

A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO COMO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Luís Henrique Medeiros da Silva¹

INTRODUÇÃO



tema proposto para discussão é o conflito existente entre o princípio da separação de poderes e a interpretação conforme à Constituição, quando utilizada como técnica de controle de constitucionalidade.

Inicia com uma abordagem sobre os aspectos fundamentais da separação de poderes, sua importância para o Estado Democrático de Direito e relação com a Justiça Constitucional, mas principalmente, enfrentaremos a questão a existência ou não de uma redefinição do princípio ante a ampla utilização das sentenças intermédias.

Em seguida, destacaremos o gênero das decisões interpretativas, fazendo uma pequena síntese sobre as espécies existentes e preparando o terreno para a discussão essencial no que diz respeito à técnica de controle de constitucionalidade da interpretação conforme à Constituição.

Quanto a esta, procuraremos abordar seus fundamentos básicos, sem deixar de traçar algumas conclusões e revisões, além de esclarecer os limites da referida técnica, até onde a doutrina majoritária dispõe que pode ir a Corte Constitucional quando opera com a interpretação conforme de uma norma da qual é questionada a constitucionalidade.

Complementando o estudo de forma a traçar os pontos

¹Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Advogado no Andrade GC Advogados.

essenciais no que tange ao conflito com o princípio da separação de poderes, será feita uma abordagem quanto aos efeitos da decisão de interpretação conforme à Constituição, em especial Portugal e Itália de um lado, Brasil, Alemanha e Espanha de outro.

A partir dessas bases preliminares, pode-se chegar ao centro da discussão aqui proposta, o fato de que muito embora ignorando tal caráter pela maior parte da doutrina – a interpretação conforme é associada principalmente a um respeito à decisão do legislador e à manutenção da escolha normativa –, a técnica da interpretação conforme acaba por desnaturar a nítida separação existente entre as funções estatais, atribuindo um efeito ativo à decisão da Corte Constitucional e retirando do legislador não apenas uma atribuição definida no texto maior, mas principalmente sua responsabilidade pela norma editada.

Será demonstrado que a adoção da interpretação conforme à Constituição nos moldes atuais desrespeita os limites expostos pelos textos constitucionais, principalmente ao impedir a decisão conformadora do legislador e executar um certo controle de qualidade, desconsiderando o papel daquele.

Por fim, estipularemos uma proposta de coexistência da interpretação conforme com a separação de poderes, permitindo que a mesma seja utilizada de forma a prestigiar a decisão legislativa.

Desde já, antecipamos que serão utilizadas indistintamente as expressões Tribunal Constitucional e Corte Constitucional, sempre em referência ao órgão máximo de um Estado com a incumbência de efetuar o controle de constitucionalidade em abstrato. Desse modo, nas expressões acima está incluído também o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

1. A SEPARAÇÃO DE PODERES - REDEFINIÇÃO?

Como não poderia ser diferente, qualquer estudo que se

proponha a tratar do princípio da separação de poderes tem que estabelecer suas premissas básicas para só então trabalhar sobre uma redefinição.

A ideia de separação de poderes é sempre ligada à limitação de poder pelo poder, é quase instintivo no estudo do Direito que através de freios e contrapesos seriam realizados limites e controles recíprocos entre os órgãos soberanos estatais, evitando assim o surgimento de um só poder totalitário. Trata-se de princípio estrutural de organização do poder político do Estado, derivado imediatamente da Constituição².

Porém, importante ressaltar que o referido princípio implica um sentido negativo e outro positivo³. O primeiro, visto sob a ótica de limitação de um poder unitário como forma de preservar a esfera de liberdade do indivíduo, uma vez que a abstenção do Estado possibilita em larga medida o exercício de direitos e garantias fundamentais⁴. Já o segundo, relacionado à divisão de funções estatais, mormente explícita na separação em Executivo, Legislativo e Judiciário, enxergando a violação sempre que um dos poderes proceda à ingerência na esfera de outro, desrespeitando o espaço que a Constituição delimitou para aquele.

Paulo Otero⁵ define a separação de poderes como um

² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2003, p. 548 e seg.

³ Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2003, p. 2501; e PIÇARRA, Nuno. O princípio da separação de poderes e os limites da competência do Parlamento face ao Governo na jurisprudência constitucional portuguesa, in: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. III, Coimbra, 2012, p. 33-60.

⁴ Assim também Reis Novais, para quem a dimensão originária fundamental do princípio tem como ideal a repartição orgânico-funcional dos poderes, com vista à proteção das liberdades e direitos fundamentais do cidadão, bem como assegurar hegemonia da representação popular (NOVAIS, Jorge Reis. *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*, Lisboa, 1997, p. 9)

⁵ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*, Vol. II, Coimbra, 2010, p. 11 e seg.

daqueles princípios sobre o qual se fundamenta o Estado de Direito Democrático e destaca algumas dimensões importantes do mesmo: a) impossibilidade da autoridade concentrar todo o poder correspondente a uma função do Estado, ou ainda invadir a esfera decisória de autoridade diferente; b) a pluralidade de estruturas decisórias no exercício de diferentes funções do Estado; c) a ideia de adequação funcional, onde o núcleo essencial de determinada função seja conferido a um poder; d) a proibição de esvaziamento ou descaracterização da função de um poder por meio da intervenção de outro; e) impossibilidade do legislador conferir a titularidade ou o exercício de poder a um dado órgão fora da respectiva área funcional traçada pela Constituição; f) a ocorrência de violação em caso de exercício por um poder de função cujo núcleo essencial está confiado a outro, caracterizando uma usurpação reconduzível à inconstitucionalidade orgânica; g) nulidade dos atos violadores da separação de poderes.

Assim, o ato violador traduz-se em uma inconstitucionalidade orgânica, a qual Blanco de Moraes define que *“ocorre quando um órgão ao produzir um acto viola uma regra constitucional de competência. Ou seja, o conteúdo pode até ser materialmente constitucional, ter seguido todas as formalidades constitucionais de confecção do ato, porém, no caso da separação de poderes, o ato foi praticado por órgão ou poder não incumbido constitucionalmente para tanto.”*⁶

Nas novas realidades constitucionais houve uma sensível evolução do princípio, que não remonta inteiramente ao quanto formatado por Montesquieu. Blanco de Moraes destaca que a evolução em relação ao paradigma oitocentista está intimamente relacionada às mudanças na funções e fins estatais, assim como à liberdade do Constituinte para implementar configuração própria dessa separação, nas mais diversas formas e

⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, 2006, p. 155.

modalidades. Em complemento, tem-se a própria estruturação baseada em núcleos essenciais de cada função, garantindo a identidade e essência respectiva, mas possibilitando controle recíproco e a cooperação interorgânica no exercício de certos poderes.⁷

Pode-se utilizar como exemplo dessa remodelação o exercício de funções atípicas, onde em caráter subsidiário e especificamente nos casos dispostos na Constituição, um poder pode exercer funções atribuídas essencialmente a outro. Porém, imperioso destacar: há expressa previsão para esses casos no texto constitucional e tal questão ocorre em situações isoladas, sem necessariamente representar uma invasão constante.

No entendimento de Jorge Miranda, a separação de poderes no constitucionalismo atual exige pelo menos: a) pluralidade de órgãos de função política, com respectivas competências; b) primado de competência legislativa do Parlamento enquanto assembleia representativa; c) independência dos tribunais e reserva de jurisdição; d) criação de mecanismos de controle e fiscalização interorgânico; e) divisão pessoal de poder, através de incompatibilidades de cargos públicos; f) divisão temporal de poder, por fixação do tempo de exercício do cargo, e divisão político-temporal, por previsão de durações diferentes de mandatos e não acumulação de eleições em mesmo período; g) divisão territorial ou vertical, através de federalismo, regionalismo político e descentralização administrativa local⁸.

A partir dessa breve explanação, necessário considerar dois pontos essenciais à separação de poderes: a ideia de conformidade funcional e a proibição de esvaziamento das respec-

⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. Curso de Direito Constitucional: As Funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, 2012, p. 50 e seg.

⁸ MIRANDA, Jorge. Os problemas políticos Fundamentais e as formas de governo modernas. Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2004, p. 203-250

tivas funções de um poder.

Canotilho⁹ encara a conformidade funcional como um princípio, apesar de entendermos que a mesma não seja tanto um princípio e sim um aspecto da separação de poderes. Entretanto, o escopo é bem claro: a permanência de cada poder dentro do quadro de competências firmado no texto constitucional, não devendo modificar tal equilíbrio e as regras do jogo democrático por via interpretativa.

Sobre a conformidade ou correção funcional, Hesse¹⁰ ensina que segundo esse princípio de interpretação constitucional o órgão deve atuar mantendo-se dentro do marco de funções definidas pelo texto constitucional. Tal ponto aplica-se em particular na relação entre legislador e justiça constitucional, pois a este último só corresponde uma função de controle do primeiro, ficando vedada uma interpretação tendente a restringir a liberdade conformadora do primeiro e que leve a cabo uma conformação pelo próprio Tribunal.

Aliado a isso está a impossibilidade de esvaziamento das funções atribuídas constitucionalmente. Quer-se dizer que tanto o legislador ao conferir ou delimitar normativamente as competências, quanto qualquer outro dos poderes em sua atuação diária, não podem ceder parte da função essencial a outro, vez que tal fato desfigura a nítida separação disposta no texto constitucional.

Portanto, se o próprio poder competente não tem autorização constitucional para abrir mão de suas funções, muito menos tem outro poder a possibilidade de arbitrariamente invadir as competências afetas àquele, ainda que seja ao argumento de suprir défices ou omissões inconstitucionais. Frise-se que uma inconstitucionalidade não é remediada com outra.

Mesmo que se esteja tratando de núcleo essencial da função, comportando certos temperamentos como o das fun-

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional ...*, op. cit., p. 547 e 548

¹⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1983, p. 49 e 50.

ções atípicas já exemplificadas acima, parece correto afirmar que há um quadro de limites bem definidos pelo texto constitucional. Um dos fundamentos essenciais do princípio da separação dos poderes, atribuição de funções essenciais e impossibilidade de desobediência pelo espaço delimitado constitucionalmente, ainda permanecem incólumes. Nas oportunidades onde há alguma limitação ao exercício ou, ainda, a execução de certa parcela de uma função por outro poder que não o respectivo, a Constituição é específica quanto a tais exceções.

Nesse quadro de separação de poderes está inserida a Corte Constitucional, com o papel essencial de zelar pela integridade e respeito ao texto constitucional. Nuno Piçarra¹¹ fala em função jurisdicional – e aqui especialmente a justiça constitucional – como um contrapoder da função legislativa enquanto instrumento da função política, mas somente legítimo na medida em que controla o legislativo e não quando impõe-se como substituto deste, invadindo a liberdade de conformação do Parlamento e violando o núcleo essencial da função legislativa. Do mesmo modo Reis Novais, para quem a justiça constitucional seria um mecanismo de controle do poder legislativo¹².

Tendo em vista essa função primordial de controle, incabível qualquer visão de que o Tribunal Constitucional não poderia julgar questões políticas, até porque como já referiu Kimminich¹³, não haveriam decisões do legislador que não fossem políticas. Aceitar essa limitação seria basicamente esvaziar o papel da justiça constitucional, a quem é conferida a capacidade de analisar legitimidade das decisões políticas do legislador, tendo como parâmetro o texto constitucional, porém, sempre atentando ao princípio da separação dos poderes e

¹¹ PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução, Coimbra, 1989, p. 259

¹² NOVAIS, Jorge Reis. Separação op. cit., p. 10.

¹³ KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes, trad. Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes, in: Revista de Informação Legislativa, ano 27, nº 105, 1990, p.283-302

à necessidade de *judicial self-restraint* quando diante de questão afeta à decisão conformadora do legislador, à conveniência da norma.

Obviamente, a evolução do princípio nem sempre permite definição exata dos limites, ou pelo menos nem sempre permite dedução consensual de todas as consequências jurídicas nele implicadas¹⁴. De fato é uma linha muito tênue e de difícil caracterização, tornando a relação entre poderes extremamente delicada, contudo, são possíveis estabelecer algumas zonas de certeza com base no núcleo essencial de cada função, em especial que a Corte Constitucional deve se ater ao controle com base na Constituição e nos limites definidos por essa. Tal afirmação é de extrema importância para analisarmos algumas posições sobre uma suposta remodelação da separação de poderes.

Emerson Garcia identifica uma mutação na separação de poderes, a começar pela função normativa, que numa fase pós-positivista sofreu redimensionamento pelos demais princípios que compõem o texto constitucional e foi repartida entre os demais poderes, enfraquecendo a soberania normativa do legislativo. Para esse autor, os diferentes influxos ideológicos da nova ordem constitucional exigem uma redefinição do papel da separação de poderes, opção ideológica que deve ser prestigiada na interpretação das normas constitucionais. O princípio deve libertar-se do modelo clássico, a fim de abarcar direitos fundamentais e conferir novo feitiço ao controle judicial, cabendo ao Judiciário em última instância e em caráter definitivo densificar princípios e ponderá-los no caso concreto¹⁵.

Alguns pontos são relevantes aqui. Primeiramente, a questão já estabelecida de que o princípio não remonta ao seu modelo clássico, evoluiu consideravelmente, o que é forte indí-

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Separação...*, op. cit., p.10

¹⁵ GARCIA, Emerson. *Princípio da Separação dos Poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLVI, nº 2, 2007, p. 965-969 e 997.

cio de desnecessidade de mutação. Em segundo, ainda que não esteja o autor se reportando propriamente a uma mutação constitucional como atualmente estruturada¹⁶, acreditamos que um princípio estrutural como a separação de poderes, parte do núcleo do constitucionalismo, não poderia sofrer tal processo evolutivo sem intervenção do constituinte.

Por fim, a questão de influxos ideológicos do pós-positivismo é extremamente discutível para fundamentar uma mutação na separação de poderes. Tal dificuldade ocorre pelo simples fato de que o pós-positivismo deita raízes no pós-guerra¹⁷ e no processo de constitucionalização e principiologia que se seguiu ao mesmo. Desse modo, a maioria das Constituições – em especial dos países tratados no presente trabalho – foram editadas já sob o viés pós-positivista: Brasil (1988), Portugal (1976), Espanha (1978), Itália (1947) e Alemanha (1949). Assim, o constituinte pós-positivista já atuou e entendeu por modelar o princípio da separação de poderes da forma como anteriormente exposta neste trabalho, sendo incorreto oferecer novos parâmetros quando já ponderados todos esses argumentos principiológicos.

O problema dessa redefinição é não encontrar amparo no texto constitucional. Gisele Cittadino ressalta que mesmo no ambiente ativista como o encontrado atualmente no Brasil, a expansão do papel da Corte Constitucional – e do próprio poder judiciário – deve preservar o equilíbrio do sistema político e manter incólume a base do constitucionalismo vigente¹⁸. Como demonstrado, o princípio já não remonta às suas raízes clássicas, foi remodelado pelo poder constituinte para adequar-

¹⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Porcessos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais, São Paulo, 1986.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 81, 2005, p. 233-289

¹⁸ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes, in: A democracia e os três poderes no Brasil, Rio de Janeiro, 2002, p. 34-39

se à nova realidade social e à necessidade de repartição eficiente das funções e competências, impulsionando assim consecução dos fins do Estado.

Ocorre em verdade a tentativa, por meio de decisões esparsas e doutrina de cunho ativista, de algum modo implementar uma releitura do princípio, supostamente com intuito de efetivar direitos fundamentais e sociais, corrigindo qualitativa e quantitativamente as decisões do legislador, bem como suprindo omissões inconstitucionais, em busca de dar maior concretização e desenvolvimento ao programa constitucional.

Daí ser inconcebível defender qualquer espécie de mutação constitucional, ou até mesmo uma suposta re-evolução, ao pretexto de que poderia imperar um conservadorismo na interpretação constitucional atual, um respeito aos entendimentos anteriores e tradições históricas¹⁹, que estaria dissociado da nova realidade. Simplesmente existem alguns limites traçados nas constituições atuais que não apenas mostram-se intransponíveis – ou pelo menos deveriam ser –, mas tem completa razão de existir, figuram no núcleo essencial do constitucionalismo a fim de mantê-lo possível e estruturado. O rompimento dessas barreiras não deve ser encarado como uma evolução natural, mas sim um próprio descompasso com o sistema de responsabilidades e controles recíprocos.

A evolução da Corte Constitucional, especificamente, já foi implementada com a própria superação do modelo de legislador negativo, para um papel mais atuante, porém tal medida ainda encontra claros limites com a separação de poderes. Não há insensibilidade às mudanças e novas interpretações, há respeito ao núcleo da função.

A crítica de Kimminich quanto à aceitação de mudanças pelos juristas é aqui pertinente. O autor destaca a importância de certos parâmetros referenciais, necessários à estabilidade do

¹⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos ..., op. cit., p. 98

Estado de Direito²⁰, o que em larga medida se relaciona com o princípio da separação de poderes e seu núcleo essencial. Os parâmetros básicos estão contidos no texto constitucional e devem ser observados. Mesmo que uma dada evolução interpretativa ocorra, fato é que um núcleo pétreo é evidente e facilmente constatado.

A suposta redefinição da separação de poderes viria de uma interpretação não autorizada e sem real fundamento na Constituição, sob o pretexto de dar máxima efetividade ao texto, encontrando-se a solução “mais” constitucional ou, ainda, de forma a supostamente concretizar direitos presentes no texto. Porém, cabe dizer que em verdade há um desnecessário e inconstitucional desrespeito ao invés de alguma tentativa de redefinição. Como destaca Rui Medeiros, a função do Tribunal Constitucional deve ser essencialmente jurisdicional, ainda que em matéria de natureza eminentemente política, limitando-se pelo princípio da maioria e pela separação de poderes, não competindo substituir-se ao legislador²¹. Nesse sentido, estaria vedada a tomada de posição/decisão cabível somente ao mesmo.

Como já alertou Loewenstein, a intervenção pode deturpar as fronteiras entre administração da justiça e política. Judicializar a política só pode ter êxito quando não afete um interesse vital dos detentores políticos do poder. Se o tribunal intensificar seu interesse em frustrar a decisão política do legislador, ameaça de não ter sua decisão cumprida, em prejuízo do Estado de Direito, ou que o ato político seja substituído por um ato jurídico, que apesar de *prima facie* estar revestido de caráter constitucional, não é senão ato político daquele que não tem um mandato para essa função²².

²⁰ KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional..., op. cit., p.283-302

²¹ MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei, Lisboa, 1999, p.50 e seg.

²² LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, trad. Alfredo Gallego Anabitar-te, Barcelona, 1976, p. 325

Essa última afirmação é essencial. Em geral, a análise da violação do princípio da separação de poderes pelo Tribunal Constitucional é encarada sob o viés de desrespeito ao legislador, por invadir as funções que a ele foram confiadas pela Constituição. Porém, deve-se dizer que a análise da violação deve ser feita sob a ótica da responsabilidade. Nesse sentido, destaque-se a posição de Reis Novais, para quem o princípio da separação de poderes exige que as funções estejam repartidas de forma que as decisões sejam auto-responsavelmente tomadas pelos órgãos mais aptos em função da sua estrutura interna, da natureza de seus serviços, da forma e procedimentos típicos da sua atuação e da sua legitimação. Os poderes devem responsabilizar-se pelas políticas que desenvolvem e pelas medidas que tomam.²³

Uma atuação contrária à separação de poderes perpetrada pelo Tribunal Constitucional pode desencadear em última medida um repasse dessa responsabilidade pelo legislador, que em vez de atuar na concretização dos mandamentos constitucionais pode intencionalmente deixar aberto o espaço para que a Corte atue nos casos mais sensíveis, em que o Parlamento não tenha interesse em se indispor com a sociedade (aborto, laicidade do Estado, ações afirmativas, etc.).

O poder normativo e demais funções definidas pela Constituição são de responsabilidade do legislador, a sociedade deve ter a possibilidade de exigir que ele cumpra com essas funções, do modo como texto constitucional define e com base na decisão majoritária parlamentar. Deve-se ter em mente que o legislador deve responder tanto pelo exercício dessa função, quanto pela qualidade da mesma, perante a sociedade, não podendo repassar tal responsabilidade²⁴.

Mesmo nas omissões legislativas e vazios normativos,

²³ NOVAIS, Jorge Reis. *Separação...*, op. cit., p.38

²⁴ Idem, p. 53. O autor faz uma análise similar, porém voltada para o poder executivo

não cabe ao Tribunal Constitucional ocupar tais espaços. Conforme já demonstrado, o legislador não tem a faculdade de ceder parte dessa competência que a Constituição definiu, sob pena de desvirtuamento da divisão de funções no texto. Do contrário, pode-se atingir a situação limite de a sociedade exigir que o Tribunal Constitucional responda por norma que cabia ao legislador, mas foi editada por aquele.

Nunca é demais lembrar que o Constituinte e o próprio povo elegeram aqueles incumbidos da decisão político-legislativa, não havendo nem mesmo sob a ótica da interpretação uma suposta legitimidade para que o Tribunal Constitucional o faça. Daí entender-se, finalmente, não ter havido qualquer redefinição.

2. AS DECISÕES INTERPRETATIVAS

Em sentido amplo todas as decisões são interpretativas²⁵, contudo dentro desse vasto âmbito seria possível encontrar os tipos de decisões nas quais a constitucionalidade da norma é condicionada pela interpretação possível da mesma, ou possíveis. Mais especificamente, essas decisões interpretativas condicionais estariam ligadas àqueles preceitos normativos plurissignificativos, de um mesmo texto normativo seria possível extrair diversas interpretações, e por conseguinte, diversas normas. De igual modo, algumas dessas normas seriam constitucionais e outras inconstitucionais²⁶.

A possibilidade de vários significados é explicada pela maior parte da doutrina²⁷ a partir do entendimento da lei como duas realidades diversas: de um lado a disposição legislativa, o

²⁵ CRISAFULLI, Vezio. Le Sentenze “Interpretative” della Corte Costituzionale, in: Studi in memoria di Tullio Ascarelli, V, Milano, 1969, p. 2872

²⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional, Tomo II, 2ª ed., Coimbra, 2012, p. 280

²⁷ Por todos, cite-se ZAGREBELSKY, Gustavo. La giustizia costituzionale, Bologna, 1977, p. 147

texto efetivamente, adotando o procedimento descrito na Constituição e consistente na fórmula linguística textual; e de outro, a norma obtida por meio da interpretação do preceito, ou normas. Além disso, a disposição pode ser considerada ambígua, polissêmica, equívoca, obscura, podendo obter-se dali várias normas²⁸. Como exemplo, apenas para orientar a análise, indica-se o enunciado constante no art. 421 do Código Civil Brasileiro: “*Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*” Do referido preceito normativo poderiam ser extraídos os mais diversos entendimentos.

Blanco de Moraes define como atributos dessas decisões: a) característica condicional, já que acabam por condicionar a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade a um dado sentido; b) a característica mais marcante de plurisignificados normativos no mesmo enunciado; c) o texto não sofre qualquer alteração, havendo a operação interpretativa nos sentidos normativos do enunciado e; d) determinam direta ou indiretamente as interpretações válidas e inválidas do preceito.²⁹

A importância desse tipo de sentença seria principalmente possibilitar a manutenção da norma, expurgando apenas implícita ou explicitamente sentidos inconstitucionais e evitando dessa forma o vazio legislativo ocasionado por uma decisão de simples inconstitucionalidade. Daí, podemos dizer que advém o caráter intermédio desses tipos de decisão.

Como espécie de sentenças interpretativas condicionais, tem-se a inconstitucionalidade parcial qualitativa (IPQ) e a interpretação conforme à Constituição (ICC), que a partir deste momento serão referidas apenas como IPQ e ICC. Para a doutrina majoritária, os institutos seriam diferentes, porém intercambiáveis entre si quando da análise normativa. Costuma-se

²⁸ Idem, p. 148

²⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça...*, Tomo II, op. cit., p. 377

dizer que são os dois lados da mesma moeda, ou da mesma medalha.³⁰

Por meio da primeira IPQ, após análise do preceito e constatação dos sentidos normativos, o Tribunal Constitucional opera o acolhimento da inconstitucionalidade, afastando aquele sentido ou sentidos desconformes com a norma constitucional parâmetro. Já na ICC, haveria a operação inversa, seria privilegiada a rejeição da inconstitucionalidade, ante a constatação de sentido ou sentidos constitucionais e, na concepção dominante, seria escolhido o sentido “mais” conforme, destacando implicitamente ou explicitamente a inconstitucionalidade dos demais sentidos. Ainda assim, já aqui é necessário chamar atenção para outros possíveis sentidos constitucionais, tanto aqueles ignorados pela análise do Tribunal Constitucional quanto aqueles que não são o “mais” adequado.

Imperioso destacar que existem autores que defendem a igualdade das técnicas, não entendendo haver qualquer diferenciação como a acima exposta. Rui Medeiros³¹ destaca que, no entendimento desses, a ICC serve para eliminar sentidos que tornam a lei inconstitucional, operando assim como uma decisão pela inconstitucionalidade.

Impossível concordar com a identidade referida. Ainda que exista intercambialidade entre as duas técnicas, podendo haver declarações de constitucionalidade e inconstitucionalidade, explícitas e implícitas, o dispositivo da decisão sempre será claro ao acolher a inconstitucionalidade da norma (IPQ) ou rejeitar (ICC). E ainda, no caso da primeira, haverá a prevalência de um ou mais sentidos e a necessidade de confirmar sua expurgação do ordenamento, o que não ocorre na rejeição. Em Portugal e Itália, ganha ainda mais relevo tal separação, tendo em vista que os efeitos da rejeição são distintos dos efeitos do

³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia...*, op. cit., p. 186

³¹ MEDEIROS, Rui. *A decisão...*, op. cit., p. 317. O autor cita como adeptos da identidade: Albert Von Mutius, Joachim Burmeister, Karl August Bettermann e Cardoso da Costa.

acolhimento da inconstitucionalidade.

Como exemplo de problema na diferenciação da interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial qualitativa (sem redução de texto), cita-se o Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 399.249, julgado em 25/05/2004, onde a ementa do julgado destacou: *“O Supremo Tribunal Federal declarou, por meio de interpretação 'conforme', sem redução de texto, a inconstitucionalidade parcial do art. 11 da Medida Provisória nº 2.225-45/2001. Com isso, excluiu do alcance da MP as hipóteses em que o servidor se recusasse, explícita ou implicitamente, a aceitar o parcelamento previsto no dispositivo.”*

Quanto à diferenciação das técnicas, Virgílio Afonso da Silva identifica outras, que serão aqui elencadas para fomentar a discussão. Segundo o autor, a rejeição operaria-se no âmbito da interpretação da lei, já o acolhimento atuaria no campo de aplicabilidade da norma, ao excluir casos específicos dessa aplicação, daí decorrendo também o entendimento de que a primeira seria uma técnica de interpretação e a segunda resultado de um controle de constitucionalidade³².

Primeiramente, houve clara confusão entre a técnica de interpretação e aquela de controle de constitucionalidade. Ainda que o controle tenha se originado de análise da técnica interpretativa, parece claro que não se confundem. Como controle de constitucionalidade, há fundamentos e requisitos próprios, além de um procedimento definido por doutrina e jurisprudência. Já a técnica de interpretação tem aplicação mais ampla, podendo ser encontrada em outros casos de controle de constitucionalidade, ou até mesmo na simples aplicação de normas editadas pelo legislador.

Além disso, a inconstitucionalidade parcial qualitativa

³² SILVA, Virgílio Afonso da. A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme a constituição e o dogma da legislação negativa, in: O Direito, ano 138, I, Coimbra, 2006, p. 54

pode aplicar-se normalmente no âmbito de interpretação da norma, uma vez que o Tribunal Constitucional não está limitado a trabalhar e excluir apenas os sentidos inconstitucionais aplicados de forma recorrente. Na análise da norma, pode inclusive já de pronto afastar outras possibilidades inconstitucionais sequer arguidas pelo autor. Em complemento, a própria gênese dessas decisões ao lidarem com plurissignificados e sentidos aplicáveis já remetem a juízo próprio de interpretação.

Em seguida, o mesmo autor destaca que a interpretação conforme busca evitar a inconstitucionalidade da norma em abstrato, já a inconstitucionalidade parcial qualitativa trata da aplicação da norma em casos concretos, sem relação com o conteúdo em abstrato³³. Esse também parece ser o entendimento de Lênio Streck, para quem a interpretação conforme seria uma adição de sentido e a inconstitucionalidade parcial qualitativa a nulidade de uma hipótese de incidência³⁴. Aqui remete-se ao quanto exposto acima, a intercambialidade das decisões interpretativas até certo ponto decorre do tipo de análise implementada, que considera os vários sentidos possíveis das normas, e trabalha inclusive com o conteúdo em abstrato. Não há necessariamente uma vinculação obrigatória com o caso concreto, tal pode ocorrer como consequência da análise, tanto para rejeitar quanto acolher a inconstitucionalidade.

Por fim, Virgílio Afonso assevera que a interpretação conforme seria um respeito pela obra do legislador³⁵. Mas a inconstitucionalidade parcial qualitativa também o é, pois ao invés de tratar por inconstitucional toda a norma, expurga apenas os sentidos inconstitucionais, preservando a norma em respeito ao legislador e à segurança jurídica.

Contudo, uma diferença que entendemos latente é o

³³Idem, p. 55/56

³⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 593. Em sentido similar: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed., Rio de Janeiro, 2004, p.159.

³⁵SILVA, Virgílio Afonso da. *A presunção...*, op. cit., p. 56

conteúdo criativo presente na sentença interpretativa de rejeição³⁶, mesmo considerando o respeito à disposição literal, vez que é possível criar nova norma completamente dissociada da decisão do legislador, assim como operar uma invasão acentuada no âmbito desse e definir um sentido como mais constitucional, atribuindo efeito vinculante ao mesmo em relação aos demais órgãos estatais ou pelo menos um alto valor persuasivo inerente à decisão de uma Corte Constitucional.

Por fim, com relação à preferência por uma das decisões interpretativas³⁷, entendemos não haver espaço no presente trabalho para tanto. Porém, apenas para clarificar a posição, não há qualquer necessidade de um juízo de preferência, muito menos da discussão em si, restando ao próprio Tribunal Constitucional analisar as circunstâncias do caso e optar pela melhor solução em sua ótica, seja ela para acolher ou rejeitar a inconstitucionalidade. Qualquer intuito de traçar uma solução de antemão diminui a atuação do Tribunal Constitucional e se mostra contraproducente, na medida em que desconsidera toda a complexidade do controle de constitucionalidade, que requer antes de qualquer decisão a prudente análise do caso que se apresenta.

Passa-se então à análise mais detida da interpretação conforme, cerne do trabalho.

3. A INTERPRETAÇÃO CONFORME NA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Como já ficou assentado, não estamos analisando o câ-

³⁶ Reconhecendo também o valor criativo nas decisões interpretativas de rejeição: URBANO, Maria Benedita. Curso de Justiça Constitucional, Coimbra, 2012, p. 79

³⁷ Rui Medeiros demonstra tendência pela inconstitucionalidade parcial qualitativa, associando essa preferência também ao ordenamento português, pela ausência de força obrigatória e geral à interpretação conforme, e ainda, por entender que a inconstitucionalidade é mais consentânea com um ordenamento que visa a expurgar normas viciadas, in: MEDEIROS, Rui. A decisão..., op. cit., p. 405.

none hermenêutico da interpretação conforme à Constituição, mas propriamente a técnica de controle de constitucionalidade de normas. Porém, nunca é demais lembrar que o segundo é uma decorrência do primeiro, daí por vezes ser possível uma análise em termos conjuntos.

A respeito do cânone interpretativo, Jorge Miranda³⁸ expõe: *“A interpretação conforme à Constituição não consiste então tanto em escolher entre 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 não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental. E são diversas as vias que, para tanto, se seguem e diversos os resultados a que se chega: desde a interpretação extensiva ou restritiva à redução (eliminando os elementos inconstitucionais do preceito ou do acto) e, porventura, à conversão (configurando o acto sob a veste de outro tipo constitucional).”*

No que tange à técnica de controle, a mesma opera sempre uma decisão de rejeição da inconstitucionalidade perquirida e o preceito normativo vigora validamente desde que entendido na linha dos sentidos constitucionais. A título principal há um juízo de não inconstitucionalidade, mas também um juízo oculto de inconstitucionalidade (interpretações proibidas implícitas ou explícitas na decisão). Vitalino Canas remonta a interpretação conforme aos tribunais suíços, que muito antes da plena utilização nos tribunais germânicos já faziam uso dessa técnica³⁹.

Rui Medeiros⁴⁰ enumera quatro funções da interpreta-

³⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo II, 4ª ed., Coimbra, 2000, p. 267/268

³⁹ CANAS, Vitalino. Introdução à decisões de provimento do Tribunal Constitucional, 2ª ed., 1994, p. 81

⁴⁰ MEDEIROS, Rui. A decisão..., op. cit., p. 301.

ção conforme: a) função de apoio ou sentido da norma, já surgido dos elementos restantes de interpretação; b) função de escolha entre várias soluções constitucionais que se mostrem compatíveis com o texto da lei; c) função de correção dos sentidos literais possíveis; e) função de revisão da lei, atribuindo à Constituição um peso decisivo.

Como exemplo, citamos um dos primeiros julgados de interpretação conforme da Corte Constitucional italiana, Sentença nº 08/1951. Na referida ficou decidido: *“Não há como negar que a redacção do art. 2º da Lei de ps, em sua latitude, poderia dar origem a aplicações arbitrárias, se você estiver dizendo interpretações diferentes do que o encontrado pelo Tribunal. Mas, neste caso, a decisão de hoje não impede revisão da questão da constitucionalidade da disposição contida no referido artigo. Naturalmente, é desejável que, na obra de revisão que está em curso aos órgãos legislativos, o texto do art. 2º encontre uma formulação que coloca o máximo possível, longe de qualquer contrariedade quanto ao espírito da interpretação na Constituição. (...) Por este motivo a Corte Constitucional (...) declara infundada a questão da constitucionalidade em relação ao art. 2º de leis consolidadas do ps, aprovado pelo Decreto Real de 18 de junho de 1931, nº 773, sujeito à revisão adequada do texto da referida norma, a fim de torná-lo mais formalmente adequado ao caráter dos poderes atribuídos ao Prefeito.”*

Antes de passar à análise dos fundamentos e limites da interpretação conforme, trazemos a divisão dessas sentenças, tratada por Revorio⁴¹: sentenças adequadoras e sentenças corretivas. A primeira ocorre quando o tribunal interpreta o dispositivo legal de forma diferente do proposto pelo autor da ação, utilizando como base o texto e valores constitucionais que permitem uma interpretação adequada ao texto; talvez essa seja

⁴¹ REVORIO, Francisco Javier Díaz. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Valladolid, 2001, p. 86/87

a interpretação conforme por excelência, que salva a lei da inconstitucionalidade. Já a corretiva, rejeita o pedido do autor com base em argumentos presentes na própria norma impugnada, não em fundamentos constitucionais; aqui a interpretação não é rechaçada por ser uma possibilidade inconstitucional entre várias constitucionais, mas simplesmente por ser uma interpretação equivocada.

3.1. FUNDAMENTOS

Passando à análise dos fundamentos da interpretação conforme à Constituição, a doutrina varia quanto aos mesmos. Para Blanco de Morais⁴², a interpretação conforme se fundamentaria na hierarquia constitucional⁴³ e unidade da ordem jurídica, na segurança jurídica⁴⁴, na conservação dos atos normativos, na presunção de constitucionalidade das normas e no princípio da proporcionalidade.

Já para Gomes Canotilho⁴⁵, a mesma se fundamentaria na prevalência da Constituição, no princípio da conservação das normas e exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas *contra legem*. Gilmar Mendes⁴⁶ fundamenta o método na supremacia da constituição (todo o ordenamento deve ser interpretado sob sua ótica) e presunção de constitucionalidade, pois legislador não teria pretendido lei inconstitucional. Por fim, Jorge Miranda justifica o método em nome de um princí-

⁴² MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça..., Tomo II, op. cit., p.380 e seg.

⁴³ Para Massimo Calvino, deixou de ser para preservar a vontade do legislador e passou a ser pela supremacia da Constituição, in: CALVINO, Massimo. L'intenzione del legislatore attuale come fondamento del diritto vivente, in: Esperienze di diritto vivente: la giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo, a cura di Massimo Calvino, Vol. I, Milano, 2009, p.37.

⁴⁴ No mesmo sentido, SEGADO, Francisco Fernández. El Tribunal Constitucional Español como Legislador Positivo, in: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. I, Coimbra, 2012, p. 739

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional..., op. cit., p. 1226.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normar no Brasil e na Alemanha, 4ª ed., São Paulo, 2004, p. 268

pio de economia do ordenamento ou máximo aproveitamento dos atos jurídicos, mas não de presunção de constitucionalidade da norma⁴⁷.

Quanto à unidade da ordem jurídica, hierarquia constitucional e supremacia da constituição, os quais entendemos estarem alinhados e com eles concordamos, quer deixar-se assente que as normas ordinárias devem ser integradas e interpretadas de acordo com o texto constitucional, na medida que este serve de parâmetro de interpretação e aplicação daquela, criando assim um sistema integrado e coeso, que partilha os mesmos fundamentos.

A conservação da norma tem algo implícito, isto é, procura em última análise evitar lacunas e vazios jurídicos gerados pela expurgação da norma do ordenamento⁴⁸. Tanto esse quanto a segurança jurídica, apesar de aceitarmos como fundamentos, não se relacionam necessariamente à interpretação conforme, mas sim a todas as sentenças intermédias que evitam a simples declaração de inconstitucionalidade e o vazio jurídico criado pela expulsão da norma do ordenamento jurídico.

No que tange ao princípio da presunção de constitucionalidade da norma, temos sérias dúvidas quanto à aplicação na interpretação conforme, ainda que seja algo natural de qualquer texto legislativo, tal qual a presunção de legalidade dos atos administrativos. Nosso ponto não é necessariamente o mesmo de Cristina Queiroz, que entende haver uma presunção de inconstitucionalidade quando a norma se encontra em conflito com direitos fundamentais, cabendo um ônus da prova ao legislador em demonstrar a proporcionalidade do texto⁴⁹. Também

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. Manual..., op. cit., p. 267

⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. La giustizia..., op. cit., p. 187; SILVESTRI, Gaetano. Le Sentenze Normative della Corte Costituzionale, in: Scritti su La Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, Padova, 1985, p.758; REVORIO, Francisco Javier Díaz. Las sentencias..., op. cit., p. 91; e SEGADO, Francisco Fernández. El Tribunal..., op. cit., p. 740.

⁴⁹ QUEIROZ, Cristina M. M. O princípio da interpretação conforme a constituição. Questões e perspectivas, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do

não tem relação com a posição de André Salgado, para quem o dever de demonstrar e comprovar a inconstitucionalidade da lei não faz desta presumivelmente constitucional⁵⁰.

Em verdade, pensamos haver uma presunção de inconstitucionalidade em vista da necessidade de o Tribunal Constitucional ter de atuar para eliminar dúvidas nesse sentido. Veja-se, a presunção de inconstitucionalidade não se manifesta quando a Corte analisa inicialmente o caso, pois ainda possível o simples indeferimento de inconstitucionalidade ou acolhimento para eliminar a norma. Manifesta-se após essa fase, quando ciente de que a mesma não é constitucional, pelo menos não em um dado sentido. O tribunal terá de atuar de alguma forma para eliminar um vício que macula a norma e, portanto, nesse segundo momento existe uma presunção de inconstitucionalidade.

Quanto a princípio da proporcionalidade, não concordamos que o mesmo seja um fundamento da interpretação conforme. Em verdade, o mesmo atuaria mais como um limite, ou melhor, um vetor de atuação, ou seja, o Tribunal Constitucional teria por obrigação pautar-se num procedimento proporcional quando da utilização da interpretação conforme, mormente em relação à necessidade e adequação.

3.2. LIMITES

Gomes Canotilho⁵¹ destaca como limites: o espaço de decisão, traduzido em várias possibilidades interpretativas; a proibição de correção da norma que tenha uma contradição inequívoca com a Constituição; e afastamento da interpretação conforme quando contrária ao sentido literal⁵² ou o sentido da

Porto, Ano VII, Especial, Porto, 2011, p. 321

⁵⁰ MATOS, André Salgado de. *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Coimbra, 2004, p. 275

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 1227.

⁵² Assim também: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*, São Paulo, 2010, p.

lei em clara contradição ao objetivo do legislador⁵³.

Desses pontos também se retira a própria impossibilidade de operar uma interpretação *contra legem*. Caso atuasse dessa forma, haveria uma imprópria função normativa do Tribunal Constitucional, que criaria norma nova e invadiria o espaço especificamente delimitado ao legislador⁵⁴. Segundo Canotilho⁵⁵, permite-se a escolha entre dois ou mais sentidos, nunca a revisão de seu conteúdo.

Vitalino Canas ressalta que o Tribunal Constitucional Alemão “*tem, repetidas vezes, posto em evidência pelo menos dois: em primeiro lugar não se poderá ir além do sentido possível da norma (nem sempre ficando claro o que se quer significar com tal expressão); em segundo, os limites da interpretação conforme serão excedidos quando a decisão do TC invadir a reserva de apreciação (do legislador) da oportunidade, conveniência ou adequação da emissão de determinadas normas, com determinado conteúdo, tendo em mira determinado fim. Se através da interpretação o juiz se vier a substituir ao legislador na escolha do conteúdo das medidas legislativas, reservada para este, excederá obviamente a sua competência*”.

No mesmo sentido Gilmar Mendes⁵⁶: “*As decisões fundamentais do legislador, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme a Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador.*”

Assim, em sua maioria os autores apontam como limi-

168; MEDEIROS, Rui. A decisão..., op. cit., p. 310 e REVORIO, Francisco Javier Díaz. Las sentencias..., op. cit., p. 88 e 94. Este último ressalta que a interpretação não pode reconstruir uma norma que não se encontra explicitamente no texto, tem que se deduzir do texto.

⁵³ CALVINO, Massimo. L'intenzione ..., op. cit., p. 43

⁵⁴ MEDEIROS, Rui. A decisão..., op. cit., p. 866

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional ..., op. cit., p. 1311

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição..., op. cit., p. 261. Assim também: HESSE, Konrad. Escritos..., op. cit., p. 53

tes o texto da lei, bem como a finalidade perseguida pelo legislador, traduzindo-se na vontade objetiva da norma. No intuito de expor uma exceção a essa maioria, Lênio Streck parece discordar do limite do texto⁵⁷ quando defende a correção do conteúdo da lei e a possibilidade de ir além dos sentidos fixados pela literalidade da norma. O autor entende que os sentidos não estariam disponíveis para uma mera escolha e posterior espécie de subsunção, haverá sempre um processo produtivo. Quanto ao segundo limite⁵⁸, defende que não haveria como aferir a intenção do legislador, portanto isso também não seria limite ou fim da interpretação conforme, muito menos a vontade objetivada na norma.

Tendo em vista que o intuito do presente trabalho é desmistificar o suposto respeito ao legislador com a utilização da interpretação conforme, entendendo haver violação à separação de poderes mesmo quando observados os limites acima especificados, conforme será exposto mais adiante, por óbvio a ausência de vinculação ao texto e à vontade objetiva da norma não podem ser aceitos. Trata-se de uma limitação mínima, essencial para manter uma razoabilidade da técnica de controle de constitucionalidade, evitando a produção legislativa acintosa pelo Tribunal Constitucional.

Veja-se, por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 234, julgada em 22/06/1995 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF). No caso em questão, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro possuía norma indicando que: a) as ações das sociedades de economia mista não poderiam ser alienadas a qualquer título, sem autorização legislativa e; b) mesmo com autorização legislativa, não poderiam ser alienadas de forma a que o Estado perdesse o controle acionário de de 51%. A decisão do STF foi no sentido de declarar a primeira norma constitucional desde que interpretada no sentido de que

⁵⁷STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição...*, op. cit., p. 582/583

⁵⁸Idem, 587/591

a alienação de ações só necessite de autorização legislativa quando importem na perda do controle acionário pelo Estado. Por óbvio, apesar de guardar alguma relação com o texto, é claramente constatável que a vontade objetiva da norma e a intenção do legislador – no caso poder constituinte do Estado do Rio de Janeiro – foram violados.

Por fim, doutrina e jurisprudência – principalmente italiana – definiram mais um limite, porém com difícil avaliação e aplicação se comparado aos limites acima. Gomes Canotilho e Vital Moreira destacam que quando já houver interpretação consolidada ou até mesmo geralmente aceita pelos tribunais, a mesma deve ser o ponto de partida⁵⁹. Assim também Rui Medeiros, para quem não seria razoável a adoção de uma interpretação possível à luz do texto da norma, mas completamente dissociada da interpretação atribuída pelos tribunais inferiores⁶⁰.

Trata-se daquilo que se convencionou chamar de direito *vivente*⁶¹. Conforme Adele Anzon⁶², o direito *vivente* denota uma interpretação consolidada em âmbito jurisprudencial e até doutrinário. A autora afirma que o mesmo se sobreporia inclusive à interpretação conforme em favor da norma. Assim, o livre caminhar da análise da norma por parte do Tribunal Constitucional só ocorreria em caso de não haver uma interpretação já consolidada⁶³. Para Massimo Calvino, haveria uma conse-

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, Coimbra 1991, p. 270

⁶⁰ MEDEIROS, Rui. A decisão..., op. cit., p. 388.

⁶¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. La Dottrina del Diritto Vivente, in: Strumenti e Tecniche di Giudizio della Corte Costituzionale. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Trieste, 32, Milano, 1988, p. 97-123

⁶² ANZON, Adele. La Corte Costituzionale e Il “Diritto Vivente”, in: Scritti su La Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, CEDAM, Padova, 1985, p. 12-14

⁶³ Destacando a também o posicionamento consolidado como limite à realização da interpretação conforme: REVORIO, Francisco Javier Díaz. Las sentencias..., op. cit., p. 89; URBANO, Maria Benedita. Interpretação conforme com a Constituição e ativismo judicial: associação lógica ou ativismo interpretativo?, in: Revista da

quência destrutiva em atuar com a interpretação conforme sobre o direito *vivente*, que somente deveria ser superado por interpretação autêntica do próprio legislador⁶⁴. Como exemplos de decisões da *Corte Costituzionale* italiana que trataram do direito *vivente*, possível citar: *Sentenze* nº 11/1981, 70/1982, 86/1982, 205/1982 e 133/1984. Na sentença nº 350/1997 foi exposto: “*é igualmente verdade que, quando essas diretrizes são firmemente estabelecidas na jurisprudência - a ponto de captar as conotações do "direito vivente" - é bem possível que a regra, tal como interpretada pelos tribunais de primeira instância, está sujeita ao escrutínio constitucional, porque o padrão agora está tão arraigado que é difícil imaginar uma mudança no sistema sem a intervenção do legislativo ou do Tribunal.*”

O próprio Tribunal Constitucional português já se manifestou sobre o direito *vivente*: Acórdão nº 398/1989. No caso, o direito *vivente*, não foi limite para aplicação conforme, mas sim motivação para análise. O sentido consolidado pela jurisprudência foi o confrontado com a Constituição e ao final decidiu-se por uma interpretação conforme.

Também no Acórdão nº 118/1987, a declaração de voto do Conselheiro Raul Mateus reconhece a aplicação do direito *vivente* pelo Tribunal Constitucional português: “*De facto, o juízo de legitimidade constitucional de certa norma exige, em primeiro lugar, que se compare a norma assim interpretada com a Constituição. Ora, o que é típico e próprio por natureza da competência do TC é esta segunda fase do juízo de legitimidade constitucional. Assim, e no que respeita à primeira fase desse mesmo juízo de legitimidade, o TC — sem prescindir em absoluto (cf., em especial, o artigo 80.º, n.º 3, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro) do poder de autonomamente impor a sua*

Faculdade de Direito da Universidade do Porto, VII especial, Porto, 2010, p. 417; e CALVINO, Massimo. *Interpretazione discorsiva del diritto*, Milano, 2001, 234.

⁶⁴ CALVINO, Massimo. *L'intenzione...*, op. cit., p. 40-46

*própria interpretação do direito ordinário — deve prevalentemente 'olhar' ao modo como ele é 'lido' pelos outros tribunais, ao nível da respectiva praxis aplicativa. Nesta perspectiva, numa perspectiva de direito vivente, «a significação judiciária do direito aplicado torna-se assim um dado do problema de constitucionalidade a resolver» (Gustavo Zagrebelsky, «La dottrina del diritto vivente», in *Giurisprudenza Costituzionale*, ano XXXI, p. 1149). Ou, por outras palavras, e citando C. Mezzanotte, referido no mesmo artigo e obra, p. 1156, 'aos juízes a lei, ao Tribunal Constitucional a Constituição'.*”

Em nosso entender, o direito vivente sem dúvida pode se traduzir num limite à interpretação conforme, Porém, algumas ponderações são necessárias quanto a esse ponto. Primeiramente, tal limite seria maleável e só serviria quando o sentido estivesse presente de forma forte e indissociável da aplicação da norma, isto é, deveria existir uma real consolidação do sentido, a fim de afastar o procedimento por parte do Tribunal Constitucional.

Em última análise, é fato que um sentido novo cunhado pela interpretação conforme, dissociado da aplicação consolidada, mas com fundamento no texto e cabível numa possível vontade objetiva do legislador, pode significar não simplesmente adequação da norma, mas uma quase criação legislativa, traçando novos parâmetros de aplicabilidade, o que ao final resultam numa ofensa à separação de poderes. Esse talvez seja um caso onde a interpretação conforme mostra-se mais danosa que a própria decisão de inconstitucionalidade da norma.

Enfim, apesar de plenamente válido, o direito vivente é mais uma entre as várias situações que remetem à análise das circunstâncias e prudência por parte do Tribunal Constitucional.

3.3. EFEITOS DA DECISÃO EM BRASIL, ALEMANHA E ESPANHA

Iniciando uma curta análise dos efeitos da decisão que adota uma interpretação conforme à Constituição, traz-se primeiramente o caso de Brasil, Alemanha e Espanha, por entender-se que nesses países há um componente mais forte na decisão. Tal componente é expresso na força obrigatória e geral que tais decisões possuem nesses ordenamentos.

Assim, a decisão do Tribunal Constitucional que opta por um dos sentidos da norma e o destaca como o mais constitucional e conforme, tem efeitos que vinculam a decisão das demais autoridades do Poder Público.

No Brasil a questão foi equacionada por meio da Lei nº 9.868/99, que dispõe em seu 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.*” O art. 38, nº 1 da Lei do Tribunal Constitucional Espanhol também dispõe sobre a vinculação da decisão a todas as autoridades públicas e força geral a partir da publicação oficial. Já o Tribunal Constitucional Alemão, conforme destacado por Blanco de Moraes⁶⁵, entende que as decisões vinculam os órgãos constitucionais da federação e dos estados, assim como todos os órgãos e autoridades administrativas.

Logo, salvo algumas pequenas dissonâncias doutrinárias, fato é que as decisões de interpretação conforme dessas Cortes Constitucionais possuem uma força sobre as demais autoridades, vinculando o entendimento dessas à interpretação adotada na decisão. Mesmo na simples decisão de constitucionalidade – por ação própria ou por indeferimento da inconstitucionalidade – , que em princípio não deveria contar com tamanha força vinculante e deixar aberto espaço à interpretação,

⁶⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça...*, Tomo II, op. cit., p. 279 e seg.

fato é que a decisão de rejeição ganha a mesma dimensão da decisão de acolhimento da inconstitucionalidade.

Em termos práticos, o sentido pelo qual optou o Tribunal Constitucional será aquele aplicado pelos demais tribunais e autoridades administrativas, só havendo nova análise sobre a constitucionalidade da norma em caso de mudança nas circunstâncias.

3.4. EFEITOS DA DECISÃO EM PORTUGAL E ITÁLIA

Já em Portugal e Itália, o caso é diferente. A decisão na interpretação conforme que rejeita a inconstitucionalidade e opta por um sentido normativo não possui qualquer efeito vinculante ou força obrigatória geral. Em verdade, só estaria vinculado à posição do Tribunal Constitucional o juízo *a quo* nos casos de decisão no controle concreto⁶⁶. Nem mesmo o próprio Tribunal Constitucional, por óbvio, teria qualquer espécie de autovinculação.

Tal ausência de efeitos vinculantes e erga omnes parece adotar a posição doutrinária dominante nesses países, que reconhece que a eficácia erga omnes é própria do exercício da competência de acolhimento da inconstitucionalidade⁶⁷. A Constituição Portuguesa, por exemplo, não confere qualquer efeito de caso julgado às decisões que rejeitam a inconstitucionalidade. Muito menos há o efeito preclusivo que inviabilizaria a nova apreciação da constitucionalidade da lei⁶⁸.

Como analisaremos com mais detalhes a seguir, no presente momento importa dizer apenas que mesmo na ausência de efeitos vinculantes a decisão de interpretação conforme ainda assim viola o princípio da separação de poderes.

⁶⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia...*, op. cit., p. 184

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 903.

⁶⁸ *Idem*, p. 1023

4. INTERPRETAÇÃO CONFORME COMO VIOLAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A opção por tratar especificamente da interpretação conforme à Constituição, como técnica de controle de constitucionalidade na fiscalização abstrata, tem razão na constatação da sutileza com que a mesma viola a separação de poderes, pois propriamente não há um juízo de inconstitucionalidade firmado. Em verdade, existe a própria rejeição da inconstitucionalidade da norma.

Porém, essa sutileza deixa de ser verdade quando avaliada a própria utilização do instituto, principalmente no aspecto da escolha pela Corte Constitucional de apenas uma solução interpretativa, supostamente mais conforme com o texto, ou ainda a descaracterização da norma, ainda que ao final exista alguma relação com texto. Há sem dúvida uma pretensa melhor solução possível, desprestigiando sobremaneira a decisão que cabe ao legislador pátrio.

Para Alessandro Pizzorusso, a *Corte Costituzionale* italiana já afirmou que o controle de constitucionalidade possui como meta principal, que não tanto seria eliminar uma interpretação que torna o texto inconstitucional, mas antes apoiar aquela que faz conforme o princípio da estabilidade da Constituição, no intuito de conferir maior certeza ao ordenamento, reduzindo o contraste interpretativo⁶⁹.

Uma opinião bastante compartilhada é de que a interpretação conforme à Constituição seria em verdade uma atitude de deferência ao legislador, um verdadeiro *judicial self-restraint* da Corte Constitucional, que no intuito de conservar a

⁶⁹ PIZZORUSSO, Alessandro. La Giurisprudenza della Corte Costituzionale Italiana sull'inammissibilità della questione incidentale di costituzionalità per mancata ricerca da parte del giudice "a quo" di un'interpretazione costituzionalmente conforme della legge sospettata d'inconstituzionalità, in: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. I, Coimbra, 2012, p. 103

norma e preservar a decisão legislativa só declararia inconstitucional o ato quando patente e irremediável o vício⁷⁰. Luís Roberto Barroso entende reconduzir inclusive à harmonia e independência dos poderes, em virtude dessa autocontenção na análise de ato emanado por outro poder⁷¹. Haveria apenas uma delimitação ou complementação da vontade do legislador⁷².

Massimo Calvino esclarece que em Itália as primeiras *sentenze* desse tipo (Sent. 08 e 13/1956; 01, 120 e 121/1957) tinham fundamento numa análise de que o legislador não teria intenção em deliberadamente violar uma norma constitucional, implementando um sentido desconforme, daí a decisão de realizar a conformação e respeitar a própria intenção do Parlamento⁷³. Francisco Segado destaca que em razão do respeito à literalidade do texto e ao resguardo da intenção da norma, seria uma técnica a serviço da autoridade do próprio legislador.

Por sua vez, Gomes Canotilho e Vital Moreira destacam que, quando em jogo direito fundamental e em caso de dúvida na interpretação conforme, não apenas a Corte deveria optar, mas também funcionalizar aquele sentido que restrinja menos o direito, ofereça maior proteção, amplie seu âmbito ou satisfaça em maior grau⁷⁴. Essa também a posição de Lavilla, para quem o Tribunal Constitucional, ao formular as sentenças interpretativas, deveria proceder de forma a efetivar ao máximo os direitos fundamentais, bem como eleger entre os possíveis sentidos aquele mais conforme com as normas constitucionais. As sen-

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas, 7ª ed., Rio de Janeiro, 2003, p. 313; STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição..., op. cit., p. 575 e 582. Em sentido contrário, considerando um fundamento frágil esse respeito à obra do legislador e à separação de poderes: SILVA, Virgílio Afonso da. A presunção..., op. cit., p. 47

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação..., op. cit., p. 192. Nesse sentido também: KIMMINICH, Otto. A jurisdição ..., op. cit., p.297

⁷² QUEIROZ, Cristina M. M. O princípio..., op. cit., p. 324

⁷³ CALVINO, Massimo. L'intenzione..., op. cit., p. 33-35

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, Coimbra 1991, p. 143

tenças só teriam limite quando o Tribunal Constitucional ao invés de decidir o sentido mais conforme, optasse por reconstruir uma norma que não estava devidamente explícita no texto⁷⁵.

Infelizmente, não se pode concordar com tais posições. A uma, porque a decisão do legislador não necessariamente será pela mais conforme, pode ser simplesmente a conforme, constitucional dentro das perspectivas das normas postas. Trata-se aqui da tese da máxima otimização, que não é aceita em casos relacionados ao ativismo judicial e efetivação de políticas públicas, mas no presente caso parece não sofrer qualquer crítica mais contundente, ainda que ao final se trate da mesma forma de invasão na competência de outro poder constitucional.

A duas, seria uma espécie de avaliação qualitativa da lei, que buscaria efetivar o preceito de uma forma não querida pelo legislador, implicando muitas vezes numa efetiva criação legislativa pela Corte Constitucional. A três, em função da clara dificuldade dos juízes constitucionais em vislumbrarem todas as interpretações possíveis da lei⁷⁶.

Assim, o que despertou para o tema foi essa tranquilidade geral⁷⁷ com relação à possibilidade do Tribunal Constitucional definir o “melhor sentido” do preceito normativo, em clara oposição à separação de poderes⁷⁸.

Como já dissemos, no caso da interpretação conforme rejeita-se a inconstitucionalidade da norma e especifica-se um sentido constitucional a ser aplicado. Porém, aliado a esse juízo de não constitucionalidade vem uma atuação positiva da corte, principalmente quando opta por uma solução. Há autores que

⁷⁵ LAVILLA, Landelino. Juridificación del poder y equilibrio constitucional, in: División de Poderes e Interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional, ed. Antonio Lopez Pina, Madrid, 1987, p. 53/68

⁷⁶ MEDEIROS, Rui. A decisão..., op. cit., p. 390

⁷⁷ URBANO, Maria Benedita. Curso..., op. cit., p. 80. A autora destaca que talvez seja sentença manipulativa que menos gera controvérsia.

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. A presunção..., op. cit., p. 42

reconhecem a existência de casos de desvios, onde a interferência mostra-se pior do que a própria declaração de nulidade, vez que resta deformada a vontade autêntica do legislador⁷⁹. Existem também aqueles para quem utilizar a interpretação conforme para estender ou restringir além do razoável a norma significa típico ato de legislar⁸⁰.

Em geral, as atenções se voltam aos casos onde há uma invasão mais evidente, como das sentenças aditivas e omissões nas quais a sentença opera claros efeitos normativos, sendo dotada de abstração e generalidade ao ponto de conformar a sociedade como se lei fosse. Ou ainda, nos casos de interpretação conforme que viola frontalmente a vontade objetiva do legislador e quando se afasta do texto do preceito⁸¹.

Entretanto, é possível identificar até um caráter aditivo na interpretação conforme, quando a mesma além de optar por um sentido entre vários retiráveis da norma ainda apresenta efeitos aditivos, tipificando clara criação legislativa⁸². Para Giusi Sorrenti, ainda que no geral seja uma decisão interpretativa, a mesma pode operar hermeneuticamente como uma decisão redutiva ou aditiva, mesmo que não tão perturbadora quanto esta última, que produz a norma⁸³. Gaetano Silvestri chega a ir mais longe defendendo que além de interpretativas são também aditivas⁸⁴.

Num exemplo de interpretação conforme em patente

⁷⁹ SEGADO, Francisco Fernández. El Tribunal..., op. cit., p. 741. A possibilidade da interpretação ser pior que a simples nulidade também é constatada por Blanco de Morais, in: MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça..., Tomo II, op. cit., p. 280.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação..., op. cit., p.193

⁸¹ Para Giusi Sorrenti, o caráter manipulativo da interpretação conforme seria disfarçado de procedimento hermenêutico, in: SORRENTI, Giusi. Il seguito "rovesciato": le decisioni interpretative di rigetto e l'attività del legislatore, in: Corte Costituzionale e Parlamento, a cura di A. Ruggeri-G.Silvestri, Milano, 2000, p. 308

⁸² STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição..., op. cit., p. 575 e 626

⁸³ SORRENTI, Giusi. Il seguito..., op. cit., p. 307/308. Concordando com os efeitos aditivos e redutivos: REVORIO, Francisco Javier Díaz. Las sentencias..., op. cit., p. 253

⁸⁴ SILVESTRI, Gaetano. Le Sentenze..., op. cit., p.763

violação à separação de poderes, atacando inclusive decisão anterior do legislador, tem-se a Sentença nº 74/1987 do Tribunal Constitucional espanhol, publicada em 09/06/1986. No caso, o governo de uma das comunidades autônomas (*Gobierno Vasco*) buscava a declaração de inconstitucionalidade de uma lei que não garantia aos cidadãos detidos em comunidades espanholas o direito a manifestar-se por meio de intérprete capacitado, vez os residentes do país basco muitas vezes só sabem expressar-se em sua língua de origem. A questão essencial aqui é que já havia sido rejeitada pelo Parlamento uma proposta de emenda à lei prevendo essa possibilidade, sob o argumento de que o número de cidadãos que falavam apenas a língua de origem do país basco era ínfimo. Ainda assim, o Tribunal Constitucional exarou decisão considerando constitucional a lei atacada desde que interpretada de forma a não privar os cidadãos espanhóis que não compreendam o *castellano* de serem auxiliados por intérpretes. A decisão, a um só tempo, adicionou um novo sentido à norma e, acima disso, ainda foi exarada de forma contrária à decisão legislativa anterior que entendeu não ser cabível a previsão.

Ainda que não se esteja diante de sentença aditiva propriamente dita, vez que não há um juízo anterior de inconstitucionalidade, é perceptível em alguns casos a manipulação dos efeitos da norma para abarcar outras situações ou determinar alguns direitos que não foram sequer mensurados anteriormente pelo legislador. Mesmo que em princípio, após a edição da norma, esta ganhe vida própria e abra espaço para a atuação do intérprete, mostra-se temerária a utilização da metodologia interpretativa para acrescer sentidos e direitos não previstos minimamente pelo legislador.

Seguindo com os efeitos que violam a separação de poderes, Gaetano Silvestri entende que a interpretação conforme consiste na criação de uma nova norma a partir da reconstrução material de preceito existente, não apenas se limita a explicar

ou elucidar a interpretação. Há a construção da norma a partir da mesma base textual, quase como uma metáfora na expressão do autor. Algo novo e diverso com o mesmo material, daí o efeito legislativo direto⁸⁵. Assim também adverte Pizzorusso, identificando um caráter normativo quando o tribunal além de simplesmente apoiar a norma legislada, ultrapassa esse limite e opera uma reconstrução⁸⁶.

Numa tal decisão criativa e interpretativa o tribunal pode, a um só tempo, violar tanto o papel do legislador quanto do executivo. Basta dizer que a implementação de direitos ou ampliação do seu âmbito de atuação por via transversa da interpretação conforme pode significar criação legislativa e ainda política pública a ser implementada, sem levar em consideração a competência dos poderes constitucionalmente eleitos para tanto.

Díaz Revorio claramente identifica um trabalho criativo do Tribunal Constitucional no desenvolvimento de preceitos e valores constitucionais, portanto haveria uma falsa pretensão de neutralidade desse órgão. Mas em complemento, o autor destaca que a utilização de um método jurídico rigoroso legitima as decisões criativas e justifica a imposição ao legislador. Em verdade a utilização desses critérios metódicos possibilita uma interpretação criadora de direito legal, contando como a Constituição e seus valores como guia principal⁸⁷.

Desde já, necessário discordar de Revorio. Primeiro, esse suposto método interpretativo rigoroso não existe – pelo menos não parametrizado –, não há de fato um critério relativamente aceito e utilizado, vez que como já demonstrado nem mesmo o texto ou uma suposta intenção do legislador seriam

⁸⁵ SILVESTRI, Gaetano. *Le Sentenze...*, op. cit., p.759. Entendendo também haver criação de conteúdo: URBANO, Maria Benedita. *Curso...*, op.cit., p. 80; SEGADO, Francisco Fernández. *El Tribunal...*, op. cit., p. 741;

⁸⁶ PIZZORUSSO, Alessandro. *La Giurisprudenza...*, op. cit., p. 106

⁸⁷ REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Madrid, 1997, p. 348-352.

limites para alguns autores. Portanto, ainda que se aceitasse a criação legislativa pelo tribunal com base em critérios constitucionais, seria necessário no mínimo estabelecê-los com clareza.

Em segundo ponto, só pelo fato de criar legislação, ainda que por meio de metodologia interpretativa, já ultrapassa os limites da separação de poderes definidos no texto constitucional. Esse papel foi conferido ao legislador e, como tratado em capítulo anterior deste trabalho, todas as exceções foram especificadas nas Constituições. Assim, não há um mandamento constitucional para que a Corte opere verdadeira criação legislativa quando da análise de constitucionalidade de normas editadas pelo Parlamento, nem mesmo implicitamente. É necessário dizer: independente do fim buscado, seja para proteger direitos, seja para fomentar novos, a criação legislativa pelo Tribunal Constitucional não é um meio aceitável.

Por todo o exposto, é possível constatar que a interpretação conforme pode violar a separação de poderes das mais diversas formas, não apenas quando se dissocia do texto ou da suposta vontade do legislador, mas também quando decide com efeitos aditivos ou até mesmo criativos e, por fim, quando indica um único sentido das normas como o mais correto.

Zippelius reconhece clara invasão ao âmbito do legislador quando o Tribunal Constitucional sobrepõe sua interpretação. Obviamente, não que este último deve deixar de realizar interpretação constitucional, contudo naqueles casos em que sejam possíveis várias interpretações, o mesmo deve respeitá-las e não colocar-se no lugar do legislativo, optando por uma, o que representa uma usurpação do poder normativo utilizado mais adequadamente pelo Parlamento⁸⁸.

A interpretação do legislador não deve ser a mais lógica ou a mais coerente com a vontade da Constituição, basta que não seja manifestamente contrária⁸⁹. Logo incabível efetuar

⁸⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*, 3ª ed., Lisboa, 1997, p. 562

⁸⁹ ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional y Division de Poderes*, Madrid,

inclusive supostos controles de qualidade da norma, tentando de alguma forma otimizar a decisão legislativa.

Parece não ser esse, porém o entendimento de Cristina Queiroz. Para a autora o princípio da separação de poderes imporia apenas o respeito pela liberdade de conformação do legislador, ou seja, o próprio ato inicial de legislar, não impedindo, contudo, a complementação posterior, desde que observados pelo tribunal os limites anteriormente dispostos⁹⁰. Apesar de interessante argumento, essa mitigação do princípio da separação de poderes não tem qualquer fundamento constitucional, nem mesmo por via interpretativa.

Na visão de Javier Royo, existe um sistema de interpretação compartilhada da Constituição, onde os Parlamentos seguem dispendo da interpretação de forma inicial, porém com submissão em determinadas circunstâncias à justiça constitucional. Passou de um sistema de interpretação parlamentar incondicionado a um sistema condicionado, pela Constituição exclusivamente, mas nos termos definidos de forma vinculada por outro órgão, o Tribunal Constitucional⁹¹.

Apesar de reconhecer que o tribunal indica a interpretação a ser adotada, Revorio entende ser impróprio tal imposição de forma generalizada – vinculante –, principalmente por restringir as possibilidades interpretativas. Indica inclusive que a virada interpretativa na jurisprudência da Corte Constitucional italiana, passando a preferir decisões de inconstitucionalidade parcial qualitativa, deu-se em função dos problemas sobre os efeitos da sentença e a negativa dos demais tribunais de se vincularem a uma rejeição de inconstitucionalidade⁹². Porém, se o autor tem reservas quanto à vinculação, o mesmo não ocorre no que tange à violação do espaço destinado pela Constituição ao legislador. Revorio destaca que a interpretação conforme é algo

1988, p. 82

⁹⁰ QUEIROZ, Cristina M. M. O princípio..., op. cit., p. 323

⁹¹ ROYO, Javier Perez. Tribunal..., op. cit., p. 21

⁹² REVORIO, Francisco Javier Díaz. Las sentencias..., op. cit., p. 80, 87/89.

normal realizado por qualquer juiz, a diferença no caso em discussão é tratar-se do Tribunal Constitucional em fiscalização abstrata. Portanto, não há invasão no âmbito de outro poder, o próprio legislador permitiu ao deixar o texto ambíguo para várias possibilidades interpretativas, o tribunal apenas especifica como resultado natural da interpretação⁹³.

O ponto essencial para a discordância com a última posição de Revorio está na própria explicação do autor: a ambiguidade no texto deixada pelo legislador. É justamente tal ponto que deve pesar na análise do tribunal, o legislador propositalmente deixou o texto normativo aberto a várias possibilidades interpretativas, algo essencial para a própria evolução do Direito⁹⁴. O tribunal ao identificar e vincular uma interpretação – ou apenas definir sem força geral e obrigatória, mas com valor persuasivo – que entende cabível, concomitantemente desrespeita o espaço reservado ao legislador, assim como o próprio desenvolvimento interpretativo natural da norma jurídica.

Para Virgílio Afonso da Silva, o respeito ao legislador e à separação de poderes seria mera falácia, pois o Tribunal Constitucional confere a interpretação à norma para compatibilizá-la com aquilo que a própria corte entende como constitucional. Indicar o caminho necessário para salvar a qualquer custo a norma ou adequá-la segundo parâmetros que podem não coincidir com aqueles imaginados pelo legislador é contraditório com o suposto respeito à separação de poderes⁹⁵.

Portanto, até mesmo a escolha de um sentido pode ganhar contornos de criação legislativa. Em princípio não haveria problema, vez que se partiu do texto considerado emitido pelo legislador, atuaria conforme a vontade da constituição e daquele. Contudo, o fato de não haver o expurgo da norma do ordenamento confere ares de respeito à opção legislativa, quando na

⁹³ Idem, p. 252/253 e 297.

⁹⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça ...*, Tomo II, op. cit., p. 280. Também nesse sentido: MEDEIROS, Rui. *A decisão ...*, op. cit., p. 836.

⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *A presunção...*, op. cit., p. 57-60

verdade dessa operação resulta a submissão da vontade do mesmo à vontade da Corte.

Em alguns casos, pode ser mais crítico do que preencher lacunas e suprir omissões do legislador – também evidente violação à separação de poderes –, haja vista que pelo menos neste último há um espaço vazio de poder a ser preenchido, quando na interpretação conforme não apenas se afasta a opção legislativa, mas acima disso exerce um juízo positivo ao apontar a “melhor” solução, mais conforme a constituição em total despreço à função legislativa.

O foco deixa portanto de ser a autoridade da Constituição e se transforma na vontade do tribunal. Controle de constitucionalidade é manter a soberania e autoridade da Constituição, não realizar certos juízos que definam ao Parlamento o *modus legislatoris* ou a qualidade que deve conter a norma. Neste sentido, entendemos que a usurpação das funções de outro poder estaria tanto na reconstrução de um sentido inédito e dissonante do texto legal, quanto na decisão com efeitos aditivos e criativos, assim como na escolha de apenas um sentido pelo Tribunal Constitucional.

A crítica aqui realizada à manipulação em princípio parece ter mais efeito em Brasil, Alemanha e Espanha, tendo em vista a força obrigatória e geral da decisão de interpretação conforme em fiscalização abstrata, porém não pensamos ser um caso assim tão simples. Mesmo em Portugal e Itália, além do motivo da violação da separação de poderes, é preciso ter em mente que estamos diante de uma decisão de Tribunal Constitucional e todos os efeitos que a mesma possui, daí inclusive nosso problema com a conclusão de Jorge Miranda⁹⁶ e Gomes Canotilho⁹⁷, para quem a decisão de rejeitar a inconstitucionalidade, por não contar com efeito vinculante, não teria importância.

⁹⁶ MIRANDA, Jorge. Manual..., op. cit., p. 482

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos..., op. cit., p. 277

Conforme destaca Adele Anzon, qualquer decisão da Corte serve como precedente e possui um alto valor persuasivo, com eficácia juridicamente relevante, afinal a mesma – entre outras coisas – confere coerência e uniformidade à jurisprudência⁹⁸. Trata-se de uma garantia de igualdade – aplicação dos mesmos parâmetros a casos similares – e certeza do Direito⁹⁹. Rui Medeiros acentua que “*a prática da aplicação do direito é influenciada e mesmo normativamente fundamentada pelos precedentes*”¹⁰⁰.

Portanto, não podemos encarar como decisão irrelevante uma decisão de Tribunal Constitucional, ainda mais quando firma certo entendimento e sobretudo quando invade espaço destinado ao legislador. Além de guardião da Constituição, o Tribunal Constitucional serve como uma espécie de guia dos demais poderes e tribunais inferiores no que tange à interpretação constitucional. Mesmo que de fato não haja efeito vinculante ao dispositivo da decisão que utilizou a interpretação conforme, ainda assim a interpretação adotada pela Corte serve de orientação formal aos juízes comuns e até mesmo aos órgãos da Administração Pública.

A suposta máxima efetividade da norma que o tribunal tenha como intuito alcançar, além de relativa e dependente do ponto de vista do julgador, não autoriza a invasão nas competências de outro poder. Mesmo que a norma utilizada como parâmetro esteja presente na Constituição, do mesmo modo e com mais intensidade também consta o princípio da separação de poderes, estrutural do constitucionalismo. Ainda que *a priori* não se possa falar em hierarquia de normas constitucionais, é

⁹⁸ ANZON, Adele. *Il Valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1995, p. 14/15. Também compartilhando do entendimento sobre o valor persuasivo da decisão: MEDEIROS, Rui. *A decisão...*, op. cit., p. 785; ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia...*, op. cit., p.189; REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Las sentencias...*, op. cit., p.101

⁹⁹ ANZON, Adele. *Il Valore...*, op. cit., p. 101.

¹⁰⁰ MEDEIROS, Rui. *A decisão...*, op. cit., p. 811

certo dizer que o referido princípio está inserido no âmbito das cláusulas pétreas, com força de imutabilidade e garantia do Estado Democrático de Direito.

Diante dessa possibilidade de várias soluções justas e constitucionais, deve-se respeitar a liberdade de conformação do legislador e não realizar uma escolha “mais constitucional”. A suposta segurança jurídica não é fundamentos razoável para impor uma conduta inconstitucional que viole a separação dos poderes, ainda mais quando tal segurança pode ser obtida de outra forma, respeitando a função de cada poder. Pensamos que tal limite é simples e objetivo, não sendo alvo de tantas dúvidas, cabendo apenas sua observância. Não há sequer o vazio político, uma lacuna ou omissão inconstitucional: há a norma e a mesma deve sempre traduzir a opção do legislador pátrio.

É bem verdade que há autores que sustentam posição contrária inclusive à inconstitucionalidade parcial qualitativa. Para Michael Sachs, Ulsamer e Jorge Campinos, essa técnica também contraria a separação de poderes, pois ao entender plurissignificados da norma e expurgar algum deles, seria em certa medida substituir um preceito criado pelo legislador por outro. Seguindo essa posição, apenas caberia ao Tribunal Constitucional a declaração ou não de inconstitucionalidade, sem desmembrar preceitos e inventar alíneas¹⁰¹.

Não há como se concordar com tal posição, até porque tais questões são levadas ao conhecimento do tribunal por força da existência dessas possibilidades, e mesmo quando não, seria ignorar operações interpretativas necessárias para além de resguardar a Constituição, impedir vazios jurídicos. Além disso, a expurgação é apenas de sentidos inconstitucionais, mantém-se vigente a norma e a possibilidade de outras interpretações, não havendo ingerência na atuação do Poder Legislativo.

Com relação à segurança jurídica que a escolha oferece, tal princípio não pode servir de fundamento para ingerências

¹⁰¹ MEDEIROS, Rui. A decisão..., op. cit., p. 435/436

indevidas na esfera de atuação relativa a outro poder. Trazendo a mesma análise para casos onde fica mais latente o desrespeito, basta pensar que uma decisão do Tribunal Constitucional que confira a todo juiz o poder conceder medidas liminares e determinar à Administração que forneça medicamentos independente de qualquer critério prévio, também oferece segurança jurídica, assim como uma lei de greve criada para o servidor público por meio de decisão do Tribunal Constitucional

A questão é definir até que ponto a segurança nesses termos é possível, que não se harmoniza com outros princípios do Estado Democrático de Direito, como por exemplo a separação de poderes. Essa forma de atribuição de segurança e certeza do direito, além de obstruir a já citada evolução jurídica, em verdade gera insegurança quanto aos poderes legítimos de cada ator estatal, acabam-se os limites constitucionais definidos.

A optar por uma interpretação, o Tribunal Constitucional desconsidera inclusive os casos onde a abertura do texto normativo foi proposital, quando o legislador entendeu que um texto mais aberto a soluções de interpretação privilegia a aplicabilidade do mesmo em determinadas situações. A possibilidade de evolução do preceito, adequando-se às novas circunstâncias. Não só tal argumento é bastante factível, como é possível perceber uma tendência atual de elaboração de normas com essa textura mais aberta. Como bem expõe Elival Ramos¹⁰² *“o emprego pelo legislador de expressões correspondentes a conceitos vagos ou indeterminados não caracteriza, de modo geral, uma falha na formulação de textos legais e sim uma determinada técnica de regulação, que deixa ao intérprete aplicador maior flexibilidade para alcançar as finalidades pretendidas”*.

Assim como o tribunal chegou a uma interpretação constitucional, outras são possíveis. Gilmar Mendes assevera

¹⁰² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo...*, op. cit, p. 124

que: “*A constatação de que uma lei determinada é compatível com a lei fundamental não significa apenas naquela interpretação deva ela ser considerada constitucional, uma vez que a corte constitucional não pode proferir decisão sobre todas as possíveis interpretações. A norma declarada constitucional continua, também depois da decisão do Tribunal, carecendo de interpretação em suas outras aplicações e os tribunais ordinários, que também são competentes para a aplicação do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição*”¹⁰³.”

Ainda que essa abertura da norma possa parecer inadequada, na medida em que abre um leque de opções a cargo do intérprete, mostra-se claro que o legislador tem essa possibilidade, pois entendeu que assim concretiza melhor os termos da Constituição e deixa em aberto a evolução natural da interpretação de preceitos¹⁰⁴. A atuação irregular tratada por este trabalho, utilizando de forma transversa a interpretação conforme, pode inclusive desencadear num sentido sequer considerado pelo legislador, ainda que num primeiro momento esteja aliado ao texto e uma suposta vontade do mesmo.

A pretexto de preservar a norma e manter as competências funcionais, a opção por uma interpretação acaba por interferir na decisão legislativa. Trata-se de um caso onde, sob o fundamento de preservação do princípio da separação de poderes, acaba-se desrespeitando o mesmo. Reiteramos: não há qualquer nova roupagem ou redefinição do princípio da separação de poderes que autorize a invasão nesse espaço de conformação destinado ao legislador. Muito menos há uma delegação constitucional ao tribunal para que proceda à melhoria ou aperfeiçoamento da lei.

Mesmo Gustavo Zagrebelsky, bastante citado para fundamentar teses de redefinição da separação de poderes, entende

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição...*, op. cit., p. 265

¹⁰⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo...*, op. cit., p. 124

incabível que o controle de constitucionalidade exerça qualquer valoração de natureza política, tendo em mente uma espécie de análise qualitativa do poder discricionário do legislador¹⁰⁵.

Não há dever do Tribunal Constitucional de otimização da decisão legislativa, até porque nem sempre o órgão tem a exata dimensão dos efeitos trazidos. Basta pensar na decisão mais conforme que, contudo, representa maiores custos ou atinge uma forma normativa que acaba por gerar distorções não queridas pelo legislador, em termos de aplicabilidade da norma. Daí ser necessário *self-restraint* da Corte.

Como já ressaltado, uma justiça constitucional ativa dessa forma acaba por enfraquecer a própria democracia, tirando a responsabilidade do Parlamento pelo texto editado. Diante disso, entendemos que deve ser respeitada a vontade objetiva do legislador, evitando-se uma suposta conformação. Em termos de solução, seria mais prudente estabelecer uma comunicação institucional com o Legislativo, conforme adiante será melhor explicitado.

5. POSSIBILIDADE DE REMESSA AO LEGISLADOR

Demonstrado o desrespeito ao papel do legislador com a decisão da Corte Constitucional, possível vislumbrar soluções para o impasse, cumprindo o papel principal da sentença interpretativa de rejeição de inconstitucionalidade – conservação da norma e unidade do ordenamento –, sem contudo invadir o espaço delimitado constitucionalmente ao Parlamento, e sim prestigiando o mesmo.

Trata-se de uma proposta alternativa para privilegiar a decisão conformadora do legislador, primando assim pela separação de poderes, já que esse princípio não veda apenas uma interpretação em sentido desconforme com o texto e com a vontade do legislador, mas também a escolha de uma opção

¹⁰⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. La giustizia..., op. cit., p. 31/32.

legislativa pela Corte.

Como já ficou claro, sempre que a Corte Constitucional, diante de análise da constitucionalidade de norma plurissignificativa, optasse por utilizar a interpretação conforme à Constituição, deveria por óbvio entender pela constitucionalidade da norma e rejeitar a arguição, pois existentes sentidos constitucionais. Porém, indo mais adiante, se porventura entendesse que, conforme o primado da segurança jurídica, fosse necessário definir um sentido a ser levado em consideração por órgãos do poder político estatal, deveria se abster de definir tal sentido “mais constitucional”. Em reverso, deveria remeter a questão ao Legislativo para, na qualidade de poder incumbido de tomar a decisão conformadora, definir um dos sentidos, ou silenciar.

O Tribunal recorreria ao legislador para elucidar a questão, fixando o sentido em nome da segurança jurídica, não impedindo porém, que o mesmo optasse pela revogação do diploma em vista do sentido inconstitucional já definido ou até mesmo silenciasse.

A solução da remessa ao legislador tenta manter a separação de poderes e ao mesmo tempo zelar pela segurança jurídica que a lei emana/necessita. Ainda nesse escopo, se legislador não toma posição, seriam mantidos os sentidos possíveis, haja vista que o silêncio seria intencional, definindo a vontade legislativa.

Apesar da remessa ser normalmente associada às sentenças apelativas desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional Alemão¹⁰⁶, percebe-se que essa solução tem raízes bem mais distantes. Remonta ao *référé législatif* dos primeiros anos da Revolução Francesa, citado por Rui Medeiros¹⁰⁷ como uma relação dialética entre legislador e corte, na esteira de Cala-

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador (appellentscheidung) na práxis da corte constitucional federal alemã, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 33, 1992, p. 265-304

¹⁰⁷ MEDEIROS, Rui. A decisão..., op. cit., p.53 e 833

mandrei¹⁰⁸. Este último destaca que o *référé au législateur* seria o respeito à separação de poderes, uma vez que o legislador era chamado não apenas para solucionar controvérsia, mas para editar norma com caráter geral e obrigatório. Trata-se da relação dialética entre legislador e tribunal. Zagrebelsky¹⁰⁹ também relata esse antepassado francês, explicando que a questão era enviada muitas vezes para que o legislador aclarasse a interpretação, nos moldes aqui propostos.

Na Alemanha visualiza-se a possibilidade de utilização do apelo ao legislador nesse sentido, não para efetuar correções na norma tendente à inconstitucionalidade, mas para simplesmente pôr fim à dúvida em caso de plurissignificados e manifestar a decisão conformadora. Apesar de não estar entre os casos mais notórios e reconhecidos de apelo ao legislador¹¹⁰, ainda assim seria plenamente possível.

Também entendemos ser cabível em outros ordenamentos, uma vez que a relação interpoderees pode e deve ser concretizada, principalmente em situações como esta onde exige-se uma atuação conjunta. Não haveria qualquer óbice a esse relacionamento, muito menos entende-se que seria necessário disposição normativa específica para tanto. Há em verdade o exercício pleno das funções por cada poder, não devendo ser afastada a possibilidade dessa solução constitucional.

Vezió Crisafulli¹¹¹ cita o caso da antiga Iugoslávia, onde a Corte Constitucional realizava o controle de constitucionalidade em duas fases: na primeira, constatada a inconstitucionalidade da norma, a Corte fazia a remessa ao legislativo para adequá-la. Caso não houvesse a referida adequação, o Tribunal

¹⁰⁸ CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile, Vol. I, Milano, 1920, p.473-475

¹⁰⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. Manuale di Diritto Costituzionale, Torino, 1987, p. 92

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo..., op. cit., p. 265-304

¹¹¹ CRISAFULLI, Vezió. Giustizia Costituzionale e Potere Legislativo. Texto encaminhado pelo Secretário Geral da Corte Constitucional de Itália ao Ministério da Justiça de Portugal, em 22 de setembro de 1976. Disponível na Biblioteca da Procuradoria-Geral da República, p.15.

atuava mais uma vez, eliminando a norma inconstitucional. O autor ainda destaca o duplo objetivo nesse procedimento, de não criar o indesejável vazio normativo e respeitar ao máximo a esfera de liberdade conformadora do legislativo. Segundo o mesmo, era um respeito pela competência exclusiva do legislador. No caso iugoslavo, como relata Jovan Djordjevic, era conferido um prazo de 6 meses para que o legislador adequasse a regra inconstitucional e, somente se não o fizesse, haveria assim a expurgação pela própria corte constitucional¹¹².

Porém, talvez seja na Itália que essa espécie de sentença tenha ganho maior impulso. A *sentenze monitorie* – monito, indirizzo – possui alto valor moral e força política, mas segundo Lucio Pegoraro o tribunal não solicitava reforma, sugeria como proceder. O autor ainda expõe as três possibilidades ou graus de atuação da Corte com esse tipo de sentença: na primeira, apenas indica a necessidade de reforma, sem tratar o conteúdo; na segunda opção, o tribunal implicitamente dirige ou limita a atuação normativa, ou seja, indica uma moldura; já na terceira, há um requerimento específico vinculando o legislador, deixando de ser apelativa e tornando-se diretiva¹¹³. Como acentua Sorrenti, independente da questão de o tribunal poder ou não adequar a norma, a matéria resta melhor tratada se o legislador atuar¹¹⁴.

Na sentença nº 272/1998 da Corte italiana, a inconstitucionalidade foi rechaçada e o legislador não foi especificamente chamado a manifestar-se, mas no corpo da decisão foi sugerida a intervenção legislativa para regular a matéria.

Em questão tratando de ensino universitário, ficou destacado na sentença nº 383/1998 a necessidade de intervenção legislativa para regular o acesso e número de vagas, tendo sido

¹¹² DJORDJEVIC, Jovan. La Yougoslavie, Paris, 1967, p. 357

¹¹³ PEGORARO, Lucio. La Corte e il Parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa, Padova, 1987, p. 75-77. Sobre a sentença diretiva, ver também: SILVESTRI, Gaetano. Le Sentenze..., op. cit., p. 791

¹¹⁴ SORRENTI, Giusi. Il seguito..., op. cit., p. 330.

rejeitada a pretensão de inconstitucionalidade arguida. Na decisão foi exposto: “*A conclusão que emerge é que os critérios de admissão para a universidade e, portanto, também a previsão dos numerus clausus não pode legitimamente voltar para outras fontes que não sejam legislativo.*”. Mais uma vez, porém, não houve uma comunicação formal ou decisão de envio ao legislador para avaliação, apenas definiu-se no corpo da sentença que o mesmo precisava intervir.

Portanto, já em Itália há uma experiência em remeter ao legislador um aviso, apesar de tímida se comparada ao que propomos. Para Massimo Calvino, tão logo constatado pelo tribunal que se trata de norma plurissignificativa, o legislador pode ser chamado a aclarar essa ambiguidade, precisando o significado do enunciado ou oferecendo interpretação autêntica. Em nosso entender, não seria nesse momento inicial a remessa, pois ignora a abertura interpretativa da norma e o papel de controle constitucional da Corte. Seria mais prudente o legislador atuar em momento posterior, quando já definidos os sentidos inconstitucionais¹¹⁵.

Calvino também traz à discussão a possibilidade de vinculação do legislador, em clara sentença diretiva, representando mais do que um aviso ou conselho para adequar. Por óbvio, se entendemos aqui que a própria interpretação conforme já seria uma invasão no poder de conformação do legislador, quanto mais uma sentença diretiva invadindo a discricionariedade legislativa. Mas o autor traz a questão para debater com Zagrebelsky, já que esse último entenderia que a sentença apelativa seria inútil em caso de discricionariedade do legislador¹¹⁶.

Da mesma forma que Calvino, discordamos quanto à inutilidade. Trata-se de privilegiar a separação de poderes e a decisão do legislador, para que o mesmo tenha a oportunidade de adequar a norma viciada que ele próprio editou. É simples

¹¹⁵ CALVINO, Massimo. L'intenzione..., op. cit, p. 47

¹¹⁶ CALVINO, Massimo. Interpretazione..., op. cit., p. 225-229

questão de diálogo constitucional, a ausência de obrigação em aceitar a orientação da corte não diminui a força política de uma remessa oficial, requerendo a adequação. Até porque, quem responderá pela inutilidade da norma ou pela ausência de segurança jurídica será o próprio Parlamento.

Diante disso, não há como concordar com a posição de Maria Benedita Urbano¹¹⁷, para quem a atuação do legislador estaria condicionada pela decisão do Tribunal Constitucional, vez que tal limitação não encontra qualquer fundamento na Constituição. O legislador não está adstrito a qualquer limite imposto pela Corte, podendo trabalhar sua decisão tanto com base nos sentidos constitucionais fixados na decisão que rejeitou a inconstitucionalidade, quanto num outro sentido não trazido na análise do caso, ou até mesmo trabalhar na adequação de sentido já definido como inconstitucional. Enfim, o único limite ao legislador é o próprio texto constitucional.

A estrutura constitucional disposta nos países exemplificados no presente trabalho – e em outros – possibilita essa remessa, não havendo necessidade de previsão normativa nesse sentido. Nunca é demais lembrar que a atuação da justiça constitucional em sede de fiscalização abstrata da desenvolveu-se sempre com base na atuação e experiência dos tribunais, que diante de problemas de ordem prática buscavam na Constituição compor soluções razoáveis, posteriormente ensejando a positivação dos procedimentos. São poucos os casos onde houve primeiramente a positivação do procedimento para só então iniciar-se a utilização pela Corte.

Também destacamos que não haveria uma invasão in-

¹¹⁷ URBANO, Maria Benedita. *Curso...*, op. cit., p. 99. Ainda que a autora não se refira especificamente à solução de remessa ao legislador aqui destacada, possui um entendimento geral quanto ao poder do Tribunal Constitucional de delimitar o âmbito de decisão e atuação do legislador, sendo portanto aplicável na hipótese ora referida. A questão da limitação do âmbito de atuação do legislador também é tratada por Gaetano Silvestri, *Le Sentenze...*, op. cit., p.789 e seg., que destaca exemplos onde a Corte Constitucional Italiana fixava em seus julgados diretivas ao legislador sobre a melhor forma de atender ao texto constitucional.

versa no campo de atuação do poder legitimado, haja vista que a Corte Constitucional exerceu o seu papel de análise da constitucionalidade e no momento estaria chamando o legislador a exercer o *dele*, tomar a necessária decisão de forma a concretizar o texto constitucional. Como já exposto quanto ao princípio da separação de poderes, traduz-se inclusive numa forma do tribunal imputar ao legislador a responsabilidade pela norma.

Mostra-se possível realizar tal procedimento inclusive quando aparentemente só exista um sentido constitucional, pois necessário considerar não só a incompletude e impossibilidade da Corte ter em mente todos os sentidos possíveis, mas também porque supostamente diante de apenas um sentido possível o legislador poderia entender preferível a alternativa de expurgar do ordenamento a norma e fazer valer a legislação anterior ou, ainda, uma posteriormente editada para suprir.

Assim, entendemos que ao optar-se pela interpretação conforme, deve-se dar o passo adiante não na escolha do sentido, e sim na remessa ao legislador para que avalie e opte ou não por sanar alguma espécie de insegurança, caso realmente exista. Também não se procura manter a interpretação conforme apenas como técnica de interpretação, entretanto, é por bem destacar que qualquer espécie de controle deve necessariamente obediência ao princípio maior da separação de poderes.

A proposta acima, além de manter incólumes os contornos da separação de poderes, privilegia os fundamentos da interpretação conforme, que continuam plenamente válidos e observados: a norma resta conservada e a decisão do legislador acatada. Ir além e fixar a interpretação é que não faz parte da função do tribunal, mesmo que supostamente só reste um sentido constitucional unívoco da norma. O legislador tem a competência e a responsabilidade de avaliar se a norma permanece conveniente e adequada.

CONCLUSÃO

O trabalho teve como intuito principal demonstrar como a interpretação conforme, utilizada como técnica de controle de constitucionalidade, viola frontalmente o princípio da separação de poderes definida pelo texto constitucional.

Para tanto, foram estabelecidas as premissas básicas do princípio, demonstrando o entendimento pacífico na doutrina, em especial o valor estrutural para o Estado Democrático de Direito e a ausência de qualquer redefinição de seu papel. Destacamos ainda como a atuação do Tribunal Constitucional em violação à separação de poderes, mesmo que dotada de fins constitucionais, enfraquece a estrutura dos poderes constituídos, implicando ausência de responsabilidade do legislador perante a sociedade, tanto pelo exercício de suas funções, quanto pela qualidade das mesmas.

Em seguida, foram diferenciadas as decisões interpretativas, especificando o papel tanto da inconstitucionalidade parcial qualitativa, quanto da interpretação conforme à Constituição, para a seguir estabelecer os principais fundamentos e limites da última, quando da aplicação em controle de constitucionalidade.

Todos esses pontos foram necessários para preparar a discussão principal, onde demonstramos as várias facetas da decisão interpretativa de rejeição da inconstitucionalidade, as inúmeras possibilidades de burlar a função normativa do legislador a partir de decisão do Tribunal Constitucional, ao fraco argumento de que estaria em verdade confirmando e respeitando a decisão do Parlamento. Expomos que não haveria dever – nem poder – do tribunal de otimização da decisão legislativa, devendo o mesmo abster-se de utilizar a interpretação conforme com esse intuito e exercitar o devido *self-restraint*.

Especificada a violação, apresentamos proposta de solução para compatibilizar a interpretação e o princípio, man-

tendo incólumes os contornos da separação de poderes e privilegiando o papel da técnica de controle de constitucionalidade. A ideia é estimular a comunicação institucional, atribuindo ao tribunal, quando diante de norma plurissignificativa e caso de interpretação conforme à Constituição, a possibilidade de remeter o caso ao Parlamento, requerendo a manifestação quanto aos pontos controvertidos, em especial indicação de um sentido desejado.

Tal remessa não impediria que o legislador silenciasse ou até mesmo decidisse pela revogação da norma discutida, entretanto, em momento alguns esses fatos diminuiriam o papel do Tribunal Constitucional, que teria exercido suas funções dentro dos parâmetros constitucionais e recorrido ao poder legislativo para que o mesmo tomasse a decisão competente.



BIBLIOGRAFIA

- ANZON, Adele. La Corte Costituzionale e Il “Diritto Vivente”, in: Scritti su La Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, CEDAM, Padova, 1985, 1-19
- ANZON, Adele. Il Valore del precedente nel giudizio sulle leggi, Milano, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 6ª ed., Rio de Janeiro, 2004
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 81, 2005, p. 233-289

- BARROSO, Luís Roberto. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas, 7ª ed., Rio de Janeiro, 2003
- CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile, Vol. I, Milano, 1920
- CALVINO, Massimo. Interpretazione discorsiva del diritto, Milano, 2001.
- CALVINO, Massimo. L'intenzione del legislatore attuale come fundamento del diritto vivente, in: Esperienze di diritto vivente: la giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo, a cura di Massimo Calvino, Vol. I, Milano, 2009
- CANAS, Vitalino. Introdução à decisões de provimento do Tribunal Constitucional, 2ª ed., 1994
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes, in: A democracia e os três poderes no Brasil, Rio de Janeiro, 2002, p. 34-39
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Coimbra, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, Coimbra 1991.
- CRISAFULLI, Vezio. Le Sentenze “Interpretative” della Corte Costituzionale, in: Studi in memoria di Tullio Ascarelli, V, Milano, 1969, p. 2869-2894
- CRISAFULLI, Vezio. Giustizia Costituzionale e Potere Legislativo. Texto encaminhado pelo Secretário Geral da Corte Constitucional de Itália ao Ministério da Justiça de Portugal, em 22 de setembro de 1976. Disponível na Biblioteca da Procuradoria-Geral da República.
- DJORDJEVIC, Jovan. La Yougoslavie, Paris, 1967
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Porcessos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais, São Paulo, 1986.
- GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os

- órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLVI, nº 2, p. 955 a 1003.
- HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional, Madrid, 1983
- KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes, trad. Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes, in: Revista de Informação Legislativa, ano 27, nº 105, 1990, p.283-302
- LAVILLA, Landelino. Juridificacion del poder y equilibrio constitucional, in: Division de Poderes e Interpretacion: hacia una teoria de la praxis constitucional, ed. Antonio Lopez Pina, Madrid, 1987
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1976.
- MATOS, Andre Salgado de. A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade, Coimbra, 2004
- MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei, Lisboa, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normar no Brasil e na Alemanha, 4ª ed., São Paulo, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador (appellentscheidung) na prática da corte constitucional federal alemã, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 33, 1992, p. 265-304
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo II, 4ª ed., Coimbra, 2000
- MIRANDA, Jorge. Os problemas políticos Fundamentais e as formas de governo modernas. Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2004, p. 203-250

- MORAIS, Carlos Blanco de. Curso de Direito Constitucional: As Funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, 2012.
- MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, 2006.
- MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional, Tomo II, 2ª ed., Coimbra, 2011.
- NOVAIS, Jorge Reis. Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República, Lisboa, 1997.
- OTERO, Paulo. Direito Constitucional Português, Vol. II, Coimbra, 2010.
- PEGORARO, Lucio. La Corte e il Parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa, Padova, 1987
- PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo das suas origens e evolução, Lisboa, 1989.
- PIÇARRA, Nuno. O princípio da separação de poderes e os limites da competência do Parlamento face ao Governo na jurisprudência constitucional portuguesa, in: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. III, Coimbra, 2012, p. 33-60
- PIZZORUSSO, Alessandro. La Giurisprudenza della Corte Costituzionale Italiana sull'inammissibilità della questione incidentale di costituzionalità per mancata ricerca da parte del giudice "a quo" di un'interpretazione costituzionalmente conforme della legge sospettata d'inconstituzionalità, in: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. I, Coimbra, 2012, p. 97-106
- QUEIROZ, Cristina M. M. O princípio da interpretação conforme a constituição. Questões e perspectivas, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano VII, Especial, Porto, 2011.
- RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial, São Paulo, 2010.

- REVORIO, Francisco Javier Díaz. Valores Superiores e Interpretación Constitucional, Madrid, 1997
- REVORIO, Francisco Javier Díaz. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Valladolid, 2001.
- ROYO, Javier Perez. Tribunal Constitucional y Division de Poderes, Madrid, 1988
- SEGADO, Francisco Fernández. El Tribunal Constitucional Español como Legislador Positivo, in: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. I, Coimbra, 2012, p. 735-795
- SILVA, Virgílio Afonso da. A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme a constituição e o dogma da legislação negativa, in: O Direito, ano 138, I, Coimbra, 2006, p. 39-60
- SILVESTRI, Gaetano. Le Sentenze Normative della Corte Costituzionale, in: Scritti su La Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, Padova, 1985, p.755-794
- SORRENTI, Giusi. Il seguito “rovesciato”: le decisioni interpretative di rigetto e l'attività del legislatore, in: Corte Costituzionale e Parlamento, a cura di A. Ruggeri-G.Silvestri, Milano, 2000, p. 308
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2004.
- URBANO, Maria Benedita. Curso de Justiça Constitucional, Coimbra, 2012.
- URBANO, Maria Benedita. Interpretação conforme com a Constituição e activismo judicial: associação lógica ou activismo interpretativo?, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, VII especial, Porto, 2010, p. 411-418
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Manuale di Diritto Costituzionale, Torino, 1987
- ZAGREBELSKY, Gustavo. La giustizia costituzionale, Bologna, 1977

ZAGREBELSKY, Gustavo. La Dottrina del Diritto Vigente, in: Strumenti e Tecniche di Giudizio della Corte Costituzionale. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Trieste, 32, Milano, 1988, p. 97-123

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado, 3^a ed., Lisboa, 1997