intérprete verifica que situações materialmente desiguais foram incluídas no âmbito de aplicação da mesma norma, devendo ser formulada uma norma diferenciadora para que sejam tratadas de maneira diversa. Um exemplo é a interpretação que, onde o legislador não faz nenhuma diferenciação, exclua da incidência de um tributo a produção das micro e pequenas empresas.

Conforme aponta Riccardo Guastini, “es evidente que las lagunas axiológicas no son una propiedad objetiva del derecho; son creadas por los intérpretes con la finalidad de modificar el derecho existente, mediante un juicio subjetivo de justicia, escondido en la valoración relativa a la igualdad o a la diferencia ‘sustancial’ entre las clases de supuestos” (GUASTINI, 2008, p. 93).

<sup>220</sup> *Idem*, 2005, p. 150.

<sup>221</sup> Tome-se como exemplo, as seguintes disposições hipotéticas:

D1: Todo cidadão (C) residente (R) deve pagar certo imposto (I).

D2: O imposto não é devido (não I) pelos não residentes (R).

D3: O imposto não é devido (não I) pelos desempregados (D).

Uma interpretação no sentido comumente atribuído aos termos das disposições levaria à expressão de normas na seguinte estrutura:

N1: Se (C e R), então I.

N2: Se não R, então não I.

N3: Se D, então não I.

Entre as possíveis situações de fato que integram a relação entre cidadãos, residentes, desempregados e devedores do imposto I, estão as seguintes:

1. C e D e R.
2. C e D e não R.
3. C e não D e R.
4. C e não D e não R.
5. Não C e D e R.
6. Não C e D e não R.

havendo qualquer consequência jurídica em relação ao imposto I quando se tratar de um estrangeiro residente e empregado. Entretanto, caso o intérprete opte por conferir à disposição D1 interpretação restritiva, extraíndo dela a norma segundo a qual é indispensável ser cidadão e residente para ser devedor do imposto I [Somente se (C e R), então I], a lacuna não mais existe.

Contudo, ante a ausência de uma metanorma que defina qual técnica de interpretação deve ser priorizada, o intérprete pode, além da interpretação ‘literal’ e da interpretação restritiva propostas, optar por enfatizar várias outras técnicas comumente praticáveis e cuja justificação seria igualmente plausível.

Nesse contexto, ao se deparar com uma lacuna, o juiz possui duas alternativas. Na primeira delas, ele soluciona a lacuna no campo da interpretação decisória, procedendo de uma das seguintes maneiras: (i) ampliando o conjunto normativo tomado em consideração para encontrar uma disposição que ofereça uma norma aplicável ao caso; ou (ii) modificando a interpretação precedente do material legislativo a partir da ênfase no emprego de outra técnica, como a interpretação extensiva, evolutiva, sistemática etc., para extrair desse mesmo material uma norma aplicável ao caso. Em ambos os procedimentos, a atuação do juiz pode ser justificada a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Há, todavia, situações em que não é possível encontrar nenhuma interpretação persuasivamente argumentável que permita solucionar a questão. Resta ao magistrado, nesses casos, como alternativa, a interpretação criadora, que consiste precisamente na produção de norma inteiramente nova<sup>222</sup>.

Em ordenamentos nos quais a separação das funções do poder seja positivada, a primeira alternativa deve sempre ser preferida pelos juízes. Entretanto, não sendo possível recorrer a ela, em razão da inafastabilidade da jurisdição e da autorização para aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito, o juiz tem o dever de proceder à segunda alternativa e fornecer uma resposta ao caso que lhe foi submetido<sup>223</sup>.

Ocorre que, conforme aponta Riccardo Guastini, “não sendo os órgãos de aplicação [geralmente] investidos de poder normativo, a criação jurisprudencial de direito é pudicamente ocultada em hábitos mais discretos, e apresentada como explicitação de

---

7. Não C e não D e R.

8. Não C e não D e não R.

<sup>222</sup> Trata-se, no caso, de norma que não pode ser logicamente deduzida unicamente de textos normativos.

<sup>223</sup> Riccardo Guastini, a partir da ideia de que “a lei – diz-se – pode bem ser incompleta, ao passo que o direito é sempre completo”, conclui que “as lacunas da lei podem ser (e, de fato são) preenchidas por meio do direito jurisprudencial” (2005, p. 175.)

normas implícitas [em sentido estrito], ou seja, como elaboração de normas que se supõem já existentes, ainda que em estado latente, no sistema legislativo”<sup>224</sup>.

Trata-se, *mutatis mutandis*, da mesma conclusão a que chega Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao tratar do controle judicial dos atos e decisões administrativos. Segundo observa, nos casos em que “não existe resposta ‘certa’ e sim alternativas de política”, ao magistrado é reservada uma margem de discricção para “seguir sua cosmovisão no sopesar o próprio mérito do ato”. Entretanto, assevera o Professor, “é verdade que, para guardar as aparências, se faz de conta que nada mudou e o juiz não tem essa discricção”<sup>225</sup>.

Não são poucos os casos em que se percebe uma tal postura por parte Supremo Tribunal Federal. São emblemáticos, nesse ponto, os diversos precedentes em que a Corte, a pretexto de utilizar a técnica da interpretação conforme, regulamentou, *contra legem*, a composição e o sistema de nomeações dos Tribunais de Contas Estaduais<sup>226</sup>.

Sobre o tema, a Constituição da República, em seu art. 75<sup>227</sup>, limita-se a fixar em sete o número de Conselheiros e a determinar a aplicação no âmbito estadual, no que couber, da sucinta disciplina dada ao Tribunal de Contas da União (TCU) pelo art. 73<sup>228</sup>.

---

<sup>224</sup> GUASTINI, 2005, p. 226.

<sup>225</sup> FERREIRA FILHO, 2011, p. 226.

O autor enfrenta a questão nos seguintes termos:

“Ademais, graças aos ‘princípios’ generosamente acolhidos pela Constituição, a que já se aludiu (v. arts. 37, *caput*, e 70, *caput*) tem o magistrado uma amplíssima margem de discricção. Com efeito, tais princípios – de moralidade, legitimidade, economicidade, e, agora, de eficiência acrescentado pela Emenda n. 19/98 etc. – são conceitos indeterminados, cabendo ao juiz, em cada caso, a sua concreção.

Decorre disto, evidentemente, que o magistrado, no fundo, é livre para seguir a sua cosmovisão no sopesar o próprio mérito do ato. É ele que fixa, a seu talante, o critério de legitimidade. Por isso, num mesmo caso, para um prima o desenvolvimento econômico; para outro, a proteção ao meio ambiente; para um terceiro, o interesse dos indígenas, e assim por diante.

Essa margem de discricção do juiz inexistia, e inexistiu, quando se trata de aplicar normas precisas nos seus conceitos e fatos objetivamente demonstráveis. Inegavelmente ela ocorre em questões para as quais não existe resposta ‘certa’ e sim alternativas de política.

Ora, reconhecer ao juiz uma margem de discricionabilidade é romper com o papel que a doutrina clássica lhe atribui. É verdade que, para guardar as aparências, se faz de conta que nada mudou e o juiz não tem essa discricção. E consequência dessa atitude é o administrador ser ainda condenado a indenizar prejuízos que derivam somente do fato de que sua opção não foi a que o Judiciário adotou depois, afora as custas...”

<sup>226</sup> Citem-se, entre outros, as ADIs 2.209, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 25.4.2003; 2.596, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 2.5.2003; ADI 3.688, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24.8.2007; e 3.255, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 157, de 7.12.2007.

<sup>227</sup> Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

<sup>228</sup> Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

§ 1º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

De acordo com a disciplina constitucional, os Ministros do TCU são escolhidos: um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; e dois terços pelo Congresso Nacional. Para além disso, a Constituição não estabelece a ordem de tais escolhas – em relação ao Poder nomeante – nem determina a vinculação da vaga, quando aberta, ao Poder que nomeou seu ocupante anterior.

Assim, aplicando-se tal comando ao contexto estadual, as únicas conclusões a que se pode chegar baseado exclusivamente no texto constitucional são as de que deve-se respeitar a proporção de nomeações entre indivíduos escolhidos pelo Legislativo e Executivo e deve-se manter a vinculação das escolhas do Governador em relação aos auditores e procuradores de contas.

Ocorre que, ao analisar a questão, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão que vai muito além dessas balizas. Veja-se, por todos, o acórdão proferido na ADI 2.209, em que impugnado o artigo 88, § 2º, da Constituição do Estado do Piauí. Dizia o dispositivo que “[o]s Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado serão escolhidos: I - três pelo Governador do Estado, com a aprovação da Assembleia Legislativa, obedecidos os critérios e a ordem de precedência a seguir: a) um de livre escolha do Governador; b) um dentre Auditores indicados em lista tríplice; c) um dentre os Procuradores do Tribunal de Contas, indicados em lista tríplice; II - quatro pela Assembleia Legislativa”. Conforme se vê, a norma reproduz a proporção eleita pela Constituição da República, bem como a exigência de vinculação de duas das escolhas do Governador aos auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Peca somente por não determinar que tais escolhas se deem, alternadamente, segundo os critérios de antiguidade e merecimento.

---

I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II - idoneidade moral e reputação ilibada;

III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§ 2º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional.

§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. (Redação dada pela EC 20/1998)

§ 4º - O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

Ainda assim, a Corte julgou procedente a ação direta para conferir interpretação conforme para fixar que, “havendo vaga a ser preenchida, deve ser observada a ordem prevista no artigo 73, § 2º, I e II, da Constituição Federal, assegurando-se, em consequência, a primeira escolha dentre Auditores” e para declarar que “as escolhas dentre Auditores e Procuradores devem obedecer, alternadamente, aos critérios de antiguidade e merecimento”. Para tanto, determinou que fossem levadas em conta as nomeações ocorridas antes do novo regime constitucional para a aferição da proporção determinada pela CR, de modo a se buscar a adequação mais célere possível ao novo modelo.

A decisão vai ainda mais longe e determina que a ordem das nomeações futuras, para atingir a proporção constitucional, não deve ser aquela trazida pelo preceito impugnado (que implicaria atraso no cumprimento do novo modelo), mas sim aquela estabelecida pelo Plenário. Por melhores que sejam as intenções da Corte, trata-se de interpretação que não é possível de ser atribuída ao dispositivo questionado, que é claro ao estabelecer a ordem a ser seguida.

E, como a Constituição da República não estabelece ordem a ser seguida para a nomeação das vagas (mas apenas a proporção das indicações), não é possível extrair a norma aplicada ao caso nem do objeto impugnado nem do seu parâmetro. Foi criada, portanto, norma implícita em sentido amplo para solucionar o período de transição.

Outro ponto que merece destaque reside no fato de que a constituição estadual não vincula a indicação do novo conselheiro à origem do conselheiro que lhe antecedeu na vaga. Trata-se também de norma implícita, criada pelo Tribunal, e que não pode ser deduzida nem do objeto nem do parâmetro. De fato, a proporção imposta refere-se ao momento da escolha e não à composição do Tribunal em si.

Após assumir o cargo, o conselheiro tem o compromisso da imparcialidade, pois lhe compete julgar e aprovar as contas dos três poderes, não fazendo diferença de qual deles originou a sua indicação. Reconhecer ser a vaga “cativa” do Poder nomeante implica crer na necessidade de haver representantes dos Poderes Legislativo e Executivo na composição da Corte de Contas, o que contraria totalmente a sua finalidade.

Em conclusão, foram duas as normas criadas no caso:

i) A primeira determina que, para a aferição e cumprimento da proporção constitucional sejam levadas em consideração as nomeações ocorridas antes da Constituição de 1988, bem como que seja desprezada a ordem contida no preceito impugnado e que sejam nomeados para as vagas futuras conselheiros que, em primeiro lugar, sejam indicados pelo Poder que ainda não atingiu a proporção constitucional e que,

em segundo lugar, caso sejam de escolha do Governador e já haja conselheiro livremente escolhido pelo Executivo, sejam de origem técnica, conforme determina o art. 73, § 2º, I, CR.

ii) A segunda determina a vinculação da indicação do novo conselheiro à origem do conselheiro que lhe antecedeu na vaga (Executivo ou Legislativo e cargos de atribuição técnica ou livre escolha). Veja-se que essa norma inviabiliza por completo o cumprimento da disposição impugnada em seus próprios termos já que, mudada a ordem de indicações pela primeira norma criada e atingida a proporção nas nomeações, será seguida sempre a ordem de vacância dos cargos, para lhes conservar a origem, de modo que o encadeamento fixado pelo constituinte estadual nunca será cumprido.

É importante atentar para o fato de que, nessas questões de adequação da composição dos Tribunais de Contas estaduais, a declaração de inconstitucionalidade do preceito impugnado geralmente repristinaria disposições anteriores a 1988 e que estão ainda mais afastadas do modelo constitucional da União. Entretanto, a solução mais adequada parece ser a de declarar inconstitucional toda a cadeia normativa, deixando ao foro competente a aplicação direta das normas previstas na Constituição (que, por força do art. 75, são expressamente aplicáveis aos Estados), por meio da ação adequada a impugnar cada uma das nomeações que venham a surgir em desacordo com a proporção e a clientela constitucionais.

### *3.4. Integração conforme a Constituição: analogia, princípios gerais do Direito e costumes constitucionais*

Ao deparar-se com uma lacuna, um dos mecanismos que o intérprete tem a sua disposição para preenchê-la é a aplicação analógica de regramento relativo a situação semelhante àquela analisada. Conforme exposto no item 3.2.2., o Direito brasileiro autoriza expressamente o aplicador do Direito que recorra à analogia para solucionar casos não regulamentados por normas particulares<sup>229</sup>.

Ainda que reforce a possibilidade da utilização do argumento analógico, a previsão legal não é indispensável para a subsistência da autorização do emprego desse recurso, já que seu fundamento primeiro é encontrado no princípio da igualdade,

---

<sup>229</sup> Art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942) e art. 126 do Código de Processo Civil.

consagrado, entre nós, em diversos dispositivos da Constituição da República, em especial em seu artigo 5º<sup>230</sup>.

Nesse sentido, Léo Leoncy afirma que a aplicação da analogia independe de previsão legal, “justamente porque, tal como registrado por Larenz, a igualdade, base de toda analogia, é uma exigência da própria ideia de Direito, de forma que, qualquer sistema jurídico que se pretenda como tal, não pode resistir ao apelo irrecusável numa forma de argumentação tão próxima do princípio da igualdade como é a analogia”<sup>231 232</sup>.

Em sua dimensão de igualdade postulado<sup>233</sup>, o princípio da igualdade “converte-se numa norma que estabelece parâmetros para a aplicação de outras normas, constituindo, assim, ela própria, uma *metanorma*”<sup>234</sup>. Nesse ponto, prescreve que “as normas devem ser aplicadas de modo igual e imparcial a todos aqueles que se submetem ao seu âmbito de aplicação”<sup>235</sup>. Com base nesse raciocínio, justifica-se o uso da analogia não só para solucionar lacunas normativas, mas também no caso de antinomias que não possam ser resolvidas a partir dos critérios anteriormente expostos.

Segundo Miguel Reale, “a analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris* (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de Direito)”<sup>236</sup>.

Nesse contexto, o argumento analógico implica a aplicação à determinada situação não regulada (ou regulada por normas incompatíveis) de regramento relativo a hipótese semelhante, em razão da identificação de uma *ratio* comum a ambas<sup>237</sup>. Sob essa

---

<sup>230</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...).

<sup>231</sup> LEONCY, 2011, p. 122.

<sup>232</sup> No mesmo sentido, conferir MACHADO, 2006, p. 326.

<sup>233</sup> Utiliza-se, aqui, a classificação formulada por Humberto Ávila (2008, pp. 133 e ss).

<sup>234</sup> *Destaque no original*. LEONCY, 2011, p. 104.

<sup>235</sup> ÁVILA, 2008, p. 135.

<sup>236</sup> REALE, 2002, p. 296.

<sup>237</sup> Trata-se aqui, ressalte-se, da chamada analogia *legis*, construída a partir de uma regra aplicável a uma situação semelhante. A analogia *juris*, por sua vez, é aquela realizada a partir dos princípios gerais do Direito.

É recorrente na doutrina o posicionamento que sugere a preferência da analogia *legis* à *juris*, cujos fundamentos Léo Leoncy resume nos seguintes termos:

“À míngua de uma disposição constitucional expressa que estabeleça de forma inequívoca uma relação de precedência entre os métodos no âmbito do próprio Direito constitucional, convém apelar para alguns



perspectiva, a analogia consiste não em um princípio jurídico mas antes, como observado por Léo Leony<sup>238</sup>, em um princípio hermenêutico, e como tal desempenha “uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição (...) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do Direito (*Richterrecht, analogia juris*)”<sup>239</sup>.

O uso da analogia no mecanismo da integração (ou correção) conforme a Constituição consiste, basicamente, na identificação, pelo intérprete, dos seguintes elementos no caso analisado: i-a) ausência de norma explícita ou implícita que regule o tema analisado (identificação da lacuna) ou i-b) existência de antinomia que não possa ser solucionada com base nos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade; ii) existência de regramento aplicável a uma hipótese semelhante; iii) identidade de *ratio* entre as hipóteses objeto e paradigma; e iv) ausência de exclusão, expressa ou indireta, pelo sistema constitucional, do uso da analogia no tema analisado. Presentes esses elementos, deve o aplicador do Direito, a partir da identificação de um princípio constitucional comum às duas situações, estender ao caso não regulado a norma que dispõe sobre a situação semelhante. Sobre o tema, é de todo pertinente o alerta feito pelo Ministro Aliomar Baleeiro no sentido de que “em matéria de inconstitucionalidade pode ser utilizado *discreto e prudente* apelo do juiz à analogia”<sup>240</sup>.

---

critérios em geral oferecidos pela doutrina. No seu conjunto, tais critérios apontam para uma precedência da analogia em relação aos princípios gerais do Direito.

Para [João Baptista] Machado, o apelo à analogia como primeiro recurso ao preenchimento de lacunas pode ser justificado a partir de um critério de *coerência normativa*. Ao possibilitar que casos ou conflitos de interesses semelhantes recebam tratamento semelhante, a analogia acaba por realizar uma justiça relativa, mediante a aplicação do princípio da igualdade.

Com isso, cumpre-se também uma exigência da própria *ideia de sistema*, pois com a analogia evita-se que o intérprete crie uma contradição de valores no seio do sistema jurídico ao se desviar dos seus próprios princípios sem que haja razões suficientes para esta contrariedade. Nesse sentido, afirma Canaris que ‘as normas contrárias ao sistema podem, por causa da contradição de valores nelas incluída, atentar contra o princípio constitucional da igualdade e, por isso, serem nulas’.

Conforme ainda Machado, outra razão para a precedência da analogia reside no critério da *certeza do direito*. Na opinião desse autor, é bem mais fácil obter a uniformidade de julgados com a adaptação para um caso não regulado das normas aplicáveis a determinado caso análogo do que simplesmente remetendo o julgador para critérios de equidade ou para os princípios gerais do Direito.

[...]

Nesse sentido, a analogia conta ainda com outro elemento favorável em comparação com a integração a partir de princípios. Enquanto nesta o intérprete tem à disposição somente um princípio e nada mais, no raciocínio por analogia, para além do preceito acerca de um caso semelhante, o intérprete conta ainda com a possibilidade de recorrer a um *princípio comum* que justifique a aplicação da mesma decisão a ambos os casos.” (2011, pp. 124/125).

<sup>238</sup> LEONCY, 2011, p. 121.

<sup>239</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1.161.

<sup>240</sup> RE 75.390, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, julg. Em 24.10.1973. A transcrição está disponível em AMARAL JÚNIOR, 2006, p. 28.

Assim, identificada uma lacuna<sup>241</sup> (ou antinomia), para lançar mão da analogia o aplicador do Direito deve localizar uma norma pertencente ao sistema constitucional a partir da qual seja possível construir uma solução para o caso por ele examinado. Para tanto, é necessário que haja entre a hipótese regulada pelo preceito constitucional e aquela examinada pelo intérprete “uma semelhança relevante e essencial”<sup>242</sup>.

O requisito da semelhança é satisfeito quando verificada a identidade de razão (*ratio legis*) entre a situação objeto e a paradigma. Como a *ratio legis* “significa tanto o escopo como o ‘fundamento racional’, o princípio de uma regulação”<sup>243</sup>, para fazer uso do argumento analógico o julgador deve encontrar a coincidência desses dois elementos para aplicar analogicamente um regramento a uma situação. Assim, a norma criada por meio da integração (ou correção) conforme a Constituição deve ter a mesma finalidade (escopo) e o mesmo princípio constitucional justificador ou razão de ser (fundamento) que aquela que lhe serviu de parâmetro<sup>244</sup>.

De resto, a analogia não poderá ser aplicada quando houver, no ordenamento jurídico, vedação expressa ou indireta à sua utilização. Há disposições que vedam o uso da analogia em determinadas matérias, a exemplo do art. 108, § 1º, do Código Tributário Nacional, que dispõe que “o emprego da analogia não pode resultar na exigência de tributo não exigido em lei”. Há, ainda, casos em que a proibição à analogia está implícita no conjunto normativo analisado, a exemplo das hipóteses em que a inexistência de regulamentação é nitidamente proposital (silêncio eloquente do legislador)<sup>245</sup>.

Não sendo possível utilizar o argumento analógico, o órgão julgador deve solucionar a controvérsia a partir dos chamados princípios gerais do Direito. Nesse sentido, Canotilho e Vital Moreira alertam que “quando, porém, se estiver em face de uma verdadeira lacuna a força normativa da Constituição impõe que seja a partir dos critérios e das soluções acolhidas nela própria que se integram os problemas lacunosos, seja mediante

---

<sup>241</sup> A identificação da lacuna é imprescindível para que se proceda legitimamente à integração do Direito, pois aponta a necessidade da criação judicial. Nesse sentido, Engisch afirma que “o primeiro passo a dar aqui pelo pensamento do julgador consiste em verificar a necessidade e a justificação da integração de lacunas” (2008, p. 283). A justificação se insere na exigência de fundamentação das decisões, que será objeto de análise no próximo capítulo.

<sup>242</sup> A partir das lições de Stammler e Ferrar, Léo Leony afirma que a identificação de tal semelhança deve ser feita por meio de um processo indutivo, no qual abstrai-se a disciplina jurídica dada aos casos análogos, alargando-a ou generalizando-se até que compreenda os casos não previstos mas cuja essência jurídica é a mesma. (2011, p. 140).

<sup>243</sup> LARENZ, 1997, p. 475.

<sup>244</sup> Cf. LEONCY, 2011, pp. 143-147.

<sup>245</sup> As diversas hipóteses de vedação implícita ao emprego da analogia podem ser conferidas em: LEONCY, 2011, pp. 147 e ss.

recurso à analogia, seja por apelo aos princípios gerais que possam ser relevantes para o caso”<sup>246</sup>.

Os princípios gerais de Direito “compreendem não apenas os princípios decorrentes do próprio ordenamento jurídico, como ainda aqueles que o informam e lhe são anteriores e transcendentess”<sup>247</sup>. Em matéria constitucional, possuem relevo aqueles enunciados que informam o ordenamento jurídico, traçando as diretrizes fundamentais acerca dos direitos, liberdades e garantias individuais e coletivos, da organização do Estado e das relações sociais e entre a sociedade e o Poder Público.

Ainda que não se trate de caso em que verificada lacuna normativa – mas sim lacuna axiológica, uma hipótese de correção judicial de disposição a partir dos princípios gerais do Direito é encontrada na ADI 3.096<sup>248</sup>, na qual utilizou-se o princípio da isonomia para modificar disposição que determinava a adoção do rito dos juizados especiais nos crimes cometidos contra idosos e cuja pena máxima fosse superior a 2 anos, mas inferior a 4. A norma criada pelo Supremo Tribunal Federal a partir da disposição então contestada restringiu a aplicação do rito sumaríssimo apenas em suas características voltadas a acelerar a tramitação do processo, vedando-se qualquer benefício ao réu, já que a idade avançada da vítima não seria fator de discrimen apto a justificar tratamento diferenciado ao autor do delito.

Por fim, não sendo possível aplicar o argumento analógico e os princípios gerais do Direito, resta ao intérprete o recurso aos costumes. Para tanto, exige-se que a norma consuetudinária eleita pelo julgador apresente, cumulativamente, as seguintes condições: “(i) *inveterata* ou *logaeva consuetudo* (uso durante largo tempo); (ii) *opinio necessitatis* ou *opinio juris*, ou seja, convicção da sua juridicidade”<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 58.

<sup>247</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 109.

<sup>248</sup> Ver item 2.3.3.

<sup>249</sup> CANOTILHO, 2003, pp. 1.135/1.136.

#### **4. O DEVER PODER DA CRIAÇÃO JUDICIAL DE NORMAS IMPLÍCITAS: A LEGITIMIDADE DA CORREÇÃO E INTEGRAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO**

Nos tópicos anteriores, viu-se que o ordenamento brasileiro não constitui um sistema completo, mas sim completável. Ainda assim, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao juiz não é dado negar-se a decidir controvérsia alguma sob o argumento de antinomia ou de ausência de norma a respeito do tema. Há, para casos tais, autorização constitucional para utilização da analogia, dos princípios gerais do Direito e dos costumes. Nesse contexto, a integração conforme a Constituição surge como um dos mecanismos por meio do qual o juiz pode proceder à correção judicial.

Entre os casos que reclamam uma tal atuação por parte da Suprema Corte são frequentes aqueles em que impugnado preceito legal genérico que deixa ao regulamento a definição de questões relevantes da matéria discutida. Nesses casos, a constitucionalidade do enunciado contestado fica a depender do viés adotado pelo legislador quando da regulamentação. E, quando tal regulamentação é inexistente, resta a Corte preencher parcialmente a lacuna deixada pelo legislador ordinário para que seja possível efetuar um juízo acerca da constitucionalidade da disposição normativa e, assim, fornecer uma resposta adequada ao caso, em consonância com o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Veja-se, por exemplo, a decisão proferida na ADI-MC 4.178<sup>250</sup>, em que impugnados incisos do art. 16 da Lei 13.136/1997, do Estado de Goiás, que traz os títulos que devem ser considerados nas provas de concursos de ingresso e remoção nos serviços notariais e de registro, deixando ao edital a fixação dos respectivos critérios de valoração.

Entre os dispositivos impugnados, figura o inciso V, segundo o qual é considerado título a “aprovação em concurso de ingresso e remoção em serviço notarial e registral”. Na concepção da Corte, a constitucionalidade dessa disposição, no que diz respeito aos concursos de ingresso nos serviços notariais e de registro, depende do valor a ser atribuído ao título pela regulamentação.

Assim, entendeu-se que a aprovação em concurso de ingresso no serviço notarial e de registro pode ser computada como título nos concursos de ingresso, desde que não seja

---

<sup>250</sup> ADI-MC 4.178, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 50, de 18.3.2010.

sobrevalorizada (ou seja, desde que a ela seja atribuída pontuação inferior àquela concedida para a aprovação em concurso público para carreiras jurídicas). Por essa razão, emprestou-se ao enunciado interpretação conforme<sup>251</sup> “no sentido de constituir título válido, desde que não sobrevalorizado nem equiparado ao das aprovações em concurso para os cargos de carreiras jurídicas”. Substituindo-se ao legislador ordinário, a Corte criou, com a decisão, norma inexistente na lei, segundo a qual, no concurso para ingresso no serviço de notas ou de registro, o valor do título referente à aprovação anterior em concurso para os mesmos fins deve ser inferior àquele referente à aprovação em concurso para cargo de carreira jurídica, já que não configura preenchimento de cargo público e não se trata de atividade privativa de bacharel em Direito. Baseou-se, para tanto, no princípio da isonomia.

Perceba-se que, no caso, a adoção da declaração de inconstitucionalidade do preceito impugnado não figurava como opção, já que resultaria, ela também, em violação ao princípio da isonomia, consistente na exclusão da possibilidade de consideração, como título, da aprovação em concurso para ingresso nos serviços notariais e de registro.

Estando a constitucionalidade da disposição questionada a depender da sua regulamentação, e ante a inexistência de tal regramento, coube a Corte proceder à sua integração conforme a Constituição, mais precisamente conforme o princípio da isonomia.

Situação semelhante é encontrada na ADI 3.463<sup>252</sup>, em que impugnado o art. 51 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Trata-se de disposição que, ao criar o Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente, garantiu a participação, em sua estrutura, de representantes do Ministério Público. Ocorre que os termos em que tal participação deveria se dar foram deixados à definição do legislador ordinário, a quem caberia a regulamentação da organização, composição e funcionamento do novo órgão.

Ante a ausência de regulamentação do preceito contestado, a Corte vislumbrou a possibilidade da superveniência de norma que admitisse a atuação ativa dos membros do *parquet* no Conselho criado, o que violaria a proibição constitucional de que o Ministério Público atue como órgão de consulta de entidades públicas (art. 129, IX, CR). Por essa razão, procedeu-se à integração conforme do dispositivo para consignar que “a participação do Ministério Público no Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente deve se dar na condição de membro convidado sem direito a voto”.

---

<sup>251</sup> Ou, mais adequadamente, “integração conforme a Constituição”.

<sup>252</sup> ADI 3.463, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 6.6.2012. A análise do precedente será retomada, para outros fins, no item 4.1., *infra*.

É importante ressaltar que, em tais situações, é justamente esse o papel do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição. Não sendo possível sanar a inconstitucionalidade por meio da declaração da nulidade do preceito impugnado, não pode o julgador agravar o quadro de contrariedade aos preceitos constitucionais, mormente havendo instrumentos que lhe possibilitem solucionar a controvérsia de maneira mais efetiva. Não se trata de uma faculdade, e sim de um dever poder. E, como todo dever imposto ao Poder Público, a correção judicial do Direito deve ser exercida com estrita observância dos limites que lhe são impostos.

Em ordenamentos marcados pela constitucionalização rígida e formal, como o brasileiro, é intuitivo que toda produção jurídica deva orientar-se pelas balizas constitucionais. Em se tratando de correção e integração judicial do Direito, com mais razão devem ser observados os ditames constitucionais. Daí a afirmação de Hespanha de que, em razão do “crescente impacto da ideia do primado da Constituição, (...) justamente quando o espaço de criatividade do julgador seja maior, este deva operar tendo em vista o espírito da Constituição como ponto de referencia de toda a ordem jurídica (integração conforme a Constituição)”<sup>253</sup>. No mesmo sentido, Jorge Miranda assevera que “é olhando ao sistema de normas da Constituição formal, como expressão da Constituição material, que o agente da integração deve raciocinar quer procure a analogia (*legis* ou *juris*) quer atenda aos princípios gerais”<sup>254</sup>.

Assim, ao aplicar a correção conforme a Constituição, o julgador deve não apenas assegurar que a norma elaborada não seja incompatível com algum dos preceitos constitucionais, mas também buscar concretizá-los no maior grau possível.

Ressalte-se, por fim, que há matérias em que a própria Constituição veda o emprego da integração conforme. Trata-se dos temas submetidos à reserva absoluta de lei, cuja regulação cabe exclusivamente ao legislador, sendo vedado “à doutrina ou à jurisprudência a tal possibilidade de desenvolver o direito nestas zonas”<sup>255</sup>. Citem-se como exemplos o Direito penal e o Direito tributário, campos nos quais o constituinte reservou para a lei a incriminação, a definição das penas e a imposição de tributos<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> HESPANHA, 2007, p. 582.

<sup>254</sup> MIRANDA, 2001, p. 269.

<sup>255</sup> HESPANHA, 2007, p. 577.

<sup>256</sup> As previsões constam dos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 5º. (...):

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[...]

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

A despeito da proibição constitucional, não se percebeu haver, por parte da Suprema Corte, uma maior cautela na criação de normas implícitas em sentido amplo em matéria tributária. Nesse sentido, veja-se que, na ADI-MC 4.389, já referida<sup>257</sup>, o Tribunal, formulando norma implícita em sentido amplo, criou nova hipótese de incidência do ICMS e, ao mesmo tempo, afastou, indevidamente, a incidência do ISS.

#### *4.1. O dever de fundamentar e motivar as decisões judiciais*

A Constituição da República consagra, em seu artigo 93, IX<sup>258</sup>, a necessidade de motivação das decisões judiciais, sob pena de sua nulidade. Os juízes são obrigados, assim, a expor as razões pelas quais determinada decisão deve ser adotada, justificando sua convicção a partir de argumentos racionais. Busca-se, com isso, conferir legitimidade à decisão e possibilitar sua impugnação e controle.

Daí afirmar Ferrajoli que, devido à obrigatoriedade de motivação, as decisões judiciais resultam “legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada”; que a sua validade “resulta condicionada à verdade, ainda que relativa, de seus argumentos”; e que, por fim, “o poder jurisdicional não é o ‘poder desumano’ puramente potestativo da justiça de cádi, mas é fundado no ‘saber’, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável (...)”<sup>259</sup>.

No mesmo sentido, Canotilho sustenta que essa garantia possibilita a “exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da atividade jurisdicional e [a] abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes”<sup>260</sup>.

Não há qualquer ressalva à aplicação da exigência no âmbito do controle de constitucionalidade. Ao contrário, especialmente no caso do controle concentrado, em que as decisões são tomadas em primeira e última instância pelo Supremo Tribunal Federal e

---

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

<sup>257</sup> Item 2.3.3.

<sup>258</sup> Art. 93 (...):

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>259</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 497.

<sup>260</sup> CANOTILHO, 1999, p. 621.

possuem eficácia *erga omnes*, é indispensável que tragam suas razões expostas de maneira clara e racional<sup>261</sup>.

A necessidade de fundamentação é ainda mais indispensável quando se está a tratar da criação judicial do Direito – o que inclui o uso da interpretação conforme em sua função de correção e integração. A decisão que não traz em seu bojo, de forma clara e nítida, as razões pelas quais o juiz optou por integrar ou revisar o Direito analisado em um ou outro sentido, carece completamente de legitimidade. Imprescindível, pois, que se tenha como mantra o alerta feito por Larenz no sentido de que o “desenvolvimento judicial do Direito precisa de uma fundamentação levada a cabo metodicamente se se quiser que o seu resultado haja de justificar-se como ‘Direito’, no sentido da ordem jurídica vigente. Precisa de uma justificação porque sem ela os tribunais só usurariam de facto um poder que não lhes compete”<sup>262</sup>.

Assim, para legitimar a utilização da interpretação conforme, em qualquer de suas funções, é indispensável que o julgador demonstre o processo interpretativo que culminou na eleição de um sentido da disposição em detrimento dos demais. Para tanto, é necessário que, além da interpretação do preceito infraconstitucional, proceda-se à explicitação do conteúdo do dispositivo utilizado como parâmetro.

Não é raro o Supremo Tribunal Federal deixar de se desincumbir dessa tarefa. Em algumas oportunidades, verifica-se que, nem se a Corte desejasse assim proceder, a fundamentação seria possível, simplesmente porque o parâmetro eleito não se relaciona com o significado conferido à disposição interpretada.

Trata-se do que Virgílio Afonso da Silva chamou de “recurso supérfluo à interpretação conforme a constituição”, porque utilizada para “mero esclarecimento de significado”<sup>263</sup>. De fato, há nesses casos evidente distorção do alcance da interpretação conforme de modo a convertê-la em mecanismo que possibilita ao Supremo Tribunal Federal conferir efeitos *erga omnes* e vinculantes à mera explicitação do sentido de

---

<sup>261</sup> É pertinente, no ponto, a seguinte lição de Cândido Rangel Dinamarco:

“Para cumprir seu objetivo político e atender às exigências da Constituição e da lei, a motivação deve ser tal que traga ao leitor a sensação de que o juiz decidiu de determinado modo porque assim impunham os fundamentos adotados, mas decidiria diferentemente se tivesse adotado outros fundamentos – seja no exame da prova seja na interpretação do sistema jurídico. Tal é a exigência de coerência na motivação, sem a qual ela é irregular e a sentença, nula. Exige-se, também, que a motivação seja completa, sem omitir pontos cuja solução pudesse conduzir o juiz a concluir diferentemente” (DINAMARCO, 2003, p. 243).

<sup>262</sup> LARENZ, 1997, p. 524.

<sup>263</sup> SILVA, 2006, p. 202.



disposições infraconstitucionais, sem envolver, no processo, o exercício do controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, veja-se o seguinte exemplo:

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 Janeiro 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.

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. 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.<sup>264</sup>

De maneira semelhante, na ADI-MC 1.098<sup>265</sup>, a pretexto de utilizar a interpretação conforme, a Corte proferiu decisão em que limitou-se a esclarecer um significado das disposições contestadas, conferindo-lhe eficácia *erga omnes* e vinculante. Impugnavam-se, no caso, os incisos III e VII do art. 337 do regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, segundo os quais: “Art. 337 - Compete ao Presidente do Tribunal de Justiça: (...) III - ordenar, de ofício ou a requerimento das partes, a correção de inexatidões materiais ou a retificação de erros de cálculo; (...) VII - requisitar das entidades devedoras a complementação de depósitos insuficientes, no prazo de noventa dias, determinando vista aos interessados, no caso de desobediência”.

Sob o argumento de que do art. 100, § 2º, CR<sup>266</sup>, decorreria o caráter materialmente administrativo da atuação do Presidente do Tribunal em relação aos precatórios, o Plenário indeferiu o pedido de medida liminar quanto ao primeiro inciso “com a interpretação de que as inexatidões materiais e as retificações por erro de cálculo, a que se referem o dispositivo, são aquelas originalmente decorrentes da atualização” e

---

<sup>264</sup> SILVA, 2006, pp. 202/203.

<sup>265</sup> ADI-MC 1.098, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 28.4.1995.

<sup>266</sup> Art. 100, § 2º (redação então em vigor): “§ 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito”.

quanto ao segundo “dando-lhe a interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a requisição, a título de complementação de depósitos insuficientes, a ser feita no prazo de noventa dias, somente deve referir-se a diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos ou de inexatidões dos cálculos de precatórios, não podendo, porém, dizer respeito ao critério adotado para a elaboração do cálculo ou a índices de atualização diversos dos que foram utilizados em primeira instância”. Ocorre que, do dispositivo apontado como parâmetro não é possível derivar qualquer norma que indique a competência meramente material do Presidente do Tribunal.

Vê-se, portanto, a importância de adequada fundamentação enquanto mecanismo de controle, ainda que social, das decisões de interpretação e integração conforme. Caso contrário, bastará 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 (...) para que qualquer interpretação divergente, *ainda que seja também no sentido de manter a constitucionalidade de uma lei*, torne-se impossível”<sup>267</sup>.

Quando se tratar da aplicação da técnica em suas funções de correção ou integração, a fundamentação da decisão deve englobar ainda a demonstração da existência de um espaço de decisão, consistente na ocorrência de uma lacuna ou de uma antinomia que não possa ser solucionada por meio da interpretação conforme em sua função de escolha. Como a liberdade de conformação do juiz não é ampla como a do legislador, o julgador deve apresentar argumentação persuasiva que justifique a integração ou correção normativa. Nesse ponto, é desejável que se esclareça o porquê da adoção da decisão manipulativa em detrimento da declaração de nulidade do preceito impugnado e que se indique a impossibilidade de solução da controvérsia com base em normas explícitas ou implícitas em sentido estrito. Além disso, recomenda-se que “o juiz intérprete deve escolher ou admitir, dentro do possível, soluções interpretativas conforme com a Constituição que se louvem em jurisprudência consolidada ou, pelo menos, já assumida pela jurisdição comum”<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> SILVA, 2006, p. 205.

O autor acrescenta que, “com isso, o Supremo Tribunal Federal não desempenha somente 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”.

<sup>268</sup> MORAIS, 2005, pp. 338/339.

Semelhante é o raciocínio de Lucas Catib de Laurentiis ao afirmar a necessidade de se observar o direito vivente como limite ao emprego da interpretação conforme (2012, pp. 117-122).

Fundamentação nesse sentido é encontrada no acórdão proferido na ADI 3.463<sup>269</sup>, em que impugnado o art. 51 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Referido preceito, ao criar o Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente, garantiu a participação, em sua estrutura, de representantes do Ministério Público. Ocorre que os termos em que tal participação deveria se dar foram deixados à definição do legislador ordinário, a quem caberia a regulamentação da organização, composição e funcionamento do novo órgão.

Ao analisar a disposição impugnada, o relator, Min. Ayres Britto, vislumbrou, entre as interpretações possíveis, norma que admitiria a atuação ativa dos membros do *parquet* no Conselho criado, o que viola a proibição constitucional de que o Ministério Público atue como órgão de consulta de entidades públicas (art. 129, IX, CR). Seguindo os argumentos do relator, a Corte conferiu integração conforme ao dispositivo para consignar que “a participação do Ministério Público no Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente deve se dar na condição de membro convidado sem direito a voto”.

No voto condutor do acórdão, após analisar esquematicamente o conteúdo do enunciado atacado, vê-se a preocupação do relator em demonstrar a existência de um espaço de decisão apto a ensejar a aplicação da técnica. Afirma, assim, que “nesse contexto, é possível conciliar as coisas” e que “a possibilidade de participação do Ministério Público fluminense no Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente não é inconstitucional, se se entender que o *Parquet* comporá esse órgão enquanto membro convidado e sem direito a voto”.

Segue afirmando que a norma fixada como significado conforme a Constituição atende ao “pressuposto de admissibilidade” desse mecanismo, pois provem de elementos encontrados no próprio ato normativo impugnado. Após, constata que “o texto impugnado [contém] mais de uma base significativa ou relato deôntico” e conclui pela necessidade de atribuição de integração conforme.

A partir do que sustentado ao longo dessa dissertação, discorda-se das premissas adotadas pelo relator (i) de que a interpretação conforme é menos invasiva que a declaração de nulidade e consiste unicamente na escolha de significados possíveis; (ii) de que há disposições com “unicidade de entendimento normativo” e que por isso não podem ser objeto de interpretação conforme; e (iii) de que, no controle de constitucionalidade, o

---

<sup>269</sup> ADI 3.463, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 6.6.2012.

Supremo Tribunal Federal só está legitimado a atuar como legislador negativo. Mas não se pode deixar de reconhecer tratar-se de decisão adequadamente fundamentada.

Outro caso em que as razões de decidir estão bastante claras na decisão é a ADPF 46<sup>270</sup>, em que contestado o art. 42 da Lei 6.538/1978, que define o crime de violação do privilégio postal da União. Como observado no voto do Min. Ayres Britto (fl. 134), nota-se, no acórdão, a preocupação da Corte em delinear o processo decisório da interpretação conforme, que se deu da seguinte maneira: i) interpretou-se o art. 21, X, CR, de modo a extrair o significado da expressão ‘serviço postal’; ii) fixou-se entendimento de que somente aquilo que se encaixa na definição de serviço postal está submetido ao regime de exclusividade de prestação pela União; iii) em seguida, interpretou-se a disposição impugnada e constatou-se que abrangeria mais do que o que a Constituição – segundo a interpretação dos Ministros – definiria como serviço postal; e, iv) restringiu-se o alcance da disposição impugnada ao que disposto no art. 9º da lei contestada, que define exatamente o que seria objeto do monopólio (ou privilégio) dos correios.

Como, no caso, a interpretação conforme foi utilizada em sua função de apoio e a controvérsia foi solucionada com base em normas preexistentes, não houve, e nem deveria haver, fundamentação no sentido da justificação da adoção da decisão manipulativa em detrimento da declaração de nulidade do preceito impugnado.

Não são raras as ocasiões em que é possível verificar o descumprimento desse dever. Na análise do julgamento da ADI 3.026, feita no item 2.4.3., constatou-se grave omissão no voto proferido pelo relator no que diz respeito à fundamentação da decisão de não cabimento do pedido. No caso, não houve prejuízo algum, já que (i) o relator restou vencido no ponto e (ii) o Plenário optou por não utilizar a interpretação conforme.

Mas há diversos julgados em que, adotada a interpretação conforme, a Corte não traz aos jurisdicionados os fundamentos que determinaram a utilização do mecanismo. Não há sequer discussão acerca de seu cabimento e do respeito aos seus limites. Citem-se, entre muitos outros, os seguintes julgados: ADI 1.141, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 29.8.2003; ADI 2.979, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 4.6.2004; ADI 3.246, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 1º.9.2006; e ADI 1.642, Rel. Min. Eros Grau, DJe 177, publicado em 19.9.2008.

---

<sup>270</sup> ADPF 46, Rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, DJe 35, de 26.2.2010. Acórdão analisado no item 2.3.1.

## 4.2. Hipóteses de legitima integração e correção conforme a Constituição

Apesar de, como visto, a atuação do Supremo Tribunal Federal pautar-se em muitas ocasiões por um descompasso entre teoria e prática<sup>271</sup>, principalmente no que diz respeito aos limites à interpretação conforme e à fundamentação de suas decisões, é importante não ceder à tentação de radicalizar e generalizar. Como se disse anteriormente<sup>272</sup>, a jurisprudência da Corte é contraditória, não sendo possível estabelecer, no tema da interpretação conforme, uma sistematização dos julgados. E há, nesse contexto, várias decisões em que o mecanismo é adequadamente empregado, inclusive em sua função de integração e correção.

Na ADI 3.096<sup>273</sup>, por exemplo, o Tribunal procedeu a legítima correção da lei em conformidade com a Constituição. Confrontado com disposição que estendeu a adoção do rito próprio dos juizados especiais aos crimes cometidos contra idosos e cuja pena máxima fosse inferior a quatro anos, mas superior a dois, a Corte viu-se em uma situação em que a manipulação do conteúdo da disposição seria a única alternativa apta a sanar o problema. Isso porque, se declarada a inconstitucionalidade da disposição impugnada, restaria nula norma especial (Estatuto do Idoso) que, em cumprimento ao que determina o art. 230 da Constituição, conferiu maior celeridade à tramitação de processos criminais em que seja vítima pessoa idosa. Aplicar-se-ia, nesses casos, a norma geral que estabelece o limite de pena máxima até dois anos para adoção do rito sumaríssimo. Por outro lado, mantida a disposição no ordenamento, restaria estabelecido tratamento mais benéfico para infratores que cometessem crimes contra idosos. Além da violação ao princípio da isonomia – já que a idade avançada da vítima não é fator de discrimen apto a justificar o estabelecimento de tratamento diferenciado – o enunciado estava na contramão do que preceitua o mesmo art. 230 da Constituição, já que, inevitavelmente, acarretaria uma “preferência” dos idosos como alvo do cometimento de crimes.

---

<sup>271</sup> Sobre o tema, é pertinente transcrever a seguinte observação feita por Virgílio Afonso da Silva: “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. Tudo aquilo que a doutrina brasileira expõe (...), 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 da forma como pretende a doutrina.” (2006, p. 200).

<sup>272</sup> Ver item 2.4.3.

<sup>273</sup> Ver item 2.3.3.

A solução encontrada pelo Plenário foi “atribuir ao dispositivo mencionado o sentido de que aos crimes previstos nessa lei, cuja pena máxima de liberdade seja superior a 2 (dois) anos e não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95, não se permitindo aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e interpretação benéfica ao autor do crime cuja vítima seja idoso”.

Outra hipótese em que a interpretação conforme foi utilizada adequadamente em sua função de correção é encontrada na ADI 1.695<sup>274</sup>, em que impugnado o § 2º do art. 70 da Lei paranaense 10.219/1992, na seguinte redação: “Art. 70. Os atuais servidores da administração direta e das autarquias, ocupantes de empregos com regime jurídico definido pela Consolidação das Leis do Trabalho, terão seus empregos transformados em cargos públicos na data da publicação desta Lei. (...) § 2º Aplicar-se-á aos servidores neste artigo, a Lei estadual n. 6.174, de 16 de novembro de 1970, de conformidade com as disposições constitucionais aplicáveis”.

A Lei estadual 6.174/70 a que faz referência o enunciado contestado é o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Paraná. Assim, a determinação de sua aplicação aos ocupantes de cargos públicos criados a partir da transformação de empregos públicos acabou por equiparar servidores efetivos e não-efetivos.

Ocorre que, por força do art. 19 do ADCT, aos servidores públicos admitidos sem concurso público foi conferida apenas estabilidade, e não efetividade, para a qual é necessária aprovação em certame público. Nesse contexto, a extensão promovida pela lei paranaense só seria constitucional se limitada aos efeitos legais que não decorram da efetividade. Por essa razão, a Corte conferiu ao dispositivo questionado interpretação conforme a Constituição “no sentido de que os servidores oriundos do regime celetista, considerados estáveis no serviço público, de conformidade com o art. 19 do ADCT, enquanto nessa situação, não se equiparam aos servidores efetivos no concernente aos efeitos legais que dependam da efetividade”. Trata-se de norma contida na disposição contestada e que harmoniza seu conteúdo com o mandamento constitucional.

A partir desses julgados, vislumbra-se que é possível, e muitas vezes imprescindível, que o Supremo Tribunal Federal lance mão da interpretação conforme a Constituição, inclusive em sua função de correção. É indispensável, todavia, que a prática esteja afinada com a teoria e que esse concerto salte aos olhos de quem quiser ver, por meio de ampla fundamentação.

---

<sup>274</sup> ADI 1.695, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 28.5.2004.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dessa dissertação, pretendeu-se abordar, da forma mais completa possível, a relação entre a teoria e a prática do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito aos limites da interpretação conforme, bem como a utilização do instituto como mecanismo de correção e integração judicial do direito.

Nesse processo, várias foram as conclusões alcançadas. Primeiramente, percebeu-se que, na linha do que sustenta Rui Medeiros, a interpretação conforme a Constituição nada mais é do que uma concretização da interpretação sistemático teleológica. Por essa razão, impõem-se ao instituto os mesmos limites tradicionalmente reconhecidos à atividade interpretativa. Ultrapassada essa fronteira, a atividade desempenhada pelo intérprete assume características próprias da correção ou integração do Direito.

Assim, para que a interpretação conforme consista em um processo de interpretação decisória e não criadora, é fundamental que sejam respeitados os sentidos possíveis de cada disposição. Trata-se dos sentidos que podem ser persuasivamente atribuídos ao texto, porque construídos mediante raciocínio dedutivo que tem por premissas unicamente normas explícitas ou implícitas em sentido estrito. Além dos sentidos possíveis, a doutrina majoritária admite como limite à interpretação conforme a vontade do legislador, figura que, como se viu, é difícil identificação.

Nesse contexto, a análise dos precedentes demonstrou que, apesar de o Supremo Tribunal Federal reconhecer, em teoria, os limites à interpretação conforme, há várias situações em que a Corte simplesmente os desconsidera e profere decisões de conteúdo aditivo ou modificativo. Atestou-se, nesse ponto, o descompasso entre o discurso e a prática da jurisprudência.

Ainda que em muitos desses casos o uso da interpretação criadora pudesse ser evitado, constatou-se a existência de hipóteses nas quais, porque diante de lacuna ou antinomia real, ao Tribunal não restava outra alternativa senão proceder à correção ou integração judicial do Direito. Contudo, viu-se ser imprescindível que, em situações como essas, o Supremo redobre a cautela em sua postura, uma vez que caminha no turbulento cenário da politização da justiça e do equilíbrio e diálogo entre os Poderes.

Assim, o mecanismo da interpretação conforme a Constituição – interpretação conforme em sua função de correção – deve ser empregado sempre, e somente quando, estritamente necessário. Decorre da obrigação de decidir imposta ao Supremo (e demais

órgãos do Poder Judiciário) pela Constituição – princípio da inafastabilidade da jurisdição – e tem seus limites nas normas de clausura do ordenamento (no caso brasileiro, trata-se das normas que autorizam ao magistrado que, no caso de lacuna ou antinomia, decida com base na analogia, nos princípios gerais do Direito e no costumes).

Verificou-se, por fim, a imprescindibilidade da fundamentação como requisito de legitimidade da criação judicial do Direito, condição essa que, conforme apontou a pesquisa jurisprudencial efetuada, nem sempre é satisfeita pela Corte nos casos em que emprega a integração conforme como mecanismo para a colmatação de lacunas ou solução de antinomias.

Para além das conclusões alcançadas, este estudo abre caminho para várias outras questões que precisam ser discutidas, mas que encontram obstáculos na necessidade de delimitação do tema e nas limitações próprias de uma dissertação de Mestrado.

A constatação de que o Supremo Tribunal Federal, em diversas situações, emprega a interpretação conforme como mecanismo para proceder à correção ou revisão da lei abre caminho para uma nova pesquisa, focada precisamente na averiguação da legitimidade dessa postura no Estado Constitucional Democrático.

Outro caminho a seguir nasce da verificação de que referida postura não é assumida de pronto pela Corte, que prefere colocar-se no papel de legislador negativo e chamar de mera interpretação a integração conforme a Constituição efetivada. Surgem, aqui, questões sobre a existência e a necessidade de mecanismos de controle das decisões da Corte no contexto da separação das funções do poder.

Ainda quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal, nascem também questionamentos sobre as consequências dos casos em que, conforme verificado, a Corte não se desincumbe do ônus da fundamentação. Nessas hipóteses, poderiam os demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo recusarem o seu cumprimento?

Cabe aprofundar o estudo, ademais, em relação aos casos em que o Supremo emprega a interpretação conforme para mero esclarecimento de significado, sem fazer menção a qualquer parâmetro constitucional, em decisões dotadas de efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Como se vê, há muito ainda a ser pesquisado sobre a interpretação conforme, seus limites e seu emprego pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de questões atuais e relevantes, cujas respostas a todo momento tangenciam o tema do ativismo judicial e do diálogo e equilíbrio entre os Poderes. Nesse contexto, espera-se que a presente dissertação



desperte a atenção da comunidade acadêmica para a importância do tema e contribua para o desenvolvimento do debate.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. Conferência inaugural – XXIV Simpósio Nacional de Direito Tributário. In: *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Revista dos Tribunais, 2000.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *É possível identificar uma Corte Gilmar Mendes*. Artigo publicado em 23 de abril de 2010 no site do Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-abr-23/antes-presidente-gilmar-mendes-influenciava-supremo>. Acesso em 20.8.2012.

\_\_\_\_\_. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. In: AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a Constituição: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COLNAGO, Cláudio Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma e el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2004.

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

\_\_\_\_\_. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Tradução de Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

LEONCY, Léo Ferreira. *Princípio da simetria e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. 2011. 189 fls. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 174-177.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade de lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: *Cadernos de Direito tributário e finanças públicas*, v.1, n.4, pp.7-30, jul./set. 1993.

\_\_\_\_\_. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, António Castanheira. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 810/93. In: *RLJ*, ano 127, 1994.

\_\_\_\_\_. *Metodologia jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PERALTA, Ramon. *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1994.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em*

homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. In: *Revista Direito GV*. São Paulo, nº 3, p. 191-210, 2006.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal de la Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.