

AS DECISÕES DE CONSTITUCIONALIDADE NO
DIREITO BRASILEIRO: ALGUMAS REFLEXÕES
HERMENÊUTICAS

*CONSTITUTIONALITY DECISIONS IN BRAZILIAN LAW
SYSTEM: SOME HERMENEUTICAL REFLECTIONS*

*Mauricio Martins Reis**

Resumo: O propósito deste artigo alcança problematizar a dogmática do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, especialmente após as recentes reformas no texto constitucional. Intenta-se demonstrar que a constitucionalidade é um juízo de predominância hermenêutica, vale dizer, cujas raízes repousam, a despeito da cultura de uma alegada objetividade constitucional, dita abstrata, em situações existenciais de experiência vivida ou perspectivada em conjecturas argumentativas indissociáveis do imaginário humano, tributário do mundo da vida.

Palavras-chave: Constituição. Controle de Constitucionalidade. Hermenêutica.

* Mestre e Doutor em Direito pela UNISINOS, Graduado em Direito e Filosofia pela UNISINOS, Doutorando em Filosofia pela PUCRS, Professor da UNISINOS, ESADE e IMED.

Abstract: The purpose of this article reaches the problems of the concentrated constitutional control in Brazil, especially after the recent modifications in the Constitutional text. Our purpose points to underline that constitutionality consists in a hermeneutical judgment, which bases, despite the juridical culture favorable to an abstract or objective issue of constitutionality, rests on existential facts, either lived or experienced in argumentative conjectures associated to the human imaginary, attached to our lives.

Keywords: Constitution. Control of Constitutionality. Hermeneutics

Introdução

A possibilidade de determinação semântica dos conceitos normativos não implica uma unívoca aplicação dos conteúdos ali previstos, porquanto é do vetor axiológico dos princípios constitucionais que se transmudam, através da fundamentação dotada de razoabilidade argumentativa, textos em direção às normas, ou, noutras palavras, decisões legais em decisões legítimas. A constitucionalidade, assim como a inconstitucionalidade, enquanto juízos formatados por uma justiça constitucional dita objetiva, por mais abstratos que sejam em sua cogitação teórica ou conceitual, não conseguem camuflar os eventuais (e muitas vezes inevitáveis) enlances interpretativos concretos derivados das correspondentes prolações.

A estratégia de proliferar os efeitos da tão reivindicada segurança jurídica em tempos de constitucionalismo contemporâneo não pode atrofiar o desenvolvimento da hermenêutica jurídica. Desprestigiar a justiça concreta – aquela decorrente da prática jurisprudencial sedimentada em razões relevantes de decidir (supondo-se elas em conformidade ao sistema constitucional positivo) – em homenagem às prévias e exclusivas exegeses da lei (e da Constituição) implica o ensejo de uma inconstitucionalidade, esta especificamente concreta e, pois, hermenêutica. A justiça concreta, pela

semelhança, uniformidade e tipologia de argumentos, pode ascender indutivamente rumo ao critério normativo geral, inclusive caro ao positivismo jurídico e seus desdobramentos diretos e indiretos; impossível é a inversa descendência, em que postulados vinculantes esmerados na mera abstração ou na base (supostamente) autêntica de tribunais supremos e legisladores jamais alcançam dedutivamente o problema existencial posto em causa.

A justiça constitucional, assim, merece cuidados redobrados, tanto quanto os desdobramentos de suas plúrimas formas de decisão. E mesmo aquelas supostamente dotadas de generalidade inconcussa, cuja repercussão endossaria única via de raciocínio, carecem de um olhar de soslaio. Não aquele olhar gratuito de desconfiança, mas aquele característico do indispensável zelo para discriminar hipóteses aparentemente idênticas, ou mesmo para uniformizar situações equivocadamente tachadas de diversas: substitua-se, destarte, o atavismo mecânico de pertencimento a ideologias pretéritas mais ou menos ortodoxas no cenário jurídico pelo ativismo jurisdicional, em que todos os atores do processo (e da sociedade civil) contribuem para o escrutínio de decisões justas e bem fundamentadas.

1. As relações entre constitucionalidade e inconstitucionalidade

O §2º do artigo 102, com a redação da Emenda n. 45, da Constituição Federal equipara os efeitos jurídicos de ações de constitucionalidade, ratificando anterior consideração por lei específica acerca da natureza ambivalente ou de sinal contrário verificável entre ambas.¹ Vale dizer, como corolário da adoção da ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda n. 3 de 1993, o sistema

1 Tal é o disposto no artigo 24 da lei 9.868/99: Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória. Desta forma, a hipótese inversa também pode ser invocada, quando a improcedência da ação declaratória de constitucionalidade importa na decretação de desconformidade do dispositivo debatido em relação ao texto constitucional.

jurídico brasileiro, em situação jurídica peculiar, simplesmente rechaçou a hipótese de decretação de não-inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a partir do instante em que a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade passou a implicar a decretação de constitucionalidade do dispositivo passível de fiscalização concentrada.² Até 1999, com a edição da Lei 9.868, a tratar do rito das ações de constitucionalidade em fiscalização concentrada perante o Supremo Tribunal Federal³, apenas havia a regulação destes efeitos no caso da decretação de constitucionalidade, pela fórmula contida no artigo 102, §2º, em sua redação inicial.⁴

Em realidade, a ausência de previsão para a declaração de inconstitucionalidade era inócua; por uma, porque a inconstitucionalidade, em sendo verificada no âmbito abstrato da fiscalização concentrada de constitucionalidade, já carregava o inerente porte de geral extensão e eficácia irradiante de caráter vinculador, pela írrita mácula a fazer expungir a norma combatida do ordenamento vigente. Ademais, em sendo equiparadas, as ações não poderiam ter destinos diversos; sendo assim, a inconstitucionalidade carregava, pela característica da inversão de efeitos pela improcedência da ação declaratória de constitucionalidade, iguais efeitos *erga omnes de caráter vinculante*.

Porém, a recente explicitação equiparadora entre as ações – ADIN e ADC – por força da Emenda Constitucional n. 45, já ressaltada antes, desde 1993, sucessivamente, pelos precedentes do STF e da Lei 9.868/99, possui importância por motivo diverso, qual seja,

-
- 2 Este entendimento foi adotado por ocasião do julgamento da primeira ação declaratória de constitucionalidade, quando em questão de ordem o STF legitimou os contornos deste novo instrumento, dando-lhe, no mesmo ano da Emenda n 3, em 1993, eficácia invertida em relação à ação direta de inconstitucionalidade (ADC-QO 1/1993, Relator Ministro Moreira Alves).
 - 3 Artigo 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.
 - 4 § 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. A nova redação, com a Emenda n. 45, ficou assim estabelecida: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

pelo fato de a nova redação do artigo 102, §2º revogar, senão desconstitucionalizar, as outras hipóteses suscetíveis da recepção do efeito vinculante, elencadas naquele diploma dos fins da década de noventa. Estas hipóteses consistem nas decisões interpretativas dos tribunais e dos juízes de primeira instância no julgamento em que se utilizam a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto, ambas previstas no artigo 28, parágrafo único, da lei em comento (9.868/99) e não mais adotadas no dispositivo constitucional alterado aqui referido.

Pergunta-se: desse silêncio se presume a desconsideração daquele anterior rol de decisões estipulado em lei ordinária? Por questões de ordem hermenêutica, entendemos que sim, até porque a ingerência de razões tecnicamente legislativas apenas robusteceu o argumento de uma impossibilidade mais abrangente, qual seja, interpretativa, a ponto de impossibilitar a vinculação judicativa de decisões positivas, de dação de sentido.

Este é o entendimento, ao qual entoamos coro, do Professor Lenio Streck, cujas linhas deduzem que:

o efeito vinculante e a eficácia contra todos em sede de ADC, ADI, na interpretação conforme e na nulidade parcial sem redução de texto já estava previsto em lei ordinária e somente parte dele foi aprovado na emenda constitucional (...). Ora, se o constituinte derivado optou por constitucionalizar apenas um aspecto da questão (ou das questões jurídicas), é porque para as demais ficou estabelecido que “não estavam à altura de serem alçadas ao patamar (status) de norma constitucional” ou, para usar a terminologia de Canotilho, a matéria não foi considerada “digna de ser constitucional (STRECK, 2005, p. 121).

A emenda, portanto, revogou a matéria prevista no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99 insuscetível de ser alçada ao texto constitucional por força do constituinte derivado, eis que deixou de ser compatível com o novo esquadro de possibilidades no trato do efeito geral vinculante. Decisão digna de vinculação, assim, é aquela oriunda do processo abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos perante o Supremo Tribunal Federal quando da decretação objetiva em sede das ações de constitucionalidade. E isto implica a própria decisão definitiva de mérito nos extremos do

objeto posto em causa, ou seja, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, tendo em vista a desconsideração, pela ausência de regulamentação na própria Emenda n. 45, da eficácia vinculante nas decisões interpretativas, outrora estabelecida pela lei ordinária agora despida de validade através desta ulterior incompatibilidade frente ao Texto Maior.

Da mesma forma que a Emenda n. 45 optou por constitucionalizar o efeito vinculante em sede de controle concentrado de constitucionalidade apenas nas hipóteses extremas do código binário de constitucionalidade e inconstitucionalidade, deixando de conferir guarida ao efeito vinculante nas decisões interpretativas mencionadas no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99, assim ocorreu com o desabono ao efeito dúplice ou invertido entre a ADIN e a ADC. O constituinte derivado apenas estendeu o efeito vinculante para as ações diretas de inconstitucionalidade, hipótese que já estava prevista na lei ordinária; ou seja, ao constitucionalizar determinada consequência jurídica tutelada por lei anterior, a emenda constitucional em apreço desautorizou as demais hipóteses legais por ela não ratificadas neste novo comprometimento constitucional. Desta feita, a improcedência de uma, a implicar as consequências jurídicas da procedência de outra, conforme enuncia o artigo 24 da Lei referida, resultou, nesta previsão de duplo efeito, abolida por sua ausência no texto constitucional. Além disso, a ação direta de inconstitucionalidade não guarda estrita equivalência procedimental nem similitude de objetos com a ação declaratória de constitucionalidade a ponto de ambas pretenderem uniformidade, eis que na petição inicial da ADC se reclama a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do dispositivo legal questionado.⁵

5 “O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa in abstracto, pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, ‘em proporções re-

A ação de constitucionalidade possui, em realidade, objetivos que destoam da lógica de compreensão da jurisdição constitucional. A finalidade genuína que dela se poderia esperar, qual seja, confirmar a presunção de constitucionalidade das leis, já era obtida diante da improcedência da histórica e reconhecida ação direta de inconstitucionalidade. Isto faz exaltar a morbidez hermenêutica de um instrumento criado com o fito de fixar os sentidos da norma jurídica atestada pelo Supremo Tribunal Federal. Nem se fale da já conhecida crítica desferida pelos estudiosos que entendiam ser a pronúncia de não-inconstitucionalidade uma decisão sem força de coisa julgada material, ante a futura suscetibilidade de a mesma lei ser fiscalizada pelo controle objetivo e, inclusive, ser julgada inconstitucional (STRECK, 2005, pp. 128-130). O cerne da criação da ADC remonta, entretanto, menos à salvaguarda abstrata do texto normativo, mas à petrificação interpretativa, ao paradigma da exclusiva vontade da lei, pela rasa subsunção de conformidade constitucional.

Senão vejamos: afirmar a constitucionalidade da lei acarreta, sob o pressuposto de existência das demandas abstratas, as quais não veiculam qualquer relação com o fenômeno da incidência, divorciadas, portanto, de qualquer aplicação aos suportes fáticos, eleger determinado significado como aderente ao enunciado ali formulado. Como a ação declaratória de constitucionalidade possui efeito vinculante, afirma-se que há razões suficientes para não mais questionar o preceito julgado conforme a Carta Maior; para além disso, embute-se no próprio julgamento, e esta é a essência de ser da própria ADC (ou dos motivos que a criaram), a interpretação tida por constitucional, de modo que o seu descumprimento importará em desobediência sujeita à interposição de reclamação perante o STF. Não se trata de apenas descumprir a declaração solene de

levantes, de dissídio judicial, cuja existência — precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta — faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.” (ADC 8-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-10-99, DJ de 4-4-03). De se mencionar, a propósito, que a reforma constitucional promoveu a simetria na legitimidade ativa para a propositura da ADC em relação à ADIN, conforme nova redação do *caput do artigo 103 da Constituição Federal*.

constitucionalidade afeta à lei, por exemplo, sujeitando-a novamente a fiscalizações objetivas posteriores, senão de deixar de acatar o sentido imposto àquele dispositivo por ocasião de sua análise, supostamente abstrata.

2. A abstração da constitucionalidade como uma (im)possibilidade hermenêutica

A hermenêutica filosófica, especificamente aqui, denuncia a impossibilidade da interpretação “em tese”, cujo escopo é camuflar sob a bandeira da constitucionalidade objetiva das normas jurídicas a vinculação subjacente de um certo sentido ou significado prático, a partir do qual se uniformizam as expectativas acerca da aplicação vindoura daquele preceito legal. Também por isso, a própria autonomia de uma ação de constitucionalidade esconde a limitação – necessária e indisponível – de uma decisão improcedente de inconstitucionalidade. Quando se decreta a constitucionalidade por uma rejeição do vício maior de inconstitucionalidade, atesta-se que a lei não é inconstitucional pelo motivo pretensamente alegado contra ela. Por conseguinte, esse fundamento não pode ser generalizado, a ponto de abranger todos os outros eventuais motivos hipoteticamente cogitados contra a norma jurídica questionada.

De se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a tese da causa de pedir ampla ou aberta nas ações abstratas de fiscalização de constitucionalidade. O problema maior afigura-se na decretação de constitucionalidade, ou seja, quando o dispositivo questionado remanesce no ordenamento jurídico, porque conforme o Texto Maior, em vista da improcedência das alegações – formuladas pelo requerente ou supostas pela Corte nesta generalização possível da causa de pedir –, quaisquer que sejam, contra ele dirigidas. A causa de pedir ampla ou aberta significa o reconhecimento de que o STF não se encontra vinculado à fundamentação jurídica do

pedido veiculado em sede de ADI. Assim, os fatos e fundamentos jurídicos contidos na petição inicial poderão não ser os únicos a serem contemplados em face da decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. Por conseguinte, poderá decretar a inconstitucionalidade de norma jurídica em virtude de contrariedade a outros preceitos da Constituição, diversos daqueles capitaneados na petição exordial.⁶

Citando referencial com forte em julgados do STF, leciona Teori Albino Zavascki que “a indicação específica, pelo demandante, do dispositivo constitucional que supõe violado não representa estratificação da causa de pedir, nem inibe a cognição do Supremo Tribunal Federal, que leva em conta o conjunto das normas constitucionais” (ZAVASCKI, 2001, p. 106).⁷ Prossegue o autor, dizendo ser a causa de pedir essencialmente aberta, à luz de todo o ordenamento constitucional. As conclusões retiradas desta doutrina as aproximam do patamar de identificação metafísica⁸, qual seja, a de

6 Esta interpretação de abrangente latitude da causa de pedir pelo STF nas ações de controle concentrado de constitucionalidade não exige o demandante de fundamentar as razões pelas quais concebe o ato normativo impugnado como inconstitucional: “É certo que o Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não suprime, à parte, o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se, ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, indicar as normas de referência - que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parâtricidade - em ordem a viabilizar, com apoio em argumentação consistente, a aferição da conformidade vertical dos atos normativos de menor hierarquia” (Relator Celso de Mello, ADIN 514/PI, DJ 31.03.2008, Informativo 499 STF).

7 Também por esse motivo, o autor defende que uma segunda ação de inconstitucionalidade, mesmo invocando dispositivo constitucional diferente da primeira ação (julgada conforme o texto constitucional), seria idêntica à primeira, já coberta pela coisa julgada (p. 107). Diversa é a posição de Teresa Arruda Wambier, segundo a qual a ação declaratória de constitucionalidade faz coisa julgada nos limites do pedido, o que significa que uma nova demanda objetiva poderá ser proposta com outro fundamento (O Dogma da Coisa Julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72).

8 A palavra metafísica vem utilizada em um sentido bastante específico e determinado nas lindes jurídicas, para efeito de identificar toda e qualquer postura tendente a esconder a diferença ontológica sob o manto da segurança jurídica, da igualdade e da isonomia, em apreço à legalidade reprodutora descompromissada com os valores e princípios da Constituição, sem aquiescer com o indispensável contato proveniente dos processos e das respectivas interpretações.

suprassumir interpretação única e autêntica para além da hipótese concreta de formulação mediadora. Veja-se, por exemplo, este julgado do STF sobre a causa de pedir ampla:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Estadual 12.223, de 03.01.05. Fundo partilhado de combate às desigualdades sociais e regionais do Estado do Rio Grande do Sul. Concessão de crédito fiscal presumido de ICMS correspondente ao montante destinado ao fundo pelas empresas contribuintes do referido tributo. Alegação de ofensa ao art. 155, § 2º, XII, g, da constituição federal. Inocorrência. Causa de pedir aberta. Art. 167, IV, da Carta Magna. Vinculação de receita proveniente da arrecadação de imposto a fundo específico⁹.

Típico exemplo desta posição é a tese esposada por Teori Albino Zavascki em julgamento do STJ acerca da inteligibilidade do artigo 741 do Código de Processo Civil. Este dispositivo, ao regular as situações de inexigibilidade de título judicial fundado em lei ou ato normativo, “declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição”, vem sofrendo uma série de temperamentos pela doutrina e jurisprudência no que compete ao conteúdo e à extensão da inconstitucionalidade. Pela própria redação do preceito,

9 ADI 3576/RS, Relator Ministra Ellen Gracie, DJ 02.02.07. De acordo com a Relatora, esta prática consiste em uma obrigatoriedade para os membros da Corte: “impelida pelo dever de verificar, em ação direta, a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não aqueles indicados na inicial (causa de pedir aberta)”. Eis outro exemplo desta característica típica da modalidade de controle abstrato: agravo regimental em recurso extraordinário. constitucional. tributário. cpmf. constitucionalidade. O Plenário desta colenda Corte, ao julgar a ADI 2.031, rejeitou todas as alegações de inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 75 do ADCT, introduzidos pela Emenda Constitucional 21/99. Isto porque as ações diretas de inconstitucionalidade possuem “causa petendi” aberta. É dizer: ao julgar improcedentes ações dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal afirma a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados (Precedente: RE 343.818, Relator Ministro Moreira Alves). Agravo regimental manifestamente infundado, ao qual se nega provimento. Condenação da parte agravante a pagar multa de cinco por cento sobre o valor da causa, a ser revertida em favor da agravada, nos termos do art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. (RE-AgR 431715 / MG, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 19/04/2005) Convém frisar que a causa de pedir aberta, em homenagem à natureza dúplice reconhecida pela doutrina e jurisprudência entre ADIN e ADC, incide, nesta interpretação bifronte, na declaração de constitucionalidade e de inconstitucionalidade (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1086).

na sua parte final, já fica bastante visível o acatamento legislativo e institucional da inconstitucionalidade concreta ou hermenêutica, aquela incidente no processo de aplicação do texto. O Ministro Zavascki, ao tecer suas considerações sobre o tema, anda bem ao discernir as ofensas textuais das interpretativas; porém, quando se debruça no tema da interpretação conforme, discorre sobre um efeito não necessariamente pretendido consoante o paradigma da hermenêutica filosófica.¹⁰ Este efeito, qual seja, o de repúdio às interpretações diversas não acatadas no exercício da interpretação conforme (em qualquer grau de jurisdição, mesmo o STF), é uma espécie de generalização petrificadora daquilo que foi decidido em dada situação, o que não implica serem estas as mesmas razões para todos os demais casos (efeito vinculante interpretativo).

Diz Zavascki:

À luz dessas considerações é que se tem como certo que a interpretação conforme a Constituição é também uma técnica de declaração de inconstitucionalidade: ao reconhecer a constitucionalidade de uma interpretação o que se faz é (a) afirmar a constitucionalidade de uma norma (a que é produzida por interpretação segundo a Constituição) e, ao mesmo tempo e como consequência, (b) declarar a inconstitucionalidade de outra, ou de outras normas (a que é produzida por interpretação diversa).¹¹

Conforme Lenio Streck, em lição tomada aqui como pressuposto inarredável da hermenêutica filosófica para o direito (e para a jurisdição constitucional), não há como se pretender vinculação positiva sem deixar que o caso nos acometa de sua diferença existencial, de sua peculiaridade capaz de distingui-lo dos demais casos até então propagadores daquela eficácia preponderante.¹²

Cabe salientar que o efeito vinculante alcançado na decretação de inconstitucionalidade não atinge o Poder Legislativo, tendo em vista a sua omissão nos marcos abrangentes contidos no artigo 102,

10 Coerentemente, diga-se de passagem, quando aplaude a tese da “causa de pedir ampla” pelo STF em sua obra *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

11 Recurso Especial n. 833.769/SC. Hipótese também ilustrada em seu artigo *Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais*. In *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

12 *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, mormente o capítulo 5.

§2º, do Texto Maior, os quais recaem relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas federativas (federal, estadual e municipal).¹³ Há de se dizer que o efeito vinculante nas decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma lei, conforme Streck, é decorrência lógica da própria mácula atribuída ao texto normativo, porque o preceito ora expungido não pode mais surtir efeitos (STRECK, 2005, pp. 128-130; STRECK, 2004, pp. 775-776). Mesmo assim, desta patente conclusão de que a lei inconstitucional não pode surtir efeitos, por ser uma não-lei, há de se temperar a automática cassação das sentenças já transitadas em julgado.¹⁴

Saliente-se que a decretação de inconstitucionalidade, por si só, acarreta eficácia retroativa, salvo por motivos fundamentados relativos à segurança jurídica ou ao excepcional interesse social, por votação qualificada concorde de pelo menos oito Ministros do STF, conforme enuncia o artigo 27 da Lei 9.868/99, hipótese em que se poderá autorizar eficácia prospectiva, programada ou mesmo condicional à determinada futura circunstância.¹⁵

13 “A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão.” (Rcl 2.617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23-2-05, DJ de 20-5-05)

14 “Na verdade, a tese da retroatividade em relação à coisa julgada esquece que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei – que pode ser negada por ser nula –, mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto” (MARINONI, Luiz Guilherme O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material). In *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 238).

15 “Controle concentrado de constitucionalidade — Procedência da pecha de inconstitucional — Efeito — Termo inicial — Regra x exceção. A ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório constitutivo negativo à data da integração da lei proclamada inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção a fixação de termo inicial distinto. Embargos declaratórios — Omissão — Fixação do termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade — Retroatividade total. Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência.” (ADI 2.728-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19-10-06, DJ de 5-10-07) Sobre o quorum qualificado de oito Ministros a respeito da concessão de efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, indaga-se sobre a possibilidade de os Ministros divergentes – aqueles que votaram a favor da constitucionalidade da lei questionada – participarem deste outra votação, acerca da eficácia temporal do julgado; entendemos que sim, porquanto a decisão anterior, sobre a inconstitucionalidade, já restou resolvida, tratando-se, agora, de uma nova questão a ser deliberada por todos os componentes da Corte.

Atualmente também se controverte sobre a admissibilidade desta tese, da eficácia *ex nunc na decretação de inconstitucionalidade, no âmbito do controle difuso*.¹⁶

3. O efeito vinculante na decretação de constitucionalidade: discriminantes necessárias

Contudo, a problemática do efeito vinculante nas decisões afirmativas de constitucionalidade ainda se mantém em termos de efetiva consequência. Como dito anteriormente, em virtude da não recepção do efeito dúplice na Emenda n. 45, a improcedência da ação de inconstitucionalidade restringe-se a uma não pronúncia, não correspondendo mais a uma declaração de constitucionalidade absoluta, sob todos os aspectos do texto constitucional. Porém, como a ação declaratória de constitucionalidade ainda vigora em nosso sistema jurídico – apesar do louvável questionamento a respeito de sua própria constitucionalidade –, torna-se premente considerar algumas implicações do que venha a ser o efeito vinculado atribuído ao resultado de sua procedência.

16 “Limitação de efeitos no sistema difuso. Embora a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999. Cuida-se aqui, tão-somente, de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. (...) ‘É preciso acrescentar que o Tribunal Constitucional deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral e eficácia retroativa e repristinatória, a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de interesse público de excepcional relevo’ (Medeiros, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 703/704). Na espécie, não parece haver dúvida de que o deferimento do efeito suspensivo justifica-se plenamente. A aplicação da decisão impugnada poderá criar quadro de grave insegurança jurídica. É certo, ademais, que, mantida a declaração de inconstitucionalidade, afigura-se plausível pedido manifestado no sentido de sua prolação com eficácia *ex nunc*. Concedo, portanto, o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, ad referendum do Pleno, até o final julgamento da questão.” (Pet 2.859-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 6-4-04, DJ de 16-4-04).

Uma coisa é dizer que a ação declaratória mitiga a extensão do controle difuso, considerado estrito senso, quando se inibe o incidente de inconstitucionalidade ulterior nas instâncias de aplicação do direito, pelo fato de se depreender, em caráter preliminar, que a norma jurídica é imprestável pela sua indelével mácula contrária ao Texto Maior. Outra, bem diversa, e aqui haverá de ser efetivamente depreendida, é fazer com que o julgamento de constitucionalidade evite a proliferação de relevantes divergências jurisprudenciais, de modo a uniformizar a jurisprudência. Ora, com esta última finalidade a ação de constitucionalidade congela o sentido da própria norma jurídica, fazendo impedir a sua interpretação, porque considera descumprimento ou recalcitrância, pela imposição de seu efeito vinculante, todo e qualquer contributo hermenêutico diverso daquele reverenciado pelo Supremo Tribunal Federal. Não nos assombra, portanto, que, conforme resultar o sentido conferido aos textos legais, ainda que em nome de sua compatibilidade constitucionalmente adequada (e esta é a razão de ser, por exemplo, da interpretação conforme), subentende-se nisto uma não-aplicação, porque o preceito normativo já resultou batizado com a designação preferida pela Suprema Corte.

Ora, o STF vem adotando teses refratárias ao inerente caráter constitutivo da interpretação jurídica, quando ela não se compadece com o mero esgotamento exegético da conformação abstrata dos textos normativos.¹⁷ Vejamos duas delas bastante sintomáticas deste apego normativista de equivalência entre o *ius* e a *lex*: a Corte Suprema brasileira não admite interpretação conforme de dispositivos que supostamente admitem um único significado, na esteira da abstenção hermenêutica diante dos textos inequívocos (*in claris cessat interpretatio*)¹⁸; ademais, o Supremo Tribunal presume declaratório

17 Pela inigualável e rica abordagem do assunto, por todos, CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. A realização do direito manifesta-se como algo para além da mera aplicação das leis, ao recuperar o concreto no bojo da mediação juridicamente decisória.

18 “Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme à Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente. Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível su-

de inconstitucionalidade o julgado que afasta a incidência da norma jurídica para aplicá-la consoante critérios diversos extraídos da própria Constituição.¹⁹

Não surpreende, em virtude desta inautêntica pré-compreensão em prol de sentidos herméticos fechados, e não hermenêuticamente abertos, o cancelamento da Súmula n. 400 pela Corte Suprema, quando o STF resolveu chancelar posição no sentido de que, em se tratando de preceito constitucional, não se haverá de atender à interpretação razoável, mas juridicamente correta.²⁰ Ora, diante da imersão interpretativa das leis na Constituição, através do manejo contemporâneo dos princípios em uma responsável articulação argumentativa, em se levando em conta dita premissa, todas as normas jurídicas receberão dada carga axiológica, aquela tida como correta, em detrimento de outras tantas possibilidades hermenêuticas do sistema. Estribadas estas premissas, para o paradigma hoje reinante, toda a ação de constitucionalidade julgada procedente cristaliza a própria interpretação daquela norma tida por consentânea ao Texto Maior, já que o seu descumprimento, diante de alguma ressalva interpretativa, ainda que em nome de um princípio constitucional devidamente valorado diante da incidência de postulado normativo

primir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar 'para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal', técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade 'sem redução do texto' em decorrência de este permitir 'interpretação conforme à Constituição.'" (ADI 1.344-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 18-12-95, *DJ de 19-4-96*).

- 19 "I. Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): viola o dispositivo constitucional o acórdão proferido por órgão fracionário, que declara a inconstitucionalidade de lei, sem que haja declaração anterior proferida por órgão especial ou plenário. II. Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição." (RE-AgR 411481 / RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 09.02.2007). Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu editar no dia 18 de junho de 2008 a décima Súmula Vinculante da Corte. Ela impede que órgãos fracionários que não têm a maioria absoluta dos integrantes de um tribunal afastem a incidência, total ou em parte, de lei ou ato normativo do Poder Público. Isso é vedado mesmo que a decisão do órgão fracionário não declare a inconstitucionalidade da norma, mas somente afaste a sua incidência em um caso concreto.
- 20 Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 145680-0, DJ 30.04.93, Relator Ministro Celso de Mello.

aplicativo – como a razoabilidade, por exemplo –, acarreta a não aplicação da norma jurídica, o que a inquina de inconstitucionalidade, a consubstanciar ato de insubordinação, objeto de reclamação ao STF, frente ao efeito vinculante da decretação de constitucionalidade no âmbito de fiscalização abstrata.

Felizmente, há posições que guarnecem a diferença ontológica entre texto e norma, entre dispositivo e interpretação, ou seja, entre o preceito semanticamente considerado na finita e abstrata composição gramatical da literalidade e as pragmáticas razões interpretativas que lhe capacitam outras possibilidades de sentido. No caso da decretação de constitucionalidade através da fiscalização objetiva pela jurisdição constitucional, pela sua imposição positiva no sistema jurídico, fazendo preservar a norma inquinada no âmbito da aplicação do direito, confundiu-se o plano do questionamento da legitimidade da própria norma jurídica com o prisma de sua concretização, sendo esta apenas infensa ao resultado vinculante da procedência em sede de controle concentrado. Como enuncia Luis Roberto Barroso, “é perfeitamente possível que uma norma tida por constitucional em ação direta ajuizada para esse fim não deva ser aplicada a determinada situação concreta submetida à apreciação judicial” (BARROSO, 2004, p. 190). Outra posição peculiar é a de Carlos Ayres Britto, jurista membro do Supremo Tribunal Federal, responsável por indagar acerca da sanidade jurídica da ação declaratória de constitucionalidade; mesmo acatando a posição majoritária da Corte brasileira no que tange à legitimidade desta demanda objetiva, o autor bem ressalta os limites (corretos) estabelecidos para esta decretação abstrata, ao dispor do inatacável apreço interpretativo que resulta de outra esfera, a da aplicação, digna de ser atacada por outra instância recursiva.²¹

Há de se dizer que a atuação do Supremo Tribunal Federal numa instância positiva, para além da tradicional competência de legislador negativo ínsita ao pensamento de Hans Kelsen acerca

21 ADC-MC 12, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 01.09.2006. Para o Relator, no controle abstrato de normas, o que se incumbe é aferir a constitucionalidade dos atos normativos, “não esmiuçar cada qual das suas teóricas possibilidades de incidência, menos ainda os particularizados efeitos de sua aplicação em concreto”.

da jurisdição constitucional, insinua-se projetiva quanto a determinações interpretativas no catálogo de possíveis decisões no âmbito do controle de constitucionalidade. Isto faz valer tanto o manejo da interpretação conforme, de modo a propiciar sentido de ato normativo infraconstitucional consentâneo ao texto da Constituição no bojo do critério abstrato (objetivo) colimado pelo legislador – instância de proporcionalidade²² – quanto à adequação concretizadora para a resolução dos conflitos, por incidência da aplicação jurisdicional, quando no mais das vezes se utilizam os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica, por ocasião dos quais não se consegue, em última ordem, ultrapassar os estritos limites da literalidade dos dispositivos legais.

4. Apontamentos finais: para que a interpretação possa ficar com a última palavra

É bom que se diga, ao propósito dos limites da jurisdição no ato de interpretar o direito, que a competência do Poder Judiciário no tocante aos juízos negativos de exclusão por inconstitucionalidade é suscetível de controvérsia, na medida em que se eventual supressão de critérios ou destinatários afetar a prognose de consequências autorizada pelo parlamento, tem-se a indesejável usurpação por via de atuação positiva pelos tribunais e juízes. Neste sentido, Humberto Ávila bem defende a viabilidade de três situações nas quais a competência do órgão judicial, se bem que

22 Eis julgamento do Pretório Excelso pertinente ao tema em comento: “A proporcionalidade como postulado básico de contenção dos excessos do poder público. O ‘*due process of law*’ em sua dimensão substantiva (cf, art. 5º, inciso LIV). Doutrina. Precedentes. A questão das antinomias (aparentes e reais). Critérios de superação. Interpretação ab-rogante. Excepcionalidade. Utilização, sempre que possível, pelo Poder Judiciário, da interpretação corretiva, ainda que desta resulte pequena modificação no texto da lei. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar deferida” (HC 92.525/RJ, Relator Min. Celso de Mello, DJ 03.04.2008, Informativo n. 500).

estritamente negativa do ponto de vista formal, avaliza alguma repercussão manifesta (concreta) de ação para além de sua previsão normativa capitaneada pelo legislador. A primeira hipótese dá-se quando o juízo negativo analisa os efeitos prospectivos da lei ou considera as alternativas que deveriam ter sido cogitadas pelo Poder Legislativo, em benefício da realização da igualdade na aplicação da lei. O segundo exemplo de legitimidade ocorre quando a decisão judicial provoca efeitos positivos, nada obstante a decretação formal de um juízo de nulidade ou exclusão, principalmente em casos nos quais a lei estabelece privilégios para uma pessoa ou grupo em relação a outros que se encontram no mesmo patamar fático. Finalmente, o terceiro exemplo para autorizar outra potencialidade de um juízo negativo da jurisdição consiste na construção de significados pela concretização do padrão normativo, por meio do raciocínio por analogia, aqui entendido, também o exercício da interpretação conforme à Constituição (ÁVILA, 2008, pp. 180-182).

Todavia, Ávila cogita de uma quarta hipótese em que a competência do Poder Judiciário esbarra nos severos limites da decisão negativa: trata-se da proibição de modificar “sentidos mínimos, predetermináveis a partir dos dispositivos legais, estabelecendo critérios e soluções opostos aos critérios e soluções constantes da lei” (ÁVILA, 2008, p. 183). Desta feita, prossegue o autor, não se poderia contrariar o teor literal e o objetivo inequívoco da lei. Embora a sistematização seja digna de se adotar no esquadro teórico das relações entre norma e texto, ou entre Poder Judiciário e Legislativo, não se consegue admitir a vedação da interpretação conforme com base no método gramatical e teleológico da interpretação, a uma pela inexistência de um fundamento inconcusso de onde se pode legitimar o sentido autêntico dos preceitos legais, a duas pela indissociabilidade hermenêutica do terceiro e do quarto modelo ora apresentado, tendo em vista que toda a interpretação é aplicação, cuja legitimidade esbarra não na prévia formatação das fontes de

direito, senão na existência comprovada (fundamentada) de razões capazes de sufragar entendimento diverso ou concretizável daquele esposado no teor normativo, seja este claro ou equívoco.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais* (A questão da relativização da coisa julgada material). In *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVASCKI, Teori. *Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais*. In *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

Recebido em: outubro 2011

Aprovado em: novembro 2011