

ALINE VITALIS

**A INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL E A POSSIBILIDADE DE
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

CURITIBA

2002

ALINE VITALIS

**A INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL E A POSSIBILIDADE DE
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Monografia apresentada por Aline Vitalis, matrícula nº 982590-8, 5º ano noturno, junto ao Núcleo de Monografias do Curso de Direito da UFPR, como requisito parcial para a conclusão do curso de graduação e obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Alvacir Alfredo Nicz

CURITIBA

2002

TERMO DE APROVAÇÃO

ALINE VITALIS

A INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Elizeu de Moraes Correa
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Profª. Vera Karam de Chueiri
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 7 de novembro de 2002.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	7
II. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	9
II.1. A historicidade do conteúdo da Constituição: a mutação constitucional	11
II.2. A normatividade dos princípios constitucionais	14
II.2.1. O princípio da constitucionalidade	16
II.2.2. O princípio da unidade normativa	17
II.2.3. O princípio da interpretação conforme a Constituição	18
III. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEU PAPEL NA MANUTENÇÃO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	21
III.1. Espécies de controle de constitucionalidade	24
III.1.1. O controle difuso ou concreto de constitucionalidade das leis	26
III.1.2. O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade das leis	27
III.2. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade	28
IV. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL <i>versus</i> INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL: DISTINÇÕES E POSSIBILIDADES	31
IV.1. Interpretação e aplicação das normas constitucionais	31
IV.1.1. A interpretação e aplicação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional	35
IV.1.2. A aplicação do princípio da proporcionalidade e a necessidade de ponderação na interpretação dos direitos fundamentais	39
IV.2. Hipóteses de interpretação inconstitucional	41
IV.2.1. Interpretação isolada de dispositivo constitucional, desconsiderando a sistematicidade e a unidade da Constituição – o exemplo da ‘justa indenização’	44
IV.2.2. Interpretações judiciais contrárias às indicadas pelo STF no uso da competência de interpretar e aplicar a Constituição	45
IV.2.3. A interpretação inconstitucional como fundamento para recurso constitucional no Direito Comparado	47

V. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS MEDIANTE A IDENTIFICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL	50
V.1. A submissão dos poderes do Estado e dos atos deles promanados à Constituição	50
V.2. O controle de constitucionalidade de interpretações e decisões judiciais	53
V.3. Mecanismos de controle de constitucionalidade da interpretação e decisão judicial inconstitucional	58
V.3.1. Os instrumentos processuais previstos na legislação	58
V.3.2. Da coisa julgada inconstitucional	61
VI. CONCLUSÕES	67
VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

RESUMO

O tema objeto de estudo mostra-se relevante e instigante, sobretudo, se considerada a supremacia da Constituição como corolário do moderno Estado Democrático de Direito. Indiscutivelmente, a mencionada superioridade no ordenamento jurídico é efetuada mediante o controle de constitucionalidade, tradicionalmente estudado tão somente sob a perspectiva de controle de constitucionalidade das leis. Afirma-se, todavia, a possibilidade de referido controle ser exercido também sobre a interpretação emanada do Poder Judiciário, sujeitando esse Poder, tal qual os demais, aos limites impingidos no texto constitucional. Assim, o trabalho desenvolvido principia-se pela análise dos fundamentos da supremacia da Constituição no Ordenamento Jurídico, abrangendo o controle de constitucionalidade e o seu papel na manutenção da mencionada supremacia. Por fim, reconhece-se a possibilidade e a ocorrência de interpretações inconstitucionais advindas do próprio Poder Judiciário, dadas as dificuldades e nuances interpretativas dos ditames constitucionais, o que se verifica, exemplificativamente, quando da interpretação, ponderação e concretização dos direitos humanos. Diante de tal constatação, utiliza-se a interpretação inconstitucional como exemplo de situação em que se torna recomendável e necessário o controle de constitucionalidade das decisões judiciais, visando, principalmente, à manutenção da unidade do sistema jurídico, a partir do respeito à Constituição. Dentre os mecanismos passíveis de serem utilizados com a finalidade de controle da constitucionalidade, faz-se referência a institutos processuais, destacando-se, nesse âmbito, o reconhecimento da coisa julgada inconstitucional.

I. INTRODUÇÃO

Em qualquer ordenamento jurídico, a Constituição configura a Lei Maior, o referencial ético e valorativo reconhecido por toda uma nação. Ressalta-se que a totalidade dos demais instrumentos normativos deve estar de acordo e em conformidade com o texto constitucional, visando à preservação do próprio sistema regulatório e do modelo de Estado, definidos a partir do poder constituinte em dado momento histórico.

As diretrizes e princípios traçados pela Constituição constituem os marcos teóricos e interpretativos a balizarem a conformação do Estado de Direito. Depreende-se daí a importância exercida pela interpretação, primeiro das próprias normas constitucionais, depois das regras infralegais que preenchem o cabedal normativo de uma sociedade.

Concomitantemente ao fascínio exercido pelo tema da interpretação na dogmática constitucional contemporânea, tem-se a necessidade de real compreensão dos mecanismos de aplicação das normas constitucionais, com as conseqüências jurídicas daí advindas. O inter-relacionamento entre interpretação e aplicação de normas, destarte, é evidente.

O vínculo existente entre a interpretação, enquanto um mecanismo necessário e insubstituível à aplicação da norma, genérica e abstrata, ao caso concreto, e o controle de constitucionalidade, essencial para a conservação da supremacia e incolumidade da Constituição, está nos parâmetros interpretativos e principiológicos consagrados no texto constitucional, aos quais deve se sujeitar a totalidade dos instrumentos e atos normativos. As próprias decisões judiciais, promanadas no exercício da aplicação do direito ao caso concreto devem estar pautadas pelas diretrizes constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade.

Admitindo-se o dever de obediência aos preceitos e limites, inclusive os de cunho interpretativo, constantes da Constituição, reconhece-se, *a contrario sensu*, a possibilidade de que tal obediência incorra ou seja incompleta, o que acarretaria a

inconstitucionalidade na interpretação. Desta forma, a interpretação realizada, na hipótese suscitada, seria inconstitucional, em decorrência de um controle de constitucionalidade não formal.

A estrutura do presente trabalho revela-se segregada em capítulos necessários para a compreensão do fenômeno da interpretação inconstitucional. De início, enfoca-se a supremacia da Constituição nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, com as conseqüências daí advindas. Após, é feita a menção ao controle de constitucionalidade como um dos principais mecanismos jurídicos para a manutenção da referida supremacia constitucional, destacando-se as espécies de controle adotadas pelo direito brasileiro, bem como a submissão de todos os poderes estatais aos ditames da Constituição.

Posteriormente, a partir da análise das dificuldades e da complexidade de que se reveste a interpretação constitucional, justifica-se a existência, ao menos no plano da possibilidade, de uma interpretação que se revele destoante do texto maior, estando eivada, portanto, do vício de inconstitucionalidade, e em razão disto, sujeita ao controle de constitucionalidade.

II. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Ao se admitir nos sistemas constitucionais hodiernos a supremacia do texto constitucional, é preciso ressaltar, de início, a origem histórica do constitucionalismo a partir das denominadas revoluções burguesas do século XVIII. O constitucionalismo liberal dos séculos XVIII-XIX, diferentemente do atual, não considerava a Constituição como fundamento ou critério de validade das leis¹.

Hoje, pode-se definir a Constituição como um complexo normativo ao qual deve ser assinalada a função da verdadeira lei superior do Estado, que todos os seus órgãos vincula². A Constituição é dotada de características particulares de cunho ético-jurídico e que expressam a vontade soberana de uma Nação³.

JORGE MIRANDA⁴ a conceitua como o elemento conformado e conformador da sociedade a que se dirige, sendo resultado e fator de integração política. Para ele, a Constituição reflete a formação, a cultura, a geografia e as condições econômicas de um povo e, simultaneamente, imprime-lhe caráter, funciona como princípio de organização, é conjunto de normas diretamente aplicáveis.

A supremacia da Constituição no ordenamento jurídico confere ao seu conteúdo uma superioridade e imutabilidade relativa, ensejando, respectivamente, o controle de constitucionalidade, afastando do ordenamento jurídico as disposições normativas com ela confrontantes e a previsão de procedimentos especiais através dos quais se permite a modificação do texto constitucional. Tais procedimentos devem

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p. 318.

² CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. p.43.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FÁRIA, Juliana Cordeiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.) *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 130.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 56.

respeitar as cláusulas pétreas, concebidas como limites materiais ao poder de reforma, aduzidas no artigo 60, § 4º da Constituição Federal⁵.

É inegável que a Constituição corresponde, na expressão utilizada por CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁶, à norma de garantia de si própria, motivo por que prevê e regula os institutos da fiscalização da constitucionalidade e os limites da revisão do texto constitucional, mediante o exercício do poder constituinte derivado ou de revisão.

RUDOLF SMEND⁷, na obra *Constitución y Derecho Constitucional* apregoa que:

Para la doctrina dominante la Constitución es, ante todo, una ordenación de la formación de la voluntad de un grupo social y de la situación jurídica de sus miembros; la Constitución de un Estado comprende, pues, las normas jurídicas que regulan los órganos supremos del Estado, su formación, competencia y relaciones mutuas, así como el status básico en el que se encuentra el individuo frente al Estado. La Constitución dota al Estado de órganos que le facultan para querer y para actuar, dándole a través de ellos una personalidad jurídica. A esta concepción, característica del positivismo y del formalismo jurídico, se opone otra concepción que considera a la Constitución como la ‘ley’ (no necesariamente jurídica) que regula y ordena la vida política de un Estado. La definición más radical en este sentido es la de Lassale, para quien la verdadera Constitución de un país no son más que las relaciones fácticas de poder reinante en él y no el ‘pedazo de papel’ que representa la Constitución escrita.

Admitindo-se, destarte, a supremacia da Constituição, têm-se como conseqüências os aspectos seguintes: (a) a totalidade das normas infraconstitucionais

⁵ Art.60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I. A forma federativa de Estado; II. O voto secreto, direto, universal e periódico; III. A separação de Poderes; IV. Os direitos e garantias individuais.

A limitação consubstanciada nesse parágrafo da Constituição, associada à impossibilidade de se alterar tal regra ou o procedimento exigido pela Constituição para a sua alteração, constituem as denominadas cláusulas pétreas, imodificáveis, e como tais, limitativas de eventual manifestação do Poder Reformador (Poder Constituído) sob a forma de emenda.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. P. 42.

⁷ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 129-130 apud DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição – Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*, p. 15-16.

deve ser interpretada no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme à Constituição); (b) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais; (c) salvo quando não exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se diretamente⁸.

II.1. A HISTORICIDADE DO CONTEÚDO DA CONSTITUIÇÃO: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Admitindo-se a modificação das Constituições em decorrência das alterações dos valores e conteúdo que consagra, é reconhecida a historicidade intrínseca ao Estatuto Maior, conformando os interesses maiores dos cidadãos em um local e tempo determinados.

Neste sentido, aduz JORGE XIFRA HERAS⁹ que:

Para captar el alcance jurídico-positivo de la Constitución es necesario comprender el derecho como una manifestación normativa de la vida social, de toda la vida social, orientado hacia la realización, nunca lograda del todo, de la justicia. No se trata ni de un ordenamiento aséptico ni parcial, sino de un producto histórico con un gran dosis de sentido político, susceptible de afectar a todas las facetas de la vida social del hombre.

CANOTILHO¹⁰ destaca:

Sendo os preceitos constitucionais modos de ordenação de uma realidade presente mas com dimensão prospectiva (isto é: dirigida ao futuro) e inserindo-se numa pluralidade de quadros de referência, onde o direito político e a política se relacionam, a eles se exige abertura, flexibilidade, extensão ou indeterminabilidade, de modo a possibilitar uma conformação compatível com a natureza da direção política e uma adaptação concreta do programa constitucional.

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. p. 46.

⁹ HERAS, Jorge Xifra. *La Constitución como Norma y como Ley*. In: Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, ^a 20, n^o 80, out/dez 1983, p. 55.

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1033 e seguintes.

Percebe-se, destarte, que a Constituição detém como característica básica a proposição de ser uma estrutura normativa básica da sociedade com eficácia abrangente e duradoura. É a abertura da Constituição que permite a mutação constitucional, evitando o processo constituinte, originário e derivado, permanente, com resultados políticos e jurídicos nem sempre seguros, previsíveis e desejáveis para a vida social¹¹. É importante ressaltar que a força normativa da Constituição não se mostra incompatível com a sua historicidade e mutabilidade. Ao contrário, conforme afirmam CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹², é justamente a sua rigidez total, bem como a sua impassibilidade perante as transformações sociais, que poderia significar a morte da própria Constituição.

Na clássica obra *A força normativa da Constituição*, KONRAD HESSE¹³ reconhece a necessidade de interpretação da Constituição em conformidade com as relações fáticas presentes no exato momento do ato interpretativo, admitindo, destarte, a possibilidade de alteração do conteúdo e significado das disposições constitucionais:

Se o direito, e sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudança na interpretação da Constituição.

O mesmo autor preleciona que uma mudança das relações fáticas pode provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, segundo ele, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte,

¹¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. p. 83

¹² CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. p. 46.

¹³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.22.

o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito¹⁴.

CANOTILHO¹⁵ também reconhece limites para a mutação ou transição constitucionais. Afirma que uma Constituição pode admitir transições constitucionais que representem modificação no sentido de algumas normas, provocado pela evolução da realidade constitucional, desde que não contrariem os princípios estruturais da Constituição.

Assim, é a mutabilidade constitucional a característica que possibilita à Constituição almejar a perenidade, mantendo-se atual e condizente com os valores e interesses maiores da sociedade em cada época histórica. Se tal não ocorresse, a força normativa da Constituição esvairia rapidamente com o decurso de tempo, pois estaria destoante dos anseios, valores e interesses maiores dos cidadãos, culminando na freqüente sucessão de textos constitucionais.

Observa CANOTILHO¹⁶:

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a atualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

¹⁴ HESSE, Konrad. *Op.cit.* p. 23.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. apud BUECHELE, Paulo Arminio. *Op.cit.* p. 111.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. p. 235, apud BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. p. 105.

A modificação do conteúdo dos dispositivos constitucionais, em razão de ato interpretativo, é descrita por LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁷ como interpretação evolutiva, que consiste em um processo informal de reforma do texto da Constituição, mediante o qual atribuem-se novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais não presentes quando da elaboração da Constituição. Logicamente, essa modalidade interpretativa é limitada pelos princípios fundamentais do sistema, bem como pelo caráter não absoluto da abertura da linguagem constitucional.

Para apreender a importância da mutação constitucional, deve-se destacar, como o faz CELSO RIBEIRO BASTOS¹⁸, que a interpretação, neste caso, cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica, visando a atender às mudanças operadas na sociedade.

II.2. A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais informam as diretrizes de todo o ordenamento jurídico, tendo por destinatários os legisladores, bem como os intérpretes das regras infraconstitucionais, que devem interpretá-las de maneira tal a priorizar a máxima conformidade com o texto constitucional, garantindo, assim, a sua unidade.

Nos dizeres de ROBERT ALEXY¹⁹, *los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas*. Contrariamente, as regras propriamente ditas contêm determinações em caráter definitivo. Depreende-se daí serem justamente os princípios

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 145.

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. p. 54.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 98-99.

constitucionais e os valores encerrados no texto maior os elementos que propiciam a mutabilidade e possibilidade de adequação da Constituição a novas realidades apresentadas. Os princípios, como afirma ALEXY²⁰, são os mandados de otimização em relação às possibilidades jurídicas e fáticas.

Pode-se definir princípios como sendo núcleos de condensação nos quais confluem bens e valores constitucionais, isto é, são expressão do ordenamento constitucional e não fórmulas apriorísticas contrapostas às normas²¹. FÁBIO KONDER COMPARATO²² observa que os princípios são também normas jurídicas, mas de natureza logicamente anterior e superior às normas não principais, as quais lhe são, por isso, subordinadas²³.

A natureza normativa dos princípios constitucionais é evidente, todavia, há distinções entre essas normas e as regras propriamente ditas. CANOTILHO²⁴ estabelece os seguintes critérios distintivos de princípio e regra: (a) o grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; (b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (legislador, juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; (c) caráter de fundamentalidade nos sistemas das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito); (d) proximidade da idéia de

²⁰ ALEXY, Robert. Op.cit. p. 112.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. p. 49.

²² COMPARATO, Fábio Konder. *Eficácia Constitucional*. In: Revista de Direito Público. São Paulo, RT, n° 98, p. 46-49.

²³ Logicamente, a subordinação aqui mencionada decorre da precedência lógica dos princípios em relação às demais regras estabelecidas no texto constitucional, não se referindo a uma hierarquia entre as normas, o que seria inadmissível em se tratando de Constituição.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P.1144-1145.

direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; (e) natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas. desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Com relação à definição de princípio e a sua importância no ordenamento jurídico, é imperioso ressaltar a já clássica afirmação de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²⁵:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico... Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...”

Os princípios a seguir destacados o foram por se relacionarem diretamente com a problemática da interpretação e supremacia da Constituição, sendo imprescindíveis para a compreensão do presente estudo.

II.2.1. O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE

O princípio da constitucionalidade, extraído do sistema constitucional, condiciona a validade das leis e dos demais atos de Estado à conformidade com a

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. p. 230, apud BARROSO, Luís Roberto. Op.cit. p. 151.

Constituição. Cumpre destacar que a Teoria da Supralegalidade da Constituição²⁶ funda-se materialmente no fato de não existir nenhum preceito normativo que lhe seja superior, e formalmente, na não elaboração de nenhuma norma sem o atendimento dos requisitos fixados no texto maior.

GAVARA DE CARA afirma que “*el principio de constitucionalidad como exigencia de conformidad material com la Constitución de los actos de los poderes públicos presupone una fundamentación jurídico-constitucional de dichos actos a través de límites negativos y de directivas positivas*”²⁷.

VICENTE RÁO²⁸, na obra *O Direito e a vida dos direitos*, aduz a subordinação dos atos executivos e judiciais às disposições substanciais e formais da Constituição, nos termos seguintes: o princípio da Constitucionalidade exige a conformidade de todas as normas e atos inferiores, leis, decretos, regulamentos, atos administrativos e **atos judiciais**, às disposições substanciais ou formais da Constituição. Essa exigência se funda no pressuposto basilar do Estado de Direito, qual seja, a supremacia da Constituição, enquanto mandamento fundamental da ordem jurídica vigente.

É, portanto, o princípio da constitucionalidade o fundamento para a garantia jurídica da Constituição, pois a partir dele é determinada a sanção para o seu desrespeito: a inconstitucionalidade do ato, ensejando a sua invalidade no mundo jurídico.

II.2.2. O PRINCÍPIO DA UNIDADE NORMATIVA

²⁶ DANTAS, Ivo. Op.cit. p. 63.

²⁷ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 316.

²⁸ RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, vol. I, 1952, p. 347.

Depreende-se deste princípio o caráter unitário do texto constitucional, ou seja, para a compreensão e aplicação do texto constitucional é preciso uma leitura e interpretação sistemática, em decorrência da unidade normativa que lhe é característica. Vê-se, portanto, ser a interpretação sistemática essencial para a absorção do conteúdo do texto constitucional, vez que um preceito constitucional não deve ser isoladamente considerado, ao contrário, a interpretação deve abranger a totalidade de conteúdo da Constituição.

Constatada eventual contradição ou discordância entre preceitos, princípios e normas constitucionais, o intérprete deverá se valer de instrumentos hermenêuticos adequados a possibilitarem a manutenção da unidade e coerência da Constituição²⁹.

A definição de HESSE em relação a esse princípio revela-se muito esclarecedora: todas as normas constitucionais hão de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio, diz, é a que se encontre em consonância com as decisões básicas das Constituições e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais³⁰.

II.2.3. O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

É possível a constatação de que uma norma infraconstitucional detenha mais de um sentido, um dos quais apto a violar a Constituição. Nestas situações, a lei só será declarada inconstitucional se nenhuma das interpretações possíveis da norma

²⁹ Diante de eventual contradição ou colisão de direitos, o que é comumente constatado no tocante aos direitos fundamentais, quando da análise do caso concreto, faz-se imprescindível a utilização do princípio da proporcionalidade, visando ao equilíbrio dos valores tutelados constitucionalmente. Essa matéria será tratada com mais profundidade no transcurso da monografia.

³⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. de Pedro C. Villalón. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983, apud BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. p. 99.

evitar esse resultado. À preferência pela interpretação que não contrarie as disposições constitucionais dá-se o nome de interpretação conforme a Constituição.

CANOTILHO³¹ apregoa que:

No caso de normas polissêmicas ou pluri-significativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas contra legem impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais.

A interpretação conforme a Constituição distingue-se da interpretação orientada à Constituição, representando uma metodologia própria recepcionada pela jurisprudência brasileira de controle de constitucionalidade das normas. Segundo essa metodologia, conforme destaca FLÁVIA ALMEIDA VIVEIROS DE CASTRO³², uma lei não será declarada nula, por inconstitucional, quando for possível realizar sua interpretação em consonância com a Constituição. Tal forma de entendimento da norma não existe apenas onde a lei simplesmente permite uma interpretação compatível com a Constituição, mas também tem lugar quando um conteúdo ambíguo ou indeterminado da disposição legal é precisado a partir do conteúdo da Lei Maior.

PAULO BONAVIDES esclarece que uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da

³¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P. 1099-1100.

³² CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação Constitucional e Prestação Jurisdicional*. p.80.

inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, prossegue o autor, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada conforme a Constituição, será, portanto, considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição³³.

Consiste a interpretação conforme a Constituição na aplicação de uma regra de interpretação, ensejando a fiscalização de constitucionalidade, o que se justifica em razão do princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos³⁴. Para JORGE MIRANDA³⁵:

A interpretação conforme a Constituição não consiste 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, conquanto 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.

Deve-se destacar, como visto, que a interpretação conforme a Constituição não se revela mero preceito hermenêutico, mas também um mecanismo de controle da constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal³⁶. Tal princípio enseja a afirmação da compatibilidade de uma lei com a Constituição, com exclusão expressa de outras possibilidades interpretativas, reputadas inconstitucionais.

³³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 474.

³⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p. 233.

³⁵ Idem. *Ibidem*. p. 233.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit.* p. 186.

III. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEU PAPEL NA MANUTENÇÃO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

O constitucionalismo liberal dos séculos XVIII-XIX não possuía clara consciência da necessidade de garantia constitucional para a própria eficácia da Constituição por três razões principais: (a) acreditava-se numa espécie de harmonia política e na força, ao mesmo tempo obrigatória e dissuasória das Constituições escritas; (b) a Constituição não era considerada rigorosamente como fundamento ou como critério de validade das leis; (c) a lei era entendida como razão, e não como vontade³⁷. No século XX, prossegue JORGE MIRANDA³⁸, não só se perde o otimismo liberal acerca da Constituição e se adquire a convicção de que ela só poderá servir de garantia – dos direitos de pessoas ou da ordem social e política – se for ela mesma garantida.

Destacam CANOTILHO E VITAL MOREIRA³⁹ que a fiscalização da constitucionalidade desenvolveu-se com a necessidade de dar garantia aos direitos e liberdades fundamentais, não apenas perante o Governo e a Administração, mas também perante o próprio parlamento. Mais adiante, afirmam os mencionados autores que, ao mesmo tempo em que houve um reforço da concepção da Constituição como norma, enfraqueceu-se o dogma tradicional da infalibilidade da lei, como representação da vontade geral. Assim, a juridificação da Constituição e a relativização da lei fundamentam a idéia de fiscalização ou controle da constitucionalidade. Essa passagem bem demonstra as origens e os fundamentos históricos para a instituição do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

³⁷ MIRANDA, Jorge. Op.cit. p. 318.

³⁸ MIRANDA, Jorge. Op.cit. p. 319.

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. p. 237.

Para IVO DANTAS⁴⁰, o controle de constitucionalidade – do qual resultam a Declaração de Inconstitucionalidade e a Declaração de Constitucionalidade – representa um dos pilares fundamentais na defesa do *valor da Constituição* e, em consequência, do denominado Estado de Direito.

É preciso destacar a fundamentação do controle de constitucionalidade em dois pressupostos teóricos fundamentais⁴¹: a) a Constituição é oriunda do Poder Constituinte, nela estando inseridos os valores supremos consagrados pela sociedade, em razão desse fato, estatui-se a possibilidade de modificação do seu texto tão somente por procedimentos especiais, previstos pela própria Constituição; b) o caráter de supralegalidade da Constituição acarreta a exigência da totalidade das normas estarem em conformidade com o texto constitucional, o que se depreende da própria sistemática do ordenamento jurídico.

Os grandes pressupostos da fiscalização da constitucionalidade das leis e dos demais atos jurídico-políticos revelam-se, primeiro, na existência de uma Constituição em sentido formal, e, em segundo lugar, na consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos com a vontade de instituir meios adequados. Logicamente, como bem assevera JORGE MIRANDA⁴², há a produção de inconstitucionalidades em relação a Constituições materiais e flexíveis, entretanto, não existem condições para o estabelecimento de uma fiscalização, advindo daí a exigência de uma Constituição formal e rígida para que se torne possível a aplicação efetiva de um sistema de controle de constitucionalidade.

⁴⁰ DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição – Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8-9.

⁴¹ DANTAS, Ivo. *Op.cit.* p.9.

⁴² MIRANDA, Jorge. *A Justiça Constitucional – uma visão panorâmica*. Apresentação no 3º Encontro Nacional de Direito Nacional, realizado em São Paulo, 23/24 de setembro de 1994, apud DANTAS, Ivo. *Op. Cit.* p. 23.

RAUL MACHADO HORTA⁴³, em tese intitulada *O Controle da Constitucionalidade das Leis no Regime Parlamentar*, defende com muita propriedade que:

A idéia de controle de constitucionalidade decorre de duas exigências elementares. A primeira implícita no reconhecimento de que não basta a simples superioridade teórica de uma Lei Fundamental. A segunda, reclamando, como consequência da anterior, a existência de uma sanção, para restabelecer a hierarquia desfeita na ruptura entre lei ordinária e lei constitucional.

O controle de constitucionalidade das leis é, portanto, uma consequência lógica do princípio da supremacia da Constituição, que envolve a distinção entre matéria constitucional e matéria ordinária. A supremacia da Constituição é pedra angular de toda a estrutura do direito político moderno, e é a causa mais lógica e necessária da denominada ‘rigidez constitucional’, do que propriamente a maior ou menor dificuldade para a alteração do texto das Constituições. Consiste ela no reconhecimento de uma nítida e imprescindível superioridade das normas constitucionais em relação a todos os demais textos integrantes de uma ordem jurídica⁴⁴.

CELSO BARBI⁴⁵ assim observa, justificando a existência do instituto do controle de constitucionalidade: se a Constituição é lei fundamental, de categoria mais alta, e a ela deve subordinar-se o legislador ordinário, não se pode admitir validade de lei ordinária contrária à Constituição. Se o fizéssemos, estaríamos admitindo a reforma da Constituição fora do procedimento estabelecido para isto, e negando a supremacia constitucional.

⁴³ HORTA, Raul Machado. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Regime Parlamentar (Tese)*. Belo Horizonte, 1953, p. 11-12, apud DANTAS, Ivo. Op.cit. p. 10.

⁴⁴ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do Controle da Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal*. São Paulo: Ed. RT, 1992, p.13.

⁴⁵ BARBI, Celso Agrícola. *Ação Declaratória Principal e Incidente*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 177.

LUÍS ROBERTO BARROSO⁴⁶ irretocavelmente relaciona a supremacia da Constituição com o ato interpretativo e os mecanismos de controle de constitucionalidade, na seguinte passagem:

A superioridade jurídica, a superlegalidade, a supremacia da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. É ela que confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravier seu sentido. Essa supremacia se afirma mediante os diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade.

A fiscalização da constitucionalidade, diz CANOTILHO⁴⁷, é tanto uma garantia de observância da Constituição, assegurando a atuação da Constituição e reagindo à sua violação, como uma garantia preventiva, evitando a existência de atos do Estado violadores, formal ou substancialmente, dos preceitos constitucionais. A primeira forma encontra expressão nos institutos da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (atuação da Constituição) e da fiscalização da inconstitucionalidade por ação (reação à violação da Constituição); a segunda, no controle preventivo da constitucionalidade.

III.I. ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Dentre as espécies de controle de constitucionalidade⁴⁸, infere-se considerar a existência, em alguns países⁴⁹, de órgãos de natureza política, constituídos

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op.cit. p. 107.

⁴⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. p. 236.

⁴⁸ Identifica CANOTILHO (*Fundamentos da Constituição*, p. 240-241), referindo-se a Portugal, a existência de quatro formas de fiscalização da constitucionalidade: (a) fiscalização preventiva da inconstitucionalidade por ação; (b) fiscalização sucessiva abstrata da inconstitucionalidade por ação; (c) fiscalização sucessiva concreta da inconstitucionalidade por ação; (d) fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

especialmente para a finalidade de declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Essa tendência é observada em razão da dificuldade de controle das leis, pelo fato de serem estas oriundas de um poder que representa a soberania do povo e que, por isto mesmo, segundo alguns, não deveria ter os seus atos julgados por um outro poder (no caso, o Judiciário)⁵⁰. De qualquer forma, historicamente, a competência para o exercício do controle de constitucionalidade tem sido outorgada a instâncias independentes de natureza judicial, seja aos tribunais comuns (sistema americano), seja a um tribunal especializado, um tribunal constitucional (sistema austríaco).

Como bem destaca IVO DANTAS⁵¹, o denominado controle político não se resume àquelas hipóteses de verificação de constitucionalidade por órgão externo aos três clássicos poderes do Estado, devendo ser lembrado, neste sentido, e como forma preventiva de seu exercício, aquela que antecede à votação da lei pelo Parlamento, quase sempre confiado às Comissões Técnicas do próprio Legislativo. Ressalta, mais adiante, o *controle a posteriori*, exercido pelo Poder Executivo no instante de sanção e promulgação da Lei, que também representa um controle político.

Há ainda a previsão de controle preventivo da constitucionalidade, verificado antes da entrada em vigor da norma no lapso temporal entre a votação definitiva do projeto de lei pelo Poder Legislativo e sua promulgação ou sanção pelo Poder Executivo, ou ainda, entre a promulgação da lei e sua efetiva publicação no jornal oficial. A fiscalização preventiva, segundo CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁵², desempenha duas funções bem distintas: por uma lado, impedir a entrada em vigor de normas presumivelmente inconstitucionais, evitando assim a produção de efeitos; por outro lado, afastar ou diminuir as reservas que tenham sido levantadas ou que

⁴⁹ O modelo francês consagra o controle político de constitucionalidade das leis, realizado pelo *Conseil Constitutionnel*.

⁵⁰ DANTAS, Ivo. Op.cit. p. 42.

⁵¹ DANTAS, Ivo. Op.cit. p. 52.

⁵² CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. p. 241.

presumivelmente viriam a ser levantadas quanto à constitucionalidade do diploma e que poderiam enfraquecer a sua legitimidade e, até, a sua eficácia.

No tocante à inconstitucionalidade por omissão, assevera-se ter o caráter negativo, ou seja, a inconstitucionalidade é verificada pela não atuação do Poder Constituído competente em legislar, inviabilizando, assim, a efetivação de norma constitucional de eficácia não plena.

GERMAN J. BIDART CAMPOS, no livro *La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*, citado por IVO DANTAS⁵³, afirma acerca da inconstitucionalidade por omissão:

Asi como normalmente se acusa la inconstitucionalidad cuando se transgrede la constitución porque se hace algo que ella prohíbe, hay que rescatar la noción importantísima de que también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer. Esta omisión es inconstitucional, y a la figura la llamamos inconstitucionalidad por omisión.

É preciso destacar, como faz TEORI ALBINO ZAVASCKI⁵⁴, que qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele estará sujeito a controle pelo Poder Judiciário. A atuação desse Poder do Estado na interpretação e aplicação da Constituição constitui a denominada jurisdição constitucional, que compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais referentes à salvaguarda e efetividade das normas constitucionais.

III.1.1. O CONTROLE DIFUSO OU CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

O controle difuso de constitucionalidade das leis é exercido pelo magistrado que aprecia a situação concreta apresentada. Constatada a inconstitucionalidade da lei,

⁵³ DANTAS, Ivo. Op.cit. p. 69.

⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. p.14.

esta tem sua aplicação afastada naquele caso concreto, porém permanece em vigor no ordenamento jurídico. Deve-se ressaltar que o efeito da decisão judicial sobre a constitucionalidade no controle difuso, dá-se tão somente *inter partes*.

A permanência em vigor de uma disposição normativa considerada inconstitucional, concomitantemente ao tratamento diferenciado concedido à parte que ingressa em juízo, questionando a inconstitucionalidade da norma, ensejam as grandes críticas a esse sistema: a insegurança jurídica e a desigualdade proporcionada.

Talvez a problemática maior esteja efetivamente na insegurança jurídica e na plethora de demandas, com julgamento diferenciado pelo Poder Judiciário, precipuamente se considerada a agressão ao texto constitucional⁵⁵.

III.1.2. O CONTROLE CONCENTRADO OU ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

O controle concentrado de constitucionalidade é o predominante em diversos Estados Europeus, sendo realizado pelos denominados Tribunais Constitucionais, cuja função única consiste em resguardar a integridade do texto constitucional.

Apesar das particularidades apresentadas pelos ordenamentos jurídicos, há algumas características comuns ao sistema concentrado de controle da constitucionalidade, dentre as quais se destacam: (a) criação de um órgão singular – Tribunal Constitucional, distinto dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; (b) natureza jurisdicional de atuação; (c) método distinto de escolha dos membros em relação aos demais tribunais, havendo a participação de outros poderes do Estado; (d)

⁵⁵ Deve-se destacar, neste aspecto, a previsão expressa da Constituição, no seu artigo 52, X, de interferência do Poder Legislativo através do Senado Federal, a quem compete, privativamente, *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*, nas demandas em que se questiona incidentalmente a constitucionalidade das leis, detendo, em princípio, a decisão do STF eficácia *inter partes*.

limitação temporal da permanência dos membros na Corte, inexistindo a vitaliciedade⁵⁶.

JORGE MIRANDA⁵⁷ assevera que contra a fiscalização concentrada alegam-se o perigo de um exagerado poder do órgão fiscalizador ou a sua vulnerabilidade às pressões vindas dos órgãos com poder efetivo no Estado; a rigidez do funcionamento do sistema; os riscos de cristalização jurisprudencial.

Diferentemente do controle difuso, o controle abstrato (em tese) de constitucionalidade tem por finalidade precípua o resguardo da ordem constitucional como um todo, e não propriamente a tutela de situações jurídicas individuais, atribuída ao controle difuso, por isso mesmo exercido diante do caso concreto.

III.2. O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é exercido, no Brasil, pelo Poder Judiciário, a quem compete, conforme atribuição constitucional, tanto a realização do controle difuso quanto abstrato.

Atribui-se ao Supremo Tribunal Federal uma série de funções diretamente relacionadas com a jurisdição constitucional: (a) no âmbito da competência originária, as ações de controle de constitucionalidade da atuação legislativa (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental; e (b) na competência recursal, o recurso extraordinário, cabível quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a

⁵⁶ Em livro intitulado *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal* (Ed. RT, 1992, p.18), apregoa NELSON NERY JUNIOR que a “ilegitimidade do STF como Corte Constitucional está na nomeação vitalícia dos ministros (deveria haver mandato por prazo determinado) e no fato de que os Poderes Judiciário e Legislativo não participam eficazmente da escolha de seus membros, como seria correto (o Senado apenas aprova ou rejeita o nome proposto pelo Presidente da República). O Executivo, portanto, é o único dos três poderes que pode indicar e nomear juiz integrante do tribunal constitucional federal brasileiro”.

⁵⁷ MIRANDA, Jorge. Op.cit. p. 325.

inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato normativo de governo local contestado em face da Constituição⁵⁸.

Conforme destaca ALFREDO BUZAID, na obra *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*:

O poder de declarar a inconstitucionalidade compete, no sistema do direito público brasileiro, privativamente ao Judiciário. Exerce-o não apenas o tribunal de segundo grau, ou o Supremo Tribunal Federal; qualquer juiz, quando deve resolver os litígios submetidos ao seu conhecimento, pode decretá-la porque é da índole de sua função, ao dizer o direito em cada caso concreto, deixar de aplicar a lei, que contraria, direta ou indiretamente, a Constituição.

Nota-se que o controle de constitucionalidade é também previsto no sistema brasileiro de forma difusa, propiciando a todos os juízes, diante do caso concreto sob julgamento, a não aplicação de uma lei por eles considerada inconstitucional. Essa espécie de controle representa⁵⁹ um significativo marco de afirmação da autonomia do Poder Judiciário.

TEORI ALBINO ZAVASCKI⁶⁰ destaca duas formas básicas de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de preceitos normativos decorrentes da ação legislativa. São elas: (a) no julgamento do caso concreto, em que, para tutelar direito subjetivo específico, se nega aplicação a normas consideradas inconstitucionais (*controle incidental e difuso*); (b) no julgamento da ação direta com tal finalidade, em que para tutelar a própria Constituição, se declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de determinado preceito normativo (*controle abstrato e concentrado*). São também duas as formas de controle de inconstitucionalidade por omissão: (a) por mandado de injunção, remédio destinado a tutelar direitos subjetivos, que será concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o

⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit. p. 15.

⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit. p. 19.

⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit. p. 17.

exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (CF, art. 5º, LXXI); e (b) por ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mecanismo de controle abstrato, cuja procedência resultará em cientificação “ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (CF, art. 103, § 2º)⁶¹.

⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit. p. 17.

IV. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL *versus* INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL: DISTINÇÕES E POSSIBILIDADES

IV.1. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Define-se interpretação como uma atividade cognoscitiva que visa a precisar o significado e o alcance das disposições jurídicas, possibilitando-lhes uma correta aplicação⁶². Para BARROSO⁶³, é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A aplicação, por sua vez, corresponde ao momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato⁶⁴.

É preciso distinguir, de início, o objeto da interpretação de seu produto. Adotar-se-á a classificação enunciada por CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁶⁵, que designa por disposição ou preceito o simples enunciado de um texto normativo; a norma, por sua vez, corresponderia ao significado jurídico-normativo do enunciado lingüístico, ou seja, o preceito é o objeto da interpretação. e a norma, o produto.

Essa distinção mostra-se extremamente interessante pela importância que confere à atuação do intérprete, pois somente a partir do ato interpretativo será obtido e conhecido o conteúdo normativo do preceito. O preceito, por si só, nada representa no mundo jurídico. Evidencia-se, aqui, a necessidade de interpretação das leis e atos normativos para averiguar a respectiva constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Há casos em que a inconstitucionalidade mostra-se flagrante, porém, podem também

⁶² CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 33.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 103.

⁶⁴ Idem. *Ibidem*. p. 103.

⁶⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. p. 47.

ocorrer situações nas quais a lei, se interpretada sob perspectiva diversa, mostrar-se-ia plenamente constitucional⁶⁶.

Para LUÍS ROBERTO BARROSO⁶⁷, o objeto da interpretação constitucional é a determinação dos significados das normas que integram a Constituição formal e material do Estado, podendo se dar sob duas modalidades. A primeira implica a aplicação direta da norma constitucional para reger uma situação jurídica, o que ocorre, exemplificativamente, na aposentadoria de um funcionário e reconhecimento de imunidade tributária. A segunda possibilidade de interpretação da Constituição ocorre sob a forma de controle de constitucionalidade, em que se verifica a compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição.

Dentre as peculiaridades das normas constitucionais indicadas por LUÍS ROBERTO BARROSO⁶⁸, insta ressaltar, dada a direta relação com o tema abordado, a natureza da linguagem constitucional, voltada à veiculação de normas principiológicas. Esse fato acarreta a maior abertura, o maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica, propiciando ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade⁶⁹.

Por outro lado, as Constituições democráticas contemporâneas impõem ao legislador infraconstitucional tarefas de desenvolvimento de estruturas normativas que possibilitem a máxima efetividade possível das normas constitucionais e a harmonização dos direitos e bens que por elas são protegidos⁷⁰.

⁶⁶ Indubitavelmente, a interpretação conforme a Constituição deveria ser sempre a utilizada, porém, por vezes, tem-se a prevalência de interpretação distinta, ou seja, inconstitucional, que será adiante analisada.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op.cit. p. 106.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op.cit. p. 107. As normas constitucionais, para o autor, apresentam quatro peculiaridades essenciais: (a) a superioridade hierárquica; (b) a natureza da linguagem; (c) o conteúdo específico; (d) o caráter político.

⁶⁹ “*Conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade*”. (BARROSO, Luís Roberto. Op.cit. p. 107).

⁷⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p 39.

Comumente, diante do caso concreto, faz-se necessária a referência a princípios, elementos de imprescindível observância durante o ato interpretativo. A Constituição, repleta de princípios, exige para a interpretação e obtenção do real sentido da própria regra constitucional a vinculação aos vetores normativos principiológicos, que também devem ser observados quando da interpretação de leis e demais atos normativos infraconstitucionais.

Como bem destaca MICHEL TEMER⁷¹, a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os *princípios* que foram valorizados pelo constituinte. Essa perspectiva é ratificada por LUÍS ROBERTO BARROSO⁷², segundo o qual o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

Insta ressaltar que a “ação mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E assim, o sentido exato dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente⁷³”. A relevância teórica e prática que se atribui à interpretação constitucional tem como uma das causas

⁷¹ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 23.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.149.

⁷³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t.II. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 226-227.

principais a consolidação da supremacia e centralidade da Constituição no âmbito da ordem jurídica como um todo⁷⁴.

HECTOR FIX ZAMUDIO, no estudo *Algunos Aspectos de la Interpretación constitucional em el ordenamiento Mexicano*, citado por IVO DANTAS⁷⁵, doutrina que:

A interpretação dos dispositivos constitucionais requer por parte do intérprete ou aplicador particular sensibilidade, que permite captar a essência, penetrar na profundidade e compreender a orientação das disposições fundamentais, tendo em conta as condições sociais, econômicas e políticas existentes no momento em que se pretende chegar ao sentido dos preceitos supremos. Conclui que a diferença entre a interpretação jurídica ordinária e a constitucional deriva da natureza específica destas normas. Apesar de participar das regras de toda interpretação jurídica, possui aspectos particulares que lhe conferem autonomia, tanto dogmática, como prática.

A interpretação constitucional apresenta como ponto nodal a normatividade dos princípios constitucionalmente estabelecidos. A existência de princípios fundamentais, como afirma IVO DANTAS⁷⁶, tem por principal consequência a determinação da diretriz a ser seguida na interpretação de toda e qualquer norma constitucional. Poderia se afirmar, indo mais além, a exigência de que a totalidade das regras e leis vigentes no ordenamento jurídico, incluindo-se, aqui, a própria interpretação dessas regras, estejam em conformidade com o texto constitucional, inclusive com os princípios expressos ou implícitos, detentores de normatividade.

Não se pode olvidar, no tocante à interpretação da Constituição, da relevância dos direitos fundamentais nela consagrados. Como bem afirma RAUL MACHADO HORTA⁷⁷, referindo-se à precedência conferida aos Princípios

⁷⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 77.

⁷⁵ DANTAS, Ivo. Op.cit. p. 56-57.

⁷⁶ DANTAS, Ivo. Op.cit. p. 107.

⁷⁷ HORTA, Raul Machado. *Estrutura, Natureza e Expansividade das Normas Constitucionais*. In: Revista da Faculdade de Direito, UFMG, v. 33, n° 33, 1991, p. 24-25.

Fundamentais da República Federativa e à enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais:

É evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-las em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais e dos Direitos e Garantias Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador.

IV.1.1. A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL

Afirma JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE⁷⁸ que as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais não contêm uma regulamentação completa ou perfeita. A regulamentação constitucional é aqui quase sempre incompleta e fragmentária, porque é principalmente constituída por afirmações de princípio mais ou menos abstratas, por diretiva que fixam fins. Mais adiante⁷⁹, assevera o mencionado autor estabelecerem as normas constitucionais os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que hão de serem concretizados problemáticamente no momento de sua aplicação.

Em decorrência da abertura e amplidão desses princípios, o preenchimento conceitual dá-se pelo intérprete no momento da resolução de um caso concreto, tendo em vista a mutabilidade constitucional característica. Tanto a concretização do sentido dos conceitos normativos, como a harmonização de preceitos concorrentes e aparentemente conflitivos no caso concreto exigem o recurso a considerações

⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 119.

⁷⁹ Idem. Ibidem, p. 120.

políticas, sociológicas e históricas, e dados culturais⁸⁰. Assim, a atividade criadora e integrativa do intérprete/aplicador do texto constitucional, a partir de princípios e da realidade histórico-social, mostra-se imprescindível para a extração da força normativa do preceito.

É sabido que os direitos fundamentais não se revelam absolutos ou ilimitados. Ao contrário, na dimensão subjetiva, nota-se que não é atribuído ao titular a definição do conteúdo e do grau de satisfação do respectivo interesse, fato justificável pela necessidade de assegurar aos demais o gozo de idênticos direitos. Além disso, os valores constitucionais que os direitos fundamentais encerram são aferíveis a partir da integração aos valores comunitários, ou seja, limitam-se às exigências da própria sociedade⁸¹, até porque estão intimamente ligados às alterações históricas⁸².

Dentre as limitações⁸³ perceptíveis no ordenamento jurídico no tocante aos direitos fundamentais, concebidos como tais em decorrência da tutela constitucional, é preciso destacar a questão dos limites imanentes, definidos como fronteiras estatuídas pela própria Constituição que os consagra, no sentido de limites máximos de conteúdo, estabelecidos em razão da especificidade dos bens tutelados pela previsão de direitos fundamentais. Alguns desses limites podem estar expressos no sistema constitucional. Outros, no entanto, só são determináveis pela via interpretativa, em decorrência de

⁸⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op.cit. p. 122.

⁸¹ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. P. 213-214.

⁸² Neste aspecto de vinculação do conteúdo de direitos fundamentais ao momento histórico em que se realiza a análise frente ao caso concreto, é possível citar o exemplo do direito de propriedade, tido como absoluto e inviolável no final do século XVIII, e hoje limitado, no direito brasileiro, pela função social da propriedade.

⁸³ A respeito da limitação dos direitos humanos, é importante destacar as afirmações de VIEIRA DE ANDRADE, Op.cit., p. 214: “*Um*s vezes, a limitação do direito atinge o seu próprio âmbito de proteção constitucional, de tal maneira que exclui em termos absolutos certas formas ou modos do seu exercício – fala-se então de limites imanentes. Outras vezes, a limitação resulta dos compromissos naturais entre valores constitucionais que concorrem directamente em determinados tipos de situações e que, nessas circunstâncias, reciprocamente se limitam - estamos perante as colisões de direitos ou conflitos em sentido estrito. Noutros casos, ainda, a limitação resulta de uma intervenção normativa dos poderes públicos para salvaguarda de valores constitucionais – esta intervenção é reservada ao poder legislativo e, por isso, põe-se aqui o problema das leis restritivas de direitos fundamentais”.

estarem implícitos no sistema constitucional. São os denominados limites imanes implícitos.

A teoria dos limites imanes revela-se útil como uma construção dogmática para justificar restrições legislativas a direitos fundamentais instituídos sem reserva de lei, distinguindo-se tais limites da colisão concreta de direitos fundamentais⁸⁴. STEINMETZ⁸⁵, após enfatizar a vinculação da teoria dos limites imanes à possibilidade de o legislador infraconstitucional restringir direitos fundamentais instituídos sem reserva de lei, questiona se no âmbito das decisões judiciais se poderia invocar a noção de limites imanes para definir uma determinada situação de conflito de direitos fundamentais e fundamentar a restrição ou limitação de um direito fundamental em prol da realização de outro. Conclui afirmando que a restrição judicial a direitos fundamentais, na hipótese de conflito real e presente, exigindo-se a prevalência de um direito fundamental em relação ao outro, é legítima se operada mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, na prolação da decisão pelo órgão julgador. Nesta situação, não se aplicaria a teoria dos limites imanes, mas sim a da colisão de direitos fundamentais.

Constatada a colisão de direitos fundamentais ou princípios constitucionais, identificada diante de situação em que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta⁸⁶, deve ocorrer, diante do caso concreto, a interpretação mediante o sopesamento ou ponderação racional dos valores envolvidos,

⁸⁴ Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. Op.cit. p. 61.

⁸⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. Op.cit. p. 60.

⁸⁶ Definição contida na obra de VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op.cit. p. 220, a partir do questionamento sobre o mecanismo de solução do conflito entre bens no caso concreto, quando ambos se apresentam efetivamente protegidos como fundamentais. Deve-se ressaltar, inclusive, que estas “situações de colisão e de conflito são hoje freqüentes ou até normais, em face do alargamento do âmbito e da intensidade de proteção dos direitos fundamentais. Por um lado, as liberdades tornam-se complexas e multicéfalas, apresentando-se com novas facetas, designadamente nos planos econômico, educacional e da comunicação; por outro lado, a susceptibilidade de colisão é maior numa sociedade a viver em espaços limitados. (...) Os espaços de conflito estão, na maior parte dos casos, regulamentados por normas ordinárias, o que levanta a questão da fronteira entre os conflitos de direitos propriamente ditos e as restrições de direitos”.

de forma tal a não sacrificar totalmente nenhum dos direitos invocados. Se tal ocorresse, estar-se-ia admitindo uma hierarquia de bens tutelados constitucionalmente estabelecida pela própria Constituição, o que não se revela viável nem logicamente admissível. Assim, exige-se o atendimento à proteção constitucional dos diferentes direitos ou valores, buscando-se a solução sem olvidar a unidade da Constituição, ou seja, a partir da harmonização da melhor forma possível dos preceitos divergentes. Aplica-se, destarte, o princípio da concordância prática⁸⁷, que consiste em um método e um processo de legitimação das soluções a partir da imposição da ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, através de um critério de proporcionalidade, visando à preservação da Constituição.

Propõe-se, com fundamento em ALEXY⁸⁸, a ponderação entre os direitos humanos e valores, dado o caráter de princípio da normas jusfundamentais. Tal procedimento, entretanto, não conduz a uma única solução, exigindo-se uma adequada fundamentação jurídica quando da prestação jurisdicional.

No campo dos direitos fundamentais, como destacam CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁸⁹, a regra da interpretação conforme à Constituição quer dizer interpretação mais favorável aos direitos fundamentais, ou seja, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, lhe dê maior proteção, amplie mais o seu âmbito, o satisfação em maior grau.

A grande questão é se a esfera normativa do preceito em causa inclui ou não uma certa situação ou modo de exercício, ou seja, uma delimitação ao intérprete da extensão protetiva da norma. Tal análise só poderá ser empreendida diante do caso concreto, podendo-se afirmar que se houver ameaça a outro direito

⁸⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op.cit. p. 222.

⁸⁸ ALEXY, Robert. Op.cit. p. 525.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. p. 143.

constitucionalmente assegurado ou à ordem pública e moralidade social, não estarão tais hipóteses respaldadas na norma constitucional.

Essa dificuldade de interpretação de conceitos indeterminados, constatada, exemplificativamente, a partir do limiar das limitações aos direitos fundamentais⁹⁰, é capaz de ensejar, diante do caso concreto, a valoração errônea dos preceitos e princípios constitucionais, culminando, então, na chamada interpretação inconstitucional, objeto de estudo do presente trabalho.

IV.1.2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina constitucional⁹¹ enfatiza a necessidade de verificação da adequação de eventuais restrições a direitos previstos na Constituição, incluindo os direitos fundamentais, ao princípio da proporcionalidade, ou seja, deve ser considerada a adequação dos meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.

A questão do conflito de direitos ou de valores depende, pois, de um juízo de ponderação, no qual se procura, em face de situações, formas ou modos de exercício específicos (especiais) dos direitos, encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais (à ordem constitucional). É, nessa medida, uma

⁹⁰ A descrição contida na obra de VIEIRA DE ANDRADE, Op.cit., p. 223, é muito útil para ilustrar esta dificuldade interpretativa: “*deve configurar-se em cada direito fundamental um núcleo essencial de proteção máxima, que inclui as situações ou modos primários típicos de exercício dos direitos (e que julgamos corresponder ao conteúdo essencial do direito, no plano axiológico-normativo) e depois, afastando-se do centro, espaços de proteção progressivamente menos intensa, à medida que os modos são mais atípicos ou as situações mais específicas, até o limite máximo, que é definido pelos limites imanentes*”.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. P. 43.

atividade simultaneamente de interpretação e de restrição – de interpretação restritiva -, mas que parece dever, tal como a concretização dos limites imanentes, integrar-se na competência interpretativa do juiz e, em geral, dos aplicadores da Constituição⁹².

A análise sob a ótica do controle de constitucionalidade permite afirmar, como o faz VIEIRA DE ANDRADE⁹³, que o juiz e as demais entidades fiscalizadoras da constitucionalidade poderão não aplicar ou declarar nulas as normas legais que os infrinjam, designadamente as que violem o conteúdo essencial de um preceito constitucional. Todavia, o controle da proporcionalidade propriamente dita já pode levantar inúmeras dúvidas, porque coloca questões na medida em que a diversidade de opiniões é inevitável. Assim, conclui o jurista⁹⁴, o juiz e demais entidades de controle só poderão considerar inconstitucionais as normas que constituam manifesta violação ao princípio da proporcionalidade, visando à garantia de uma repartição equilibrada e racional dos poderes constitucionais, precipuamente se considerado o legislador como um órgão com legitimidade democrática direta.

Não se pode olvidar que todos os poderes, inclusive o Judiciário, ao deverem atuar em consonância com os preceitos da Constituição, também estão adstritos ao compromisso de respeitarem e aplicarem os direitos fundamentais, vez que consagrados no texto maior. Sob esse aspecto, discorre GILMAR FERREIRA MENDES⁹⁵ que desta vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais advém a necessidade de se aferir a legitimidade das decisões judiciais, tendo em vista, sobretudo, a correta aplicação desses direitos aos casos concretos⁹⁶.

⁹² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op.cit. p. 224.

⁹³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op.cit. p. 240.

⁹⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op.cit. p. 241.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Op.cit. p. 216.

⁹⁶ *“Isso significa que até mesmo a simples aplicação do direito ordinário pelos Tribunais pode ocasionar lesão aos direitos fundamentais, tanto no caso de inobservância completa de determinada regra do direito fundamental (Defizit; Fehleinschätzung), quanto na hipótese de a decisão assentar-se em considerações insustentáveis e arbitrária do prisma objetivo (unhaltbare und deshalb willkürliche Entscheidung) ou em construção que ultrapassa os limites constitucionais do direito jurisprudencial (Überschreitung der*

IV.2. HIPÓTESES DE INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL

É preciso, de início, definir o objeto do estudo, ou seja, a compreensão do que seria uma interpretação inconstitucional, nos termos da análise ora empreendida.

Admitindo-se a função jurisdicional do Estado como sendo aquela que tem por objetivo maior a interpretação e aplicação das leis e atos normativos ao caso concreto apresentado sob a forma de litígio, a concepção de interpretação inconstitucional aqui referida está adstrita aos atos interpretativos prévios à prolação de decisão judicial. Muito embora, admita-se que todos os poderes estatais estão submetidos aos preceitos, princípios e normas emanados da Constituição, a inconstitucionalidade de interpretação aqui tratada versará apenas sobre a realizada pelo Poder Judiciário⁹⁷.

Como premissa, há o reconhecimento de que o Poder Judiciário pode sim vir a prolar decisões fundadas em interpretações de dispositivos infraconstitucionais ou até constitucionais⁹⁸ de modo dissonante ao estabelecido na Constituição, principalmente se for reconhecida, como anteriormente mencionado, a complexidade de interpretação do sistema constitucional.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁹⁹ assevera que grande parte dos estudos sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade de atos estatais centra-se nos atos

verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung)". (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle da constitucionalidade*. P. 216).

⁹⁷ Reconhece-se a existência de interpretação da Constituição pela totalidade dos poderes do Estado. Assim, a interpretação constitucional, no tocante à origem, pode ser legislativa, administrativa e judiciária. É possível considerar, como fez Häberle, que a interpretação constitucional consiste em um processo aberto, no qual estão envolvidos não apenas os poderes estatais, os órgãos públicos, mas também os cidadãos e os grupos sociais. A esse respeito, ver BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.* p. 115-118 e 120.

⁹⁸ JORGE MIRANDA, no *Manual de Direito Constitucional*, p. 229, afirma que "todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser (...) a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação".

⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. p. 125.

legislativos, inexistindo uma maior preocupação com os atos do Poder Judiciário, em especial suas decisões que, sem a menor dúvida, são passíveis de serem desconformes à Constituição. Historicamente, como bem destaca PAULO OTERO¹⁰⁰, na obra *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, as questões de validade constitucional dos atos do poder judicial foram objeto de um esquecimento quase total, apenas justificado pela persistência do mito liberal que configura o juiz como ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’ e o poder judicial como ‘invisível e nulo’ (Montesquieu).

Entretanto, como sucede com os outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma atividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição¹⁰¹.

A importância da interpretação da Constituição, na atualidade, é inquestionável, pois como afirma CANOTILHO¹⁰², assiste-se a um trânsito silencioso de um ‘Estado-legislativo-parlamentar’ para um ‘Estado jurisdicional executor da Constituição’. Isso decorre do fenômeno verificado na contemporaneidade, segundo o qual as normas encerram cada vez mais conceitos indeterminados e abertos, exigindo maior atuação dos juízes na interpretação e aplicação do Direito. Observa-se¹⁰³ um crescente papel protagonizador do juiz na densificação e concretização interpretativa do sentido de tais conceitos e, conseqüentemente, do próprio Direito. Justamente em razão dessa atuação intensa dos magistrados para a aplicação da lei e da Constituição, é que se cogita da necessidade de controle dessa atividade do Poder Judiciário, incluindo a possibilidade de interpretação inconstitucional.

¹⁰⁰ OTERO, PAULO. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 9, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op.cit. p. 126.

¹⁰¹ OTERO, PAULO. Op.cit. p. 32.

¹⁰² CANOTILHO, J.J. Gomes. *A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional*. In: *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: 1987, p. 352, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. p. 127-128.

¹⁰³ OTERO, Paulo. Op.cit. p. 34 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op.cit. p. 128.

A interpretação inconstitucional pode ter como objeto lei ou distinto ato normativo, não interpretado¹⁰⁴ pelo juiz em conformidade com os princípios e normas constitucionais, ou dispositivo da própria Constituição, interpretado e aplicado isoladamente, sem consideração dos demais princípios componentes do sistema constitucional. Admite-se, ainda, a interpretação inconstitucional e o controle da decisão judicial, quando a lei em que se efetivou a fundamentação do ato decisório tenha sido posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰⁵.

Exemplifica-se a ocorrência da interpretação inconstitucional mediante as situações a seguir expostas.

¹⁰⁴ Inquestionavelmente, existem várias possibilidades de interpretação de dispositivo legal, constatação depreendida das súmulas 343 e 400 do STF:

Súmula 343. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.

Súmula 400. Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra "a" do art. 101, III, da CF.

É preciso observar, aqui, que relativamente às normas constitucionais, que têm supremacia sobre todo o sistema e cuja guarda é atribuição do Supremo Tribunal Federal, não se admite a interpretação razoável, mas apenas a melhor interpretação, não sendo aplicável o enunciado da Súmula 343 (ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit. p. 155).

¹⁰⁵ A esse respeito, transcreve-se a ementa do acórdão emanado do Superior Tribunal de Justiça (REsp. n° 36.017/PE, 2ª T. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 1/12/2000, p. 185):

Processual Civil – Ação Rescisória – Interpretação de texto constitucional – Cabimento – Súmula n° 343/STF – Inaplicabilidade – Violação a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V) – FNT – Sobretarifa – Lei n° 6.093/74 – Inconstitucionalidade (RE n° 117.315/RS) – Divergência jurisprudencial superada – Súmula n° 83/STJ – Precedentes.

O entendimento esta Corte, quanto ao cabimento de ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei é no sentido de que “a conformidade, ou não, de lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional” (REsp. n° 128.239/RS).

A eg. Corte Especial deste Tribunal pacificou o entendimento, sem discrepância, no sentido de que é admissível a ação rescisória, mesmo que à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula n° 343/STF (REsp. n° 155.654/RS, DJ de 23/8/99).

IV.2.1. INTERPRETAÇÃO ISOLADA DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, DESCONSIDERANDO A SISTEMATICIDADE E A UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO – O EXEMPLO DA “JUSTA INDENIZAÇÃO”

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso XXIV, dispõe que a *lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante **justa e prévia indenização em dinheiro (...)*** - grifei.

Verifica-se, aqui, a necessidade de interpretação para ser aferido o conceito da expressão destacada. O que seria, afinal, a justa e prévia indenização para fins de desapropriação? Aparentemente, como destaca DINAMARCO¹⁰⁶, tal garantia poderia parecer destinada exclusivamente ao resguardo do direito de propriedade e, portanto, configurar-se apenas como uma proteção endereçada aos particulares em face do Estado, sem ter também este como destinatário. Todavia, esta não é a interpretação corroborada jurisprudencialmente, cujos precedentes têm destacado uma visão da justa indenização, entendida como uma garantia que objetiva, concomitantemente, a proteção da efetividade do direito de propriedade e o afastamento de excessos indenizatórios a serem arcados pelo Estado.

Esse é um imperativo da interpretação dessa garantia em consonância com os postulados da isonomia e da moralidade administrativa, também residentes na Constituição da República¹⁰⁷. Note-se, aqui, a necessidade de interpretação de dispositivo da Constituição considerando-se a sistemática e a existência de outros princípios, também constitucionalmente consagrados. Se o magistrado, ao julgar uma ação de desapropriação, entendesse que a justa indenização refere-se apenas à

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op.cit. p. 63.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op.cit. p. 65-66.

proibição de fixação de um preço aquém do valor de mercado do imóvel, condenando o Estado ao pagamento de um montante indenizatório exorbitante, teria realizado, indiscutivelmente, uma interpretação inconstitucional de dispositivo constante do texto maior, por não considerar os princípios da isonomia e moralidade administrativa, constitucionalmente previstos.

IV.2.2. INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS CONTRÁRIAS ÀS INDICADAS PELO STF NO USO DA COMPETÊNCIA DE INTERPRETAR E APLICAR A CONSTITUIÇÃO

Indubitavelmente, as decisões emanadas do STF, ora julgando situações concretas, ora apreciando a legitimidade em abstrato de normas jurídicas, ostentam a força da autoridade que detém, por vontade do constituinte, a palavra definitiva em matéria de interpretação e aplicação das normas constitucionais¹⁰⁸. Assim, sentença judicial que contrarie a interpretação de dispositivo constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal também estará eivada de inconstitucionalidade.

A interpretação destoante do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, no que se refere às decisões de mérito de ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, no nosso sistema jurídico, mostrar-se-ia inconstitucional. É preciso destacar, sem adentrar no mérito da conveniência de uma ação que declare *in abstrato* a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, que o artigo 102, § 2º, da Constituição, prevê expressamente que “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

¹⁰⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit. p. 16.

Judiciário e ao Poder Executivo”. A lei nº 9.882/99, que disciplinou o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, no seu artigo 10, apregoa que “julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”. O § 3º dispõe sobre os efeitos da decisão, que “terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”. Neste mesmo sentido, prescreve o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9868 que “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”.

Cogita-se, ainda, o caso de adoção pelo STF de uma interpretação do dispositivo legal conforme a Constituição, julgando improcedente a ação direta de inconstitucionalidade. Nesta hipótese, o dispositivo normativo impugnado permanece no ordenamento jurídico, pois lhe foi atribuído um sentido que não destoa do texto constitucional. Diante de tais circunstâncias, há a possibilidade de os demais juízes e tribunais permanecerem aplicando a norma infraconstitucional, sob um sentido diverso daquele entendido pelo Supremo Tribunal como único conforme a Constituição. A interpretação inconstitucional, destarte, revela-se evidente.

Note-se a existência de uma vinculação dos órgãos do Poder Público, inclusive do Poder Judiciário, à decisão proferida pelo STF. Se o juiz não atender a essa determinação interpretativa, estará realizando uma interpretação inconstitucional, pois contrária àquela realizada pelo órgão competente para a guarda da Constituição.

Corroborando essa perspectiva, alude-se ao fato de que, com relação às normas constitucionais, não se admite uma “interpretação razoável”¹⁰⁹, mas apenas a melhor interpretação, considerada, para efeitos institucionais, a proveniente do Supremo Tribunal Federal, órgão competente para realizar a guarda da Constituição¹¹⁰.

IV.2.3. A INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO PARA RECURSO CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO

A Corte Constitucional alemã já se manifestou sobre a possibilidade de ser impetrado um recurso constitucional tendo por fundamento a inobservância pelo órgão julgador dos parâmetros estabelecidos na Constituição, ou seja, a interpretação inconstitucional:

Na interpretação do direito ordinário, especialmente dos conceitos gerais indeterminados (*Generalklausel*) devem os tribunais levar em conta os parâmetros fixados na Lei Fundamental. Se o tribunal não observa esses parâmetros, então ele acaba por ferir a norma fundamental que deixou de observar; nesse caso, o julgado deve ser cassado no processo de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)¹¹¹.

A decisão mais paradigmática no sentido de reconhecer a interpretação inconstitucional dada a um dispositivo legal, sem que este possa ser declarado inconstitucional, por não ofender à Constituição, emanou do Tribunal Constitucional Português. O acórdão n° 259/98 julgou inconstitucional a interpretação de determinado artigo do Regime de Arrendamento Urbano por violar o princípio constitucional do Estado de Direito Democrático.

¹⁰⁹ Entende-se por interpretação razoável a que adota, quando a norma for de interpretação controvertida nos tribunais, uma das correntes da divergência, hipótese esta em que não será cabível ação rescisória (Súmula 343 do STF).

¹¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit. p. 155.

¹¹¹ Citado por MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. P. 419.

A controvérsia suscitada, em resumo¹¹², é a seguinte:

“O objeto da polêmica é a aplicação do novo Regime de Arrendamento Urbano português a uma relação contratual pré-existente. De acordo com o regime de arrendamento urbano daquele país, o proprietário tem a faculdade de denunciar o contrato de arrendamento, exceto se o inquilino estiver há 30 ou mais anos no local (segundo o regime novo) ou há 20 ou mais anos (pelo regime antigo).

A denúncia do contrato foi proposta depois da entrada em vigor do novo regime. Entretanto, a relação jurídica já havia completado 20 anos antes de vigorar a nova lei.

Na primeira instância ação foi julgada improcedente, tendo a decisão sido reformada em 2ª instância. A ré recorreu ao Tribunal Constitucional, que considerou inconstitucional a interpretação da norma dada pelo Tribunal, aplicando-a extensivamente à situação consolidada sob o regime anterior (ressalta-se a inexistência do instituto do ato jurídico perfeito no direito português), fundamentando-se o reconhecimento da inconstitucionalidade na lesão aos princípios da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito”.

É importante observar, neste acórdão, que a **interpretação de lei** diante do caso concreto dada pelo Tribunal *a quo* foi considerada inconstitucional¹¹³ por ofender ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, ensejando, inclusive a reforma da decisão. O caso concreto apresentado ilustra bem a real possibilidade de não a lei, mas a interpretação de seu dispositivo dar-se de forma a colidir com a Constituição, revelando-se, por este motivo, inconstitucional.

GOMES CANOTILHO¹¹⁴, referindo-se a Portugal, destaca ser muito difícil, em determinadas situações, distinguir “problemas de inconstitucionalidade relativa à

¹¹² MARQUES, Elídio A. B. *O princípio constitucional do Estado de Direito Democrático como fundamento de decisão do Tribunal Constitucional Português: um caso de interpretação inconstitucional*. Disponível no site: www.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_elidio.html. Capturado em 27/8/2002.

¹¹³ Constatada a real possibilidade de a interpretação a determinado dispositivo de lei revelar-se inconstitucional diante do caso concreto, questiona-se, no direito brasileiro, a conveniência de uma prévia declaração de constitucionalidade de lei, realizada *in abstracto*.

¹¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 933.

interpretação da norma a aplicar ao caso concreto e problemas de má aplicação de direito pelos Tribunais”. A relevância prática desta distinção está na vedação de recurso ao Tribunal Constitucional Português com fundamento em erros de julgamento ou equívoco quanto à matéria de fato. O recurso é admitido quando os tribunais profiram decisões de constitucionalidade em desconformidade com sentença do Tribunal Constitucional que tenha declarado a inconstitucionalidade (com efeito *erga omnes* e força obrigatória geral), ou não acatem as decisões do Tribunal Constitucional proferidas em grau de recurso de decisões dos tribunais.

V. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS MEDIANTE A IDENTIFICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL

V.1. A SUBMISSÃO DOS PODERES DO ESTADO E DOS ATOS DELES PROMANADOS À CONSTITUIÇÃO

Em sentido amplo, a inconstitucionalidade, segundo a doutrina brasileira¹¹⁵, designa o juízo de identificação da incompetência entre a Constituição e o comportamento ativo ou passivo do legislador ou de quem lhes faça as vezes, ou ainda, em alguns casos, do administrador e mesmo do magistrado, em outras palavras, caberia falar em inconstitucionalidade quanto às atividades derivadas de todos os órgãos públicos assim reconhecida pelo próprio sistema¹¹⁶.

O princípio da constitucionalidade impinge, no Estado Democrático de Direito, a obediência de todos os atos emanados de funções estatais aos ditames constitucionais. Neste sentido, VALDER DO NASCIMENTO¹¹⁷ defende o dever de obediência dos atos jurisdicionais à Constituição Federal, incluindo decisões e sentenças promanadas do Poder Judiciário, ao afirmar que, sendo certo que as decisões

¹¹⁵ No magistério de MEIRELLES TEIXEIRA, a inconstitucionalidade conceitua-se como “a desconformidade da lei ou do ato governamental com algum preceito da Constituição” (Curso de Direito Constitucional, p.378). REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI afirma que: “Os órgãos das três funções estatais – legislativa, executiva e judiciária – podem apresentar comportamentos inconstitucionais, isto é pode haver inconstitucionalidade por ação e por omissão de atos legislativos, executivos e judiciários (Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 150). CELSO RIBEIRO BASTOS, por sua vez, destaca: “a inconstitucionalidade de uma lei, de um ato executivo ou jurisdicional, é um caso particular de invalidade dos atos jurídicos em geral” (Curso de Direito Constitucional, p. 378). CLÊMERTON MERLIN CLÈVE faz menção à “inconstitucionalidade por omissão de medida político-administrativa, de medida judicial, ou de medida legislativa” (Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 322).

¹¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 175.

¹¹⁷ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa Julgada Inconstitucional*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. P. 3.

jurisdicionais configuram atos jurídicos estatais, posto reproduzir a manifestação da vontade do Estado, sua validade pressupõe estejam elas em consonância com os ditames constitucionais. Por esse motivo, aduz não ser possível convalidar eventual inconstitucionalidade.

De início, cumpre esclarecer que, em razão da repartição de funções no Estado, as decisões judiciais, segundo VIEIRA DE ANDRADE¹¹⁸, não se sujeitam à fiscalização de outros poderes do Estado. O controle das decisões dos tribunais esgota-se dentro do próprio Poder Judiciário, mediante recursos (ordinário e extraordinário) às instâncias superiores.

CANOTILHO, na obra *Fundamentos da Constituição*, afirma que as decisões judiciais, salvo as de caráter normativo não são suscetíveis de fiscalização de constitucionalidade¹¹⁹, apesar de considerar, no livro *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*¹²⁰, que as referidas decisões, na qualidade de atos públicos concretamente aplicativos do direito, podem também violar normas e princípios constitucionais – decisões jurisdicionais inconstitucionais¹²¹.

¹¹⁸ Viera de Andrade, p. 332: Historicamente, os tribunais foram e são considerados como os defensores dos direitos individuais. De início, porque estavam estritamente vinculados à lei, que se limitava a definir e proteger a esfera das liberdades e da propriedade dos cidadãos contra o Executivo. Hoje, porque são os defensores da Constituição, dos seus princípios e normas (materiais), mesmo contra o legislador, legitimados pela sua independência, imparcialidade e vinculação exclusiva ao Direito. Essa é uma das razões pelas quais as decisões judiciais não se limitam à fiscalização de outros poderes.

¹¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. p. 258-259. Justificam os mencionados autores a impossibilidade de controle de constitucionalidade das decisões judiciais pelos motivos seguintes: “a Constituição pressupõe claramente três coisas: (a) que toda decisão judicial consiste na aplicação de normas e que estas é que podem ou não ser inconstitucionais; (b) que, por isso mesmo, uma decisão judicial só pode normalmente ofender a Constituição, quando aplique norma inconstitucional ou deixe de aplicar por esse motivo norma que o não é; (c) que as vias de recursos ordinárias serão em regra bastantes para corrigir eventuais atos judiciais inconstitucionais.

¹²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 932.

¹²¹ Para CANOTILHO, o problema de controle de constitucionalidade de decisões jurisdicionais estaria na inexistência de ações constitucionais de defesa. (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 932).

Insurge-se contra essa ausência de controle dos atos emanados do Poder Judiciário Paulo Manuel Cunha da Costa OTERO¹²², ao afirmar a necessidade de admissibilidade de controle das decisões judiciais com fundamento em inconstitucionalidade, apregoando, em consequência, a sua inerente modificabilidade. Aduz, ainda, que o poder judicial não é um poder constituinte paralelo ao poder originário de feitura da Constituição, antes se apresenta como poder constituído tal como o poder legislativo ou o administrativo. Em consequência, não é admissível, com base do princípio da constitucionalidade, a existência de um estatuto diferenciado para as decisões violadoras da Constituição, em especial, como destaca, se estas são proferidas por tribunais sujeitos a uma ordem jurisdicional de recurso das respectivas decisões.

Para TEORI ALBINO ZAVASCKI¹²³, é equivocada a idéia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da *norma* com a Constituição, ou seja, apenas o *legislador* comete ofensa à Carta Magna. Na verdade, assevera, as “inconstitucionalidades” podem derivar do comportamento de vários agentes e ser perpetradas por diversos modos. Assim o serão os atos do juiz que desrespeitarem, no comando do processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes.

Cumprido ressaltar, ainda, que a atuação do Poder Judiciário corresponde a uma das funções típicas do estado, na clássica tripartição de poderes de Montesquieu, não detendo soberania, característica ínsita ao ente estatal compreendido na sua totalidade. Logicamente, o Poder Judiciário deve atuar no exercício das atividades que lhe foram atribuídas nos limites da constitucionalidade dos seus atos. A partir dessa análise, verifica-se que a suposta intangibilidade das decisões judiciais não se sustenta, salvo enquanto mito da segurança jurídica.

¹²² OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 123, apud NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa Julgada Inconstitucional*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. P. 4.

¹²³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op.cit.* p. 13.

Não se podem olvidar a independência e harmonia dos Poderes da República estatuídas na Constituição Federal como corolário do princípio da separação de poderes. Partindo-se desse pressuposto, constata-se que a impossibilidade de controle dos atos judiciais, em contraposição ao controle (inclusive sob o âmbito da constitucionalidade) dos atos administrativos e legislativos¹²⁴ mostrar-se-ia contrária aos fundamentos máximos do Estado de Direito. O controle de constitucionalidade de atos deve também incidir sobre atos emanados pelo Poder Judiciário, sem prejuízo de sua independência, pois também o Judiciário está submetido aos ditames da Constituição.

V.2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE INTERPRETAÇÕES E DECISÕES JUDICIAIS

No plano jurisdicional, se a sentença não se harmoniza com o texto constitucional, revela seu caráter inconciliatório por contrariar os preceitos fundamentais dele irradiados. Essa incompatibilidade é identificada como inconstitucionalidade, vez que contrária a preceito, regra ou princípio constitucionalmente estabelecido¹²⁵.

A lei promulgada eivada de alguma inconstitucionalidade recebe como sanção a retirada do ordenamento jurídico, mediante a declaração de inconstitucionalidade, ou a não aplicação ao caso concreto, em se tratando de controle difuso de constitucionalidade. Todavia, a limitação do controle a atos normativos, leis, disposições legais, faz presumir a inexistência no ordenamento jurídico brasileiro

¹²⁴ É inegável e indiscutível o controle exercido sobre os atos administrativos e legislativos. Os atos legislativos, consubstanciados em leis e atos normativos diversos são o objeto das espécies de controle de constitucionalidade formalmente estabelecidas. Os atos emanados da Administração, ainda que discricionários, devem obediência à legalidade, abrangendo, segundo alguns, a própria adequação à finalidade pretendida.

¹²⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder. Op.cit. p. 10.

de um controle de constitucionalidade formal (por via de ação) sobre sentenças judiciais, proferidas em dissonância com o texto constitucional. Deve-se destacar, no tocante à atuação dos juízes, que *le travail d'interprétation est en partie une oeuvre de création, la fonction normative est d'ailleurs commune à toute jurisdiction*¹²⁶.

Logicamente, não se admite ao juiz ou ao tribunal, quando da aplicação da lei ao caso concreto, a desconsideração dos preceitos maiores e princípios constantes da Constituição. Corroborando essa afirmação, cita-se o pensamento de ROQUE ANTÔNIO CARRAZA: “tudo se congrega a indicar que as leis e demais atos normativos de igual ou inferior hierarquia, além de deverem obedecer às regras constitucionais, precisam ser interpretados e aplicados da forma o mais congruente possível com os princípios encartados no Código Supremo”¹²⁷.

Destaca-se que a supremacia da Constituição também é desafiada com a prolação de sentenças fundadas em interpretação inconstitucional de leis, de uma forma ainda mais grave: o próprio Poder Judiciário, imbuído do controle de constitucionalidade e de manutenção do ordenamento jurídico proleta uma decisão destoante da Constituição. Pode-se cogitar que o controle dar-se-ia tão somente em sede de instância recursal, apta a reformar a decisão com fulcro na interpretação inconstitucional.

JOSÉ KORZENIAK FUKS¹²⁸, em artigo intitulado *Sistemas de Control Constitucional em el Derecho Comparado* aventa a possibilidade de inconstitucionalidade da decisão judicial, nos termos seguintes:

En rigor idiomático, el control constitucional puede ser necesario para la defensa de la Constitución frente a actos jurídicos o hechos, tanto de órganos

¹²⁶ AGUILA, Yann. *Le Conseil Constitutionnel et la Philosophie du Droit*. Paris: LGDJ, 1993, p. 90, apud DANTAS, Ivo. Ob.cit. p. 47.

¹²⁷ CARRAZA, Roque Antônio. Op.cit. p. 38.

¹²⁸ FUKS, José Koreniak. *Sistemas de Control Constitucional em el Derecho Comparado*. In: Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”. Montevideo, año XXVIII, Enero-Junio, 1987, n.1-2, p. 60-61, apud DANTAS, Ivo. Op cit. P. 11-12.

o entidades públicos, como de particulares. Desde esta perspectiva, el tema podría abarcar el estudio de la posible inconstitucionalidad de las leyes, de los actos administrativos, de los actos jurisdiccionales, de actos del propio Poder Constituyente Permanente, de los actos de particulares (v.g. un contrato con estipulaciones contrarias a la Constitución); y también de acontecimientos fácticos que la vulneten (por ej. un golpe de estado, una revolución, etc). (...) Con lenguaje más especializado, la doctrina jurídica ha ido depurando el tema, desplazando varios de los aspectos señalados para analizarlos bajo otros 'títulos' ajenos al del 'control constitucional'. Por otro lado, existe una marcada tendencia en la terminología doctrinaria, a reducir el alcance del tema 'control constitucional' a la verificación de la corrección jurídica de la actividad del Legislador ordinario: en expresión más concreta: es generalizado casi identificar el problema del control constitucional, con la cuestión de la inconstitucionalidad de las leyes. (...) Hay razones comprensibles para esta costumbre doctrinaria. Salvo casos excepcionales, la actividad administrativa y la jurisdiccional, se desarrollan 'directamente bajo ley' y 'segundo grado' bajo Constitución; lo cual es consecuencia natural de que las normas constitucionales han sido, en general, reglamentadas por leyes ordinarias.

Apesar de mencionar a possibilidade de uma decisão judicial vir a ser inconstitucional, o autor identifica a limitação doutrinária de considerar como objeto de controle de constitucionalidade apenas a atividade do legislador ordinário. ou seja, as leis infraconstitucionais. Justifica essa tendência porque a atividade administrativa e a jurisdiccional já se realizam necessariamente nos termos da lei e dos ditames constitucionais. Todavia, essa justificativa não subsiste à análise da atividade e processo¹²⁹ legislativos, que também devem se pautar pelos preceitos constitucionais. Consolidando essa perspectiva, IGNÁCIO DE OTTO¹³⁰. no livro *Derecho Constitucional – Sistema de Fuentes*, define a Constituição como *el conjunto de las normas a las que está sujeta la creación de normas por los órganos supremos del Estado*.

¹²⁹ No Brasil, a Constituição Federal de 1988, na Seção VIII do Título IV, dispõe sobre o processo legislativo.

¹³⁰ OTTO, Ignácio de. *Derecho Constitucional – Sistema de Fuentes*. Editorial Ariel S/A: Barcelona, 1987, p. 14. apud DANTAS, Ivo. Op. Cit. p. 21.

Em geral, o controle difuso da constitucionalidade, aquele passível de ser realizado por todos os juízes, no exercício da função jurisdicional, efetiva-se quando da prolação da sentença ou decisão que declara, com efeito *inter partes*, a inconstitucionalidade do preceito normativo. Entretanto, como proceder se a interpretação dada pelo juiz ao preceito normativo, diante do caso concreto, mostrar-se inconstitucional?

NAGIB SLAIBI FILHO, observando os processos de controle de constitucionalidade verificados no ordenamento jurídico brasileiro, constata que *o sistema constitucional pátrio somente prevê o controle de constitucionalidade sobre os atos materiais e atos jurídicos singulares de forma incidental*. Os atos normativos, por sua vez, admitem o controle incidental e o controle por ação. Verifica-se, destarte, que apenas os atos normativos, ou seja, de caráter genérico e abstrato, podem ser objeto do controle concentrado, mediante a propositura perante o Supremo Tribunal Federal de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade.

A doutrina tradicional brasileira não cogita, no sistema de controle de constitucionalidade, da possibilidade de a própria decisão judicial estar eivada de inconstitucionalidade, na hipótese de a interpretação que foi dada ao texto normativo ser contrária aos princípios e à sistemática do texto constitucional. Não se pode olvidar, entretanto, que o magistrado, no ato de julgar, está adstrito ao texto constitucional, devendo optar pela interpretação que mais se mostre adequada ao contido na Constituição. A complexidade da matéria constitucional, especialmente considerando a problemática mencionada de solução de colisões de direitos fundamentais, bem como a materialização dos fundamentos principiológicos, acarreta dificuldades interpretativas para o aplicador do direito.

Paulo OTERO reconhece a possibilidade de uma decisão vir a se revelar inconstitucional, vez que oriunda de uma prévia interpretação desconforme aos ditames do texto maior:

Os atos jurisdicionais, isto é, que sejam praticados por um juiz no exercício das suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais mínimos, que violem direitos absolutos ou os demais direitos fundamentais e a essência dos princípios integrantes da Constituição material não são atos inexistentes, meras aparências, antes se assumem como verdadeiras decisões jurídicas inconstitucionais.

Outros doutrinadores também reconhecem essa hipótese, merecendo transcrição a lição de J. J. GOMES CANOTILHO¹³¹, nos termos seguintes:

A verdade, porém, é que podem configurar-se hipóteses em que uma decisão judicial ofende diretamente a Constituição, podendo entender-se não serem meios de defesa bastantes os recursos ordinários que caibam no caso (se é que a decisão em causa ainda admite recurso). É por isso que alguns ordenamentos constitucionais prevêm a possibilidade de recursos para o TC nessas hipóteses, sobretudo quando se trata de casos respeitantes a direitos fundamentais (é o caso do *Verfassungsbescwerde* alemão e do recurso de amparo mexicano e espanhol).

Além da interpretação inconstitucional de uma lei infraconstitucional, constatada quando da aplicação ao caso concreto, tal qual exposta no presente trabalho, há doutrinadores que admitem a possibilidade de o conteúdo da decisão judicial violar direta ou indiretamente¹³² um preceito ou princípio constitucional. Paulo Manuel Cunha da Costa OTERO¹³³ é um desses autores, defendendo a existência de decisões judiciais cujo conteúdo ofende direta e imediatamente a Constituição, sem intermédio de qualquer outra lei. Em tal situação, não seria a interpretação de uma outra lei que não teria ocorrido conforme a Constituição, mas sim o conteúdo da própria decisão contrariaria o texto maior.

¹³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. Op.cit. p. 259.

¹³² Neste sentido, destaca-se a possibilidade de contrariedade da decisão judicial aos princípios informadores da ordem-jurídico constitucional. Exemplificativamente, cita-se a afirmação de Paulo Roberto de Oliveira Lima no tocante à relatividade da coisa julgada em face dos princípios maiores da Constituição: “o princípio da legalidade não pode ser sacrificado em homenagem à coisa julgada, tampouco o princípio da isonomia. No choque entre uns e outro, a imutabilidade tem de ceder passagem àqueles princípios basilares do constitucionalismo nacional. (LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 112, apud NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa Julgada Inconstitucional*. P. 18)

¹³³ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. P. 64.

Talvez um dos primeiros autores brasileiros a mencionar abertamente a existência de interpretação inconstitucional seja ELIVAL DA SILVA RAMOS¹³⁴, que afirma com muita percuciência estar o desinteresse da doutrina pelo assunto relacionado ao fato de que o Supremo Tribunal Federal, mediante o julgamento de recursos extraordinários, tem o poder de modificar a interpretação conferida pelos Tribunais inferiores às normas legais, fazendo prevalecer a interpretação compatível com a Lei Maior. Prossegue:

Contudo, ainda assim nos quer parecer que o Pretório Excelso, no julgamento das ações diretas genéricas declaratórias de inconstitucionalidade, deveria levar em consideração a interpretação prevalecente na jurisprudência ao examinar a compatibilidade de normas legais com a Constituição. Não há que se pretender, por certo, que o Supremo declare inconstitucional um dispositivo legal, apenas porque comporta ele certa interpretação que viola a Lei Maior. Porém, se os Tribunais inferiores vierem atribuindo ao texto legislativo, iterativamente, um significado inconstitucional, deve o Supremo Tribunal Federal declará-lo inconstitucional, a despeito da viabilidade de se adotar outra interpretação que o poupasse da sanção de nulidade. Afinal, o entendimento de uma norma legal que se tenha alastrado entre os operadores do sistema não pode ser ignorado pelo órgão incumbido de controlar em última instância a constitucionalidade das leis, sob pena, quiçá, de somente conseguir fazer prevalecer a Carta Magna nos poucos casos concretos que lhe sejam submetidos.

V.3. MECANISMOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL INCONSTITUCIONAL

V.3.1. OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO

¹³⁴ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das Leis – Vício e Sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 212.

A exigência de conformidade do ato judicial com a norma constitucional é evidente, para a própria manutenção do sistema jurídico e dos valores consagrados no texto constitucional. Todavia, a grande questão remonta à existência de algum mecanismo processual passível de ser utilizado contra a interpretação inconstitucional.

A Constituição Federal, no seu artigo 102, III, *a*, define a competência do Supremo Tribunal Federal, imbuído da guarda da Constituição, de *julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição.*

Revelando a decisão judicial, destarte, inconstitucionalidade em seu conteúdo, o instrumento processual aplicável será o recurso extraordinário direcionado ao Supremo Tribunal Federal. Questiona-se, aqui, se a contrariedade a dispositivo constitucional pode estar configurada na interpretação divergente dos princípios maiores constitucionais, exemplificativamente. Nesse aspecto, cabe ressaltar o caráter normativo dos referidos princípios, exigindo-se, destarte, a aplicação e interpretação em consonância com o seu conteúdo, sob pena de estar o próprio magistrado praticando uma inconstitucionalidade a partir da interpretação realizada. Em tais situações, cumpre ressaltar que a lei em si é constitucional, inexistindo a possibilidade de controle difuso ou abstrato da constitucionalidade, todavia, a interpretação que lhe foi dada pelo próprio julgador é a responsável pela inconstitucionalidade da decisão jurisdicional.

Ademais, a Constituição Federal¹³⁵ de 1988 prevê expressamente, no artigo 5º, inciso LXIX, a concessão de mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*, quando o responsável pela

¹³⁵ É interessante observar, no tocante à possibilidade de controle de atos inconstitucionais via mandado de segurança, o que dispunha a Constituição de 1934, no seu artigo 113,33: “*Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por acto manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do hábeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petórias competentes*”. (grifei)

ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública. O juiz, no exercício de suas funções, pode ser enquadrado como autoridade pública, possibilitando o controle do ato judicial via mandado de segurança. Admitir-se-ia, sob esse raciocínio, a impetração de mandado de segurança contra decisão fundada em interpretação inconstitucional (ato sujeito a controle), desde que o direito se revelasse líquido e certo, mediante provas necessariamente pré-constituídas.

IVO DANTAS¹³⁶ defende a impetração do Mandado de Segurança para atacar atos manifestamente inconstitucionais¹³⁷, fundamentando-se nas razões seguintes: a) com a sua utilização busca-se salvaguardar a própria Constituição; b) não há na previsão constitucional de sua impetração qualquer limitação ao uso do instituto; c) a lentidão do Poder Judiciário poderia tornar ineficaz decisão proferida em ação ordinária, prevalecendo o ato inconstitucional.

ARRUDA ALVIM e TERESA ARRUDA ALVIM PINTO¹³⁸ destacam, analisando um acórdão sobre a questão, que no referido acórdão, “fixou-se a tese de que cabe Mandado de Segurança contra ato judicial de que caiba recurso, desde que este recurso seja desprovido de efeito suspensivo ou que o ato judicial atacado cause prejuízo irreparável ou de muito difícil reparabilidade”.

O paradigma fundamental utilizado para a verificação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato, qualquer a natureza que detenha – administrativa, legislativa ou decisão judicial, corresponde à própria Constituição. Assim, vê-se que a compreensão da inconstitucionalidade só se efetiva a partir da intelecção do conteúdo da constitucionalidade.

¹³⁶ DANTAS, Ivo. Op.cit. p. 117.

¹³⁷ Deve-se ressaltar que a Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, que prevê o não cabimento de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição, vem sendo objeto de uma interpretação doutrinária e jurisprudencial atenuada, justamente em razão de o texto constitucional não limitar a utilização do instituto, o que é destacado por IVO DANTAS (*O valor da Constituição*, p. 117). Neste sentido, RE 76.909/RS, 5/12/73, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 70/504, Relator Min. Xavier de Albuquerque.

¹³⁸ *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Mandado de Segurança contra Ato Judicial*. Ed. RT, 1989, p. 10.

No tocante ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade, é preciso destacar que os atos supervenientes à sentença proferida pelo STF e a ela contrários estão sujeitos a controle pelas vias ordinárias comuns, com a peculiaridade decorrente do efeito vinculante a que se submetem os órgãos jurisdicionais¹³⁹, ou seja, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito normativo, afirmada pelo Supremo, já não mais poderá ser questionada no caso concreto, devendo a norma ser aplicada ou não, segundo o que já foi decidido. ZAVASCKI¹⁴⁰ menciona que qualquer ato ou omissão praticados depois da decisão da Corte Suprema, contrários a ela, detêm, contudo, uma ofensa em grau mais elevado: a desobediência a comando vinculante da sentença, dando ensejo, em certas circunstâncias à ação de reclamação¹⁴¹.

V.3.2. DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Hodiernamente, na esfera processual, vem se consolidando a possibilidade de impugnação da coisa julgada, sob o fundamento de contrariedade da decisão judicial não mais sujeita a recurso aos ditames constitucionais.

Os doutrinadores contrários e resistentes a essa idéia fundamentam-se na prioridade da segurança jurídica, levada a efeito diante da impossibilidade e imutabilidade da decisão judicial transitada em julgado, sob pena de ruptura com a própria sistemática jurídica, que previu tal presunção como necessária para a solução definitiva das lides.

¹³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit. p. 57.

¹⁴⁰ Idem. Ibidem. P. 57.

¹⁴¹ Conforme dispõe o art. 102, I, da Constituição Federal: a ação de reclamação, de competência do Supremo Tribunal Federal, destina-se à *preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões*. O cabimento da reclamação condiciona-se à presença dos seguintes pressupostos: (a) que o descumprimento da sentença decorra de ato a ela superveniente, praticado por pessoa, órgão ou entidade vinculada ao processo de controle concentrado ou à criação da norma que lhe serve de objeto; (b) que a reclamação seja proposta por ente legitimado a ajuizar a ação. (ZAVASCKI, Teori Albino. Op.cit. p. 58).

Todavia, tais argumentos são passíveis de refutação, precipuamente se considerada a decisão que mesmo inconstitucional transitou em julgado. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente legítimos, repudiados pela Constituição¹⁴². PAULO OTERO¹⁴³ ratifica a proposta de coisa julgada inconstitucional:

A idéia da defesa da segurança e certeza da ordem jurídica constituem princípios fundadores de uma solução tendente a limitar ou mesmo excluir a relevância da inconstitucionalidade como fator autônomo de destruição do caso julgado. No entanto, se o princípio da constitucionalidade determina a insuscetibilidade de qualquer ato normativo inconstitucional se consolidar na ordem jurídica, tal fato poderá fundamentar a possibilidade, senão mesmo exigência, de destruição do caso julgado desconforme à Constituição.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁴⁴ preleciona que, muito embora se tenha a falsa impressão, no direito brasileiro, de possibilidade de controle de constitucionalidade de decisão judicial apenas enquanto não operada a coisa julgada, através do recurso extraordinário previsto no art. 102, III, da Constituição Federal, “a coisa julgada não pode suplantiar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição”.

A denominada coisa julgada inconstitucional, destarte, revelar-se-ia numa das possibilidades de desconstituição da decisão transitada em julgado. Tendo em vista as considerações anteriormente efetivadas acerca de colisão de princípios e valores constitucionais, cumpre esclarecer a esse respeito, que a relativização da coisa julgada, nestas condições, não significaria em si uma inconstitucionalidade (a Constituição

¹⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. p. 62.

¹⁴³ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. Op.cit. p. 93, apud NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. P. 17.

¹⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op.cit. p. 133.

Federal assegura que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada), mas sim a harmonização de normas constitucionais diversas. O postulado da segurança jurídica, neste caso específico, cederia ante a exigência de justiça e legitimidade das decisões. Conforme afirmou Cândido Rangel DINAMARCO¹⁴⁵: “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”.

Esse mesmo autor apregoa como instrumento adequado contra a sentença nula a ação declaratória negativa de certeza, mediante a qual, sem aportar modificação alguma ao mundo jurídico, declarará o caráter negativo do conteúdo da sentença, desde o momento de sua concepção¹⁴⁶, ou a ação rescisória com prazo indeterminado para a sua propositura¹⁴⁷. Segundo afirma¹⁴⁸, deve ser aceita a idéia de coisa julgada inconstitucional, assentada na premissa da harmoniosa convivência entre todos os princípios e garantias existentes na ordem constitucional, nenhum dos quais absoluto.

O entendimento adotado por JOSÉ AUGUSTO DELGADO¹⁴⁹ é deveras esclarecedor:

A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em

¹⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Revista da AGU, Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Brasília: 2001 apud NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. P. 19.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Revista da AGU, Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Brasília: 2001 apud NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. P. 19 e 20.

¹⁴⁷ Humberto Theodoro Júnior, diversamente, apregoa: “a decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício de inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo (*A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, p. 152).

¹⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*, p. 72.

¹⁴⁹ DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: Revista Virtual do Centro de Estudos Nunes Leal da AGU. Capturado no site: www.agu.gov.br, apud NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. p.21.

julgado (...). Os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são os pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é o valor infraconstitucional oriundo de regramento processual.

Indubitavelmente, as decisões judiciais e os efeitos decorrentes do trânsito em julgado devem se operar se não obstaculizarem valores e princípios maiores estabelecidos na Constituição, além de atenderem à racionalidade e proporcionalidade exigidas. O fundamento desse entendimento está no fato de que não é possível eternizar uma inconstitucionalidade sob o manto da coisa julgada, apenas para satisfazer uma suposta segurança jurídica. Diversamente, a prevalência de uma decisão fundada em interpretação inconstitucional, por exemplo, tem o efeito de burlar a segurança jurídica, pois o ordenamento como um todo, tendo como alicerce o estabelecido na Constituição, é desafiado na sua autoridade, fato ainda mais grave se considerado que a agressão ao texto maior emana do próprio Estado-juiz.

Assim, admite-se a relativização da coisa julgada, cujo efeito deve estar condicionado à compatibilidade com certos valores constitucionais tão elevados quanto o da definitividade das decisões, reconhecendo-se, inclusive que as decisões judiciais não equivalem à verdade absoluta¹⁵⁰. Consoante apregoa HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁵¹: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando de coisa julgada inconstitucional.

É preciso destacar que a Medida Provisória nº 2.180-35/2001¹⁵² trouxe ao plano normativo a previsão da coisa julgada e da própria interpretação

¹⁵⁰ Veja-se a esse respeito o seguinte precedente jurisprudencial (REsp 138.853, 1ª Turma, Ministro José Delgado, DJ de 22.03.1999, p. 58): “*A coisa julgada tributária não deve prevalecer para determinar que contribuinte recolha tributo cuja exigência legal foi tida como inconstitucional pelo Supremo. O prevalecimento dessa decisão acarretará ofensa direta aos princípios da legalidade e da igualdade tributárias*”.

¹⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op.cit. p. 142.

¹⁵² “*Acolhendo a posição avançada de determinado segmento da doutrina, a tese da coisa julgada inconstitucional foi erigida ao plano normativo, em face de sua inserção no contexto de Medida Provisória, que promoveu alteração do Código de Processo Civil com esse objetivo, permitindo, assim, a consolidação da sistemática proposta em estudos teóricos realizados com esse propósito*”.

inconstitucional, ao aduzir a inexigibilidade de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou **interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal**.

Diante do exposto, é possível concluir que a relativização da coisa julgada, em casos de inconstitucionalidade¹⁵³, constitui-se em um dos instrumentos para o controle da constitucionalidade das decisões judiciais. Em face da coisa julgada que viole diretamente a Constituição, como destaca THEODORO JÚNIOR¹⁵⁴, deve ser reconhecido ao juiz um poder geral de controle incidental de constitucionalidade da coisa julgada, sob pena de o juiz ter o dever oficioso de recusar a aplicação de normas jurídicas contrárias à Constituição, devendo ao mesmo tempo, contraditoriamente, aplicar decisões inconstitucionais.

Obviamente, a utilização desse instrumento revela-se uma medida excepcional, cabível unicamente em situações raras e especiais, valoradas pelo julgador diante do caso concreto.

Trata-se agora de regra explícita, porquanto o art. 741 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com a redação dada pela Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, passou a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

*'Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial formulado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em **aplicação ou interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal**'. (Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001), art. 10.*

Registre, ademais, que regra semelhante foi introduzida no art. 884 da Consolidação das Leis Trabalhistas, dando nova redação ao seu § 5º, nos seguintes termos:

*'Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em **aplicações ou interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal**'. (grifei) – (NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. p.26).*

¹⁵³ Citam-se alguns casos de inconstitucionalidade evidente na sentença judicial, prolatada em confronto direto como texto constitucional, mencionados por Cândido Rangel Dinamarco, no artigo *Relativizar a Coisa Julgada Material*, constante da obra *Coisa Julgada Inconstitucional*, p.59: *a) sentença que declarasse o recesso de algum Estado Brasileiro, dispensando-o de prosseguir integrado na República Federativa do Brasil chocaria diretamente com um dos postulados mais firmes da Constituição federal, que é o da indissolubilidade da Federação; b) a condenação do devedor à prisão por dívida, fora dos casos constitucionalmente ressalvados (art. 5º, inciso LXVII).* Em tais situações, defende o doutrinador que os efeitos da coisa julgada não se impõem, em razão de serem juridicamente impossíveis, vez que o conteúdo da sentença rompe com a ordem constitucionalmente estabelecida.

¹⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op.cit. p. 154.

Ressalta-se que, mesmo não se admitindo a aplicação desses instrumentos para o controle da interpretação e decisão inconstitucionais, seria inadmissível, sob esse argumento (da ausência de mecanismos processuais), o reconhecimento de efeitos e a inocorrência de controle de constitucionalidade. Como mencionado, a decisão eivada de inconstitucionalidade, seja porque afronte diretamente a Constituição, seja porque fundada em interpretação inconstitucional, revela-se nula, podendo, inclusive, ser reconhecido tal vício de ofício pelos tribunais.

VI. CONCLUSÕES

Dentre as principais conclusões obtidas que fundamentam o reconhecimento da interpretação inconstitucional e da possibilidade de controle de constitucionalidade das decisões judiciais, destacam-se:

- 1) A supremacia da Constituição é uma característica do Estado Democrático de Direito, implicando o dever de obediência de todos os poderes estatais aos preceitos e princípios constitucionalmente estabelecidos, inclusive o Poder Judiciário;
- 2) Os princípios constitucionais detêm força normativa, além de propiciarem uma certa abertura ao sistema, dada a abstração que lhes é característica. Todavia, em decorrência da normatividade, eventual interpretação judicial que com eles não se coadune será inconstitucional.
- 3) A Constituição pode ser modificada pela via interpretativa, nos limites dos princípios e unidade constitucional, fenômeno denominado de mutação ou interpretação evolutiva.
- 4) A interpretação e aplicação da Constituição apresentam peculiaridades, destacando-se a utilização do princípio de proporcionalidade e a ponderação de valores no caso concreto, quando verificada a colisão entre direitos fundamentais.

- 5) Os princípios da supremacia da Constituição, unidade e interpretação conforme são essenciais para o balizamento do intérprete no ato de interpretar os dispositivos contidos na Lei Maior.
- 6) As decisões e as interpretações de leis emanadas do Poder Judiciário devem estar em conformidade com a Constituição, sob pena de inconstitucionalidade.
- 7) O controle de constitucionalidade constitui um dos principais instrumentos para a manutenção da supremacia da Constituição, garantindo-a fulminando os atos com ela incompatíveis..
- 8) Os atos judiciais, incluindo a interpretação de dispositivos legais, devem também ser objeto de controle de constitucionalidade, tal qual os atos emanados dos demais poderes estatais.
- 9) Em decorrência da complexidade de que se reveste a interpretação da Constituição, é possível o cometimento de falhas no ato interpretativo, de modo que a norma (compreendida aqui como resultado da interpretação do preceito ou dispositivo) dele resultante (e não propriamente o dispositivo legal) se revele inconstitucional.
- 10) Além dos instrumentos processuais legalmente previstos, como o recurso extraordinário e o mandado de segurança, há ainda o

instituto da coisa julgada inconstitucional para possibilitar o exercício de um controle de constitucionalidade “não formal” (inexiste ação específica) sobre a interpretação e ulterior decisão inconstitucional.

- 11) No direito comparado, mais especificamente no direito alemão e português, tem-se notícia da interpretação inconstitucional de uma lei como fundamento de recurso para o Tribunal Constitucional, exemplificando o exercício de controle de constitucionalidade sobre ato judicial.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada.** In: RT n° 799, maio de 2002, p. 33-51.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARBI, Celso Agrícola. **Ação Declaratória Principal e Incidente.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.
- CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação Constitucional e prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Tese apresentada para provimento do cargo de professor titular de direito constitucional da UFPR, 1994, 406 p.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Eficácia Constitucional**. In: Revista de Direito Público. São Paulo, RT, nº 98.
- DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição – Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DI MANNO, Thierry. **Le Juge Constitutionnel et la technique des décisions ‘interprétatives’ en France et en Italie**. Paris: Presse Universitaires d’Aix-Marseille, 1997.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**

en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: RT, 1990.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991

MARQUES, Elídio A. B. **O princípio constitucional do Estado de Direito Democrático como fundamento de decisão do Tribunal Constitucional Português: um caso de interpretação inconstitucional.** Disponível no site: www.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_elidio.html . Capturado em 27/8/2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 2^a ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra. **Ação Declaratória de Constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** t.II. 3^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). **Coisa julgada inconstitucional.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

- RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das Leis - Vício e Sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do Controle da Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal**. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- STEIMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 12^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.