



DAS INTERFACES NÃO MIMÉTICAS ENTRE O CONTROLE DIFUSO E A FISCALIZAÇÃO CONCRETA DE CONSTITUCIONALIDADE

Maurício Martins Reis

Resumo: O presente artigo defende a necessidade de se operar a distinção, em termos sistemáticos, com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal e nas linhas demarcatórias da própria Constituição, do julgamento de recurso extraordinário que, diante do texto constitucional, proclama a inconstitucionalidade da lei, em relação à proclamação, em última instância recursal, de inconstitucionalidade da própria decisão impugnada, por inconformidade decisória diante dos preceitos constitucionais. O controle difuso de constitucionalidade seria especificamente a ramificação particular de idêntica pretensão veiculada em sede de controle concentrado, ao aferir, preliminarmente, a compatibilidade do ato normativo em causa no deslinde do feito concreto em vista da Constituição. A fiscalização concreta, por sua vez, encamparia autonomizar a hermenêutica constitucional na especificidade decidenda, nos marcos de uma interpretação concretizadora jurisprudencialista, ao assumir serem as relações de constitucionalidade bem mais complexas do que o enquadramento binário abstrato – e hermético – de conformidade ou inconformidade de meros textos jurídicos.

A pertinência do tema sob análise é de extrema relevância, sendo justificada mediante aprovação recente da décima Súmula Vinculante, cujo teor sedimenta a

presunção de exercício do controle difuso de constitucionalidade, e, pois, implica o obrigatório cumprimento da regra constitucional de reserva de plenário (artigo 97 do Texto Maior), sempre que o juízo, ao aplicar o direito ao caso concreto, destoar dos parâmetros interpretativos tidos como modelares para efeito de se coadunar a norma incidente ao texto constitucional.¹ Em outros termos, o verbete sumular simplesmente institucionaliza e toma como pressuposto geral sincretismo metodológico rigoroso a partir do qual a qualidade de constitucionalidade dos atos normativos, seja declarada ou assumida, confere-lhes natural aptidão interpretativa, de limites e nuances bem definidos a partir do texto legislado. De sorte que institutos predominantemente hermenêuticos como a interpretação conforme, promotores de uma justiça constitucional difusa em qualidade pela adjudicação concreta (e fundamentada) em prol da constitucionalidade das decisões, resultam amortizados por uma espécie de absolutismo hermético (ou enclausurado) responsável por antecipar em abstrato, seja pela vinculação geral judicante ou por lindes semânticas, a inteligibilidade prática dos preceitos legais.

O fundamento constitucional inequívoco pelo *discrímen* norteador entre o que seja, para o juízo de constitucionalidade, a fiscalização concreta (decisão constitucional) e o controle difuso (ato normativo constitucional) encontra-se nas

1 Fica estabelecida a regra de que a negativa de aplicação de lei vigente, no caso concreto, acarreta o reconhecimento – pressuposto – de sua inconstitucionalidade, devendo o Plenário (ou Corte Especial) dos Tribunais assumir esta competência. Eis o texto da Súmula n. 10, editada com caráter vinculante no dia 19 de junho de 2008: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

alíneas “a” e “b” do artigo 102, inciso III. O aspecto comum consiste no instrumento, o recurso extraordinário, onde se podem verificar – e fiscalizar – as duas manifestações de inconstitucionalidade. Uma delas diz respeito ao vício da própria decisão recorrida (alínea “a”), no âmbito de aplicação de uma norma cuja constitucionalidade não esteja sendo combatida. Constatar a existência desta faceta e, principalmente, diferenciá-la da segunda modalidade (alínea “b”), quando o ato normativo resulta questionado em caráter prévio ao deslinde da causa, significa incorporar para o direito importantes contribuições da hermenêutica filosófica, de modo a ratificá-la, em termos práticos, em direção a uma genuína hermenêutica constitucional. Ademais, expedientes interpretativos como a interpretação conforme passam a adquirir contornos peculiares ao propósito da aplicação judicial (*applicatio*), convivendo ao lado de expedientes jurisdicionais de estirpe generalista e vinculante.

A interpretação conforme à Constituição pode ser caracterizada como uma modalidade intermediária – digna, já, e só por isto, de aplausos – de prudente solução a rejeitar extremada fórmula de inconstitucionalidade, ou peremptória chancela de constitucionalidade, esta última também dotada de eficácia geral e vinculante conforme ordenamento constitucional pátrio. Entretanto, a doutrina alemã, e, mais recentemente, a brasileira, desde há muito celebra na interpretação conforme potencialidade decisória mais afeta à própria jurisdição comum, de modo a inclusive denominá-la com outra terminologia para a distinguir dos cânones objetivos de manutenção do ato normativo em vez de sua expunção do sistema jurídico. Com apoio nas lições de Klaus Schlaich, afigura-se justificado, assim, o enquadramento da

interpretação conforme como modalidade de categoria “gênero”, cujas duas espécies apontam uma para as Cortes Constitucionais e outra para a jurisdição ordinária.² De outra banda, com semelhante eficácia distintiva, poder-se-ia denominar de interpretação conforme à Constituição o expediente realizado pelos Tribunais Constitucionais para efeito de preservar a norma impugnada no sistema jurídico com o condicionante interpretativo de afeiçoar-lhe compatibilidade com a Carta Magna, em contraste com a interpretação orientada pela Constituição (ou termos afins), esta voltada à aplicação em si mesma, como processo concretizador do direito, empreendida difusamente por juízes e tribunais no âmbito interpretativo, onde não está em xeque a constitucionalidade dos preceitos legais invocados para a resolução dos casos concretos.³

2 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1190.

3 O emprego da expressão “interpretação orientada pela Constituição” é cunhado por Luís Afonso Heck (*O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*. In *Revista de Informação Legislativa*, n. 124, out./dez. 1994, pp. 131-132). Outros autores se utilizam de outros termos ou expressões para indicar a mesma interpretação decisória (aplicação) conforme, sob a guarda conteudística da Constituição: para citar exemplos referenciais, Lenio Luiz Streck, ao referir a interpretação constitucionalmente adequada para o fito de aferir a resposta correta (*Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 281-321); Luiz Guilherme Marinoni, ao defender a interpretação de acordo com a Constituição (ou com os direitos fundamentais, *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 229-234; *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 89-139; *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 17-54)); Jorge Reis Novais, por fim, celebrando a constitucionalidade das normas na interpretação concreta efetuada pelo juiz comum (*Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade*. In *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 164); e, por derradeiro, Castanheira Neves, quando se debruça em pormenores na indelével relação entre critério normativo e judicativa decisão concreta para o propósito de uma adequada compreensão da interpretação jurídica (*O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 45-106).

A importância desta distinção está sedimentada no fato de que a interpretação orientada pela Constituição prescinde dos mecanismos processuais de uniformização de jurisprudência, na medida em que sua precedência hermenêutica de cariz concretizador ou aplicativo apenas resulta suscetível de harmonia e congruência diante de uma cultura judicial precedentalista, e não de uma política generalizante com atributo vinculante.⁴ Vale dizer, interpretar dispositivo legal com esteio na Constituição da República para efeito de homenagear uma decisão conforme, em detrimento de uma interpretação que ali se poderia mostrar incompatível ao Texto Maior, nada implica (ou presume) prévia mácula de inconstitucionalidade da lei, tal qual preceitua a enunciação sumular ora referida, proveniente do Supremo Tribunal Federal. A pressuposição ideológica da Súmula n. 10 do STF carrega consigo, ao revés, uma cultura positivista de alcançar às normas jurídicas significados ou sentidos unívocos, cuja construção hermenêutica – embora fundamentada na Constituição – implica inerente descumprimento ao subjacente – e invencível – texto ou à teleologia semântica do texto, e, portanto, faz presumir, assim, o seu reclamo de inconstitucionalidade. Em outras palavras, ir de encontro ao sentido unívoco dos textos normativos ou ao seu conteúdo literal, ou mesmo aos seus contornos finalísticos, significa presumir a sua inconstitucionalidade, com o objetivo de, assim, pretender conferir à demanda resultado diverso, com base em outros referenciais da ordem jurídica, que não aquele derivado do dispositivo a que se pretende conceder interpretação orientada pela Constituição.

4 A cultura precedentalista é preconizada por APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2008, pp. 113-115.

Interessante notar que as mudanças legislativas – a adoção de súmulas vinculantes, de repercussão geral em recursos extraordinários, de representatividade por “amostras” de controvérsias ilustrativas de recursos especiais – e mesmo as transformações judiciais da Suprema Corte brasileira têm promovido sintomáticas alterações na doutrina pátria, muitas em detrimento de uma eficácia constitucional interpretativa incidente nas decisões judiciais. A idéia de que a interpretação conforme não estaria sujeita – na sua modalidade hermenêutica de filtrar decisões – ao incidente de uniformização jurisprudencial e, assim, estaria infensa à regra de reserva de plenário, consiste numa posição calcada em dada concepção hermenêutica do processo e da própria Constituição, não manietada, destarte, por eventuais movimentos institucionais em sentido contrário.⁵ Mesmo assim, há autores que, onde antes distinguiam que as interpretações inconstitucionais, calibradas na interpretação conforme junto aos tribunais e juízes de primeira instância, não se submetiam à aplicação do artigo 97 da Constituição, hoje atestam, diante da tendência judicante do STF e daquelas novas medidas legislativas, ser a inconstitucionalidade interpretativa uma espécie acessória – de subserviência obrigatória – da inconstitucionalidade das leis e atos normativos.⁶

5 É o caso de Lenio Streck (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004), ao afirmar que a interpretação conforme, nesta modalidade hermenêutica de aplicação, promove uma criação de novos sentidos, dela não resultando a premissa de inconstitucionalidade da lei, mas a adaptação de uma nova norma (resultado da interpretação do texto) ao caso sob julgamento, motivo pelo qual não poderá ter efeito vinculante (p. 619), sequer obrigatória de a suscitação do incidente de inconstitucionalidade (p. 662).

6 Eduardo Appio, com apoio em jurisprudência, atestava que a interpretação conforme efetuada pelos órgãos fracionários dos tribunais não teria de se submeter ao Pleno do Tribunal respectivo quando em causa a inconstitucionalidade de uma

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir em mais de um recurso extraordinário que a cláusula de reserva de plenário, isto é, a regra do *full bench* contida no artigo 97 da Constituição de 1988, não seria de atuação necessária ou obrigatória em julgamentos nos quais se operou determinada interpretação restritiva acerca da incidência de norma jurídica válida, quando esta resulta não aplicada em caso específico, nada obstante sua manutenção para outras situações, diferentes daquela analisada em exame recursal.⁷ Trata-se de paradigmático julgamento pelo inegável contributo hermenêutico de suas transcendentais razões, fundadas na desindexação de texto e norma (interpretação), quando a aplicação judicial, ao decidir o conflito característico da lide através de fundamentos jurídicos, nem sempre onera, para o fim de alcançar uma resposta constitucionalmente adequada ou de acordo com o Texto Maior, os cânones objetivos – e preliminares – de controle de constitucionalidade. Em suma, a tese de referidos precedentes ultima a não superposição (ou justaposição) entre o controle difuso e o concreto de constitucionalidade, como se ambos fossem, em mimético reducionismo, uma única entidade. Portanto, as relações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade não se afixam apenas entre textos

interpretação, ou seja, quando prestigiada a aplicação judicial conforme o Texto Maior (*Interpretação Conforme a Constituição*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 103). Em última obra, o autor defende incontestemente a aplicação da regra do *full bench* (artigo 97 da Constituição), a fim de homenagear a vinculação interna dos membros do Tribunal ao precedente fixado, em caráter paradigmático, pelo Plenário, este digno de representar o posicionamento integral da Corte (*Controle difuso de constitucionalidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 41).

7 Reza a ementa do Recurso Extraordinário n. 460.971-1/RS, decisão publicada em 30.03.2007 no Diário de Justiça: “Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o artigo 97 da Constituição”. O julgamento, capitaneado pelo Relator Sepúlveda Pertence, foi um fiel seguidor da tese esposada originalmente no Recurso Extraordinário n. 184.093, relatado pelo Ministro Moreira Alves.

jurídicos, senão entre a interpretação decisória e o arcabouço constitucional capaz de redefinir, concretamente, o esquadro da própria normatização ordinária.

O precedente em comento, portanto, ao assumir que as normas jurídicas, na sua concretização (aplicação) judicante, poderão ser interpretadas de acordo com o texto constitucional, sem que haja, necessariamente, o comprometimento da validade dos respectivos dispositivos enunciadores, confere incontestemente subsídio para a distinção aqui sistematizada entre o controle difuso e a apuração concreta de constitucionalidade. Afirmar que o preceito normativo poderá não ser aplicado para dada situação ou, ainda, que o seu cumprimento estrito, em termos de literalidade ou fundamento matriz, merece ser fundamentadamente adequado em benefício de resposta diversa, constitucionalmente adequada, significa assumir uma feição precedentalista responsável absolutamente fundamental ao Estado Democrático de Direito. E toda a jurisdição constitucional divorciada da hermenêutica concretizante, ou seja, partidária de mecanismos procedimentalistas de caráter padronizador, infensos aos casos concretos insurgentes de potenciais inconstitucionalidades judicadas, será uma instituição incompleta e fragilizada por apenas preconizar um sistema abstrato de controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Interpretação Conforme a Constituição*. Curitiba: Juruá, 2002.

HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. In *Revista de Informação Legislativa*, n. 124, out./dez. 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

NEVES, A. Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade). In *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.