

Insper

Relatório Final de Iniciação Científica

Giulia Beatriz Brombine Alves Rodrigues

Orientador: Prof. Diego Werneck Arguelhes

Curso: Direito

Interpretação Conforme a Constituição e Jurisprudência do STF

São Paulo

2023

Sumário

1. Introdução.	3
2. Revisão Bibliográfica.	5
a) Definição e críticas da literatura ao conceito.....	5
b) “O cânone da evitação”: Interpretação conforme no direito estadunidense. .	8
4. Conclusão:.....	15
5. Bibliografia.	16

1. Introdução.

Em uma democracia constitucional, o código que rege desde os direitos tidos como principais para a nação, até a sistematização de órgãos públicos, e submete todas as leis ao seu crivo é a Constituição Federal. No caso brasileiro, para uma alteração formal em seu texto, a própria constituição estabelece que haja uma emenda constitucional. Para esse procedimento, há um quórum de 3/5 dos votos das duas casas do Congresso Nacional - mais alto do que o quórum de aprovação de leis em geral – O que torna emendas ao texto constitucional mais difíceis de serem aprovadas.

Controle de constitucionalidade, por sua vez, pode ser definido como um poder excepcional do judiciário de analisar normas infraconstitucionais e, por meio de técnicas específicas, manter ou retirar do ordenamento o que não for compatível com a constituição. É válido destacar que a manutenção das decisões do poder legislativo é a regra, tendo em vista a separação de poderes. Ou seja, revogar uma norma do sistema jurídico deve ser uma medida excepcional e, na maioria das vezes, magistrados deveriam respeitar as leis estabelecidas pelos órgãos legislativos.

Nas últimas décadas, uma dessas técnicas de interpretação ganhou centralidade no direito brasileiro: a chamada “interpretação conforme a constituição”. Tal mecanismo pode ser definido como o poder de um juiz definir a interpretação de uma norma de modo a torná-la compatível com a constituição. Um exemplo dessa aplicação ocorreu em dezembro de 2021, quando o STF, decidiu que, embora a Constituição proíba a vacinação forçada, a Lei federal 13.979/2020 que instituía a vacinação obrigatória e impunha restrições a quem não se vacinasse era constitucional porque poderia ser interpretada conforme a constituição. No caso, os ministros utilizaram a ICC para defender que os termos “compulsória” e “forçada” não são sinônimos e, por isso, a lei não desrespeitava a constituição.

A utilização desse mecanismo não é pontual. Uma busca com as palavras-chave “interpretação conforme” no site do Supremo Tribunal Federal, tem como resposta um montante de 62.899 casos de incidência em decisões monocráticas e 1.786 em acórdãos. Trata-se de um

número significativo de utilizações da técnica ou no mínimo citações a essa ideia.¹

A ICC promete salvar o trabalho do legislador e apenas declarar a inconstitucionalidade de leis infraconstitucionais quando não houver nenhuma possibilidade de interpretação ou modificação de seu significado inicial ganhou espaço e aplicabilidade no ordenamento brasileiro.

Contudo, apesar da sua crescente popularidade como ferramenta de deferência do juiz ao legislador, a utilização da interpretação conforme a Constituição (“ICC”) pode ser problemática. Em certas situações, mesmo que não haja declaração formal de inconstitucionalidade de parte da norma, o uso da técnica permite ao juiz constitucional a ressignificação, alteração ou modulação de uma norma infraconstitucional em vigência, sem que haja participação de legisladores e formuladores de políticas na elaboração da nova regra que surge após a intervenção judicial. Isso pode configurar ameaça à separação de poderes e a integridade e legitimidade do poder legislativo.

Considerando essa alta incidência da ICC nas decisões do Supremo, e o problema de legitimidade da decisão judicial que é agravado pelo descompasso entre como as produções acadêmicas descrevem que deveria ser a utilização da interpretação conforme, e como ela de fato é utilizada pelo Supremo atualmente no Brasil.

A literatura jurídica aborda a ICC como uma mera expressão de deferência do juiz em relação ao legislador, mas não é certo que essa visão de fato representa a prática dos ministros quando a utilizam. Pode ser que a doutrina não esteja percebendo que há um descompasso entre a definição dogmática da técnica e sua aplicação.

O objetivo do presente trabalho foi analisar a relação entre a definição da ICC pela literatura e sua utilização pela corte constitucional e verificar se o descompasso supracitado se concretizava na realidade.

Para tanto, realizou-se uma revisão bibliográfica sobre a técnica da ICC e suas implicações a fim de responder às seguintes questões:

- 1) Como a ICC é definida pela literatura especializada no Brasil?

¹ A mesma pesquisa realizada com os termos “dignidade humana” no site do tribunal retornaram 1.631 ocorrências em decisões monocráticas e 85 em acórdãos. Uma diferença no mínimo interessante que demonstra a relevância da técnica para a Corte Constitucional brasileira.

2) Na literatura nacional e na dos EUA, quais são os limites e condições para aplicação adequada da ICC no controle de constitucionalidade em geral?

3) Quais são os limites para a aplicação desse método de controle constitucional em um caso do Supremo Tribunal Federal?

Após isso, foi realizada uma aplicação dos conceitos depreendidos da literatura em um caso concreto, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 132, julgada no ano de 2011 pelo Superior Tribunal Federal, que tratava da união estável de casais homoafetivos. Esse caso foi selecionado porque tem como questão central a aplicação ou não da Interpretação conforme a constituição, além de fundamentações exaustivas dos ministros sobre o uso da ICC no caso. Fatos que o tornaram relevante para a observação proposta por esse trabalho.

2. Revisão Bibliográfica.

a) Definição e críticas da literatura ao conceito.

Neste tópico, discute-se o conceito de ICC a partir de uma seleção de manuais de direito constitucional brasileiro e de produções acadêmicas nacionais.

Inicialmente, nos manuais, o conceito de Interpretação Conforme à Constituição é apresentado por diversos autores, como, Novelino (2014), Trindade (2015), Padilha (2019), Mendes; Filho (2021) e Moraes (2022), como um “cânone” da interpretação e aplicação da constituição, ou seja, uma espécie de orientação geral que guia o comportamento de juízes no exercício de controle de constitucionalidade.

Esses autores afirmam que a ICC é uma técnica aplicável “Sempre que a lei apresentar mais de um significado possível” Mendes; Filho (2021). Cujo objetivo é “salvar da inconstitucionalidade uma norma, cujas disposições possam ser com a norma suprema compatibilizadas” Trindade (2015). Nessas hipóteses, a tarefa do juiz seria “eliminar as possibilidades de interpretação incompatíveis com o ordenamento constitucional, com redução do conteúdo normativo, sem afetar a expressão literal da norma subjugada a controle de constitucionalidade” Moraes (2022).

Depreende-se, portanto desta etapa da pesquisa, que os manuais analisados relacionam a ICC com a ideia de salvação de normas, reconhecimento e manutenção do trabalho do legislador,

pois se baseiam na ideia de que o magistrado estaria apenas atribuindo um sentido a norma que fosse compatível com a constituição.

Eles assumem, portanto, que a utilização da ICC sempre deve ocorrer para que haja uma preservação da norma Padilha (2019), e, além disso, deve sempre ocorrer dentro dos limites textuais. Afinal, a ICC não permite que o intérprete contrarie o sentido literal da lei (interpretação contra legem) Novelino (2014). Essa premissa não é sempre verdadeira e existem contextos nos quais os juízes utilizam essa técnica com o pretexto de salvar a lei para alterá-la e extrapolar o seu limite semântico.

Críticos nacionais da definição trazida pelos manuais de direito constitucional, também se posicionaram acerca da temática.

Em primeiro lugar, Silva (2006), em um trabalho que problematiza a interpretação conforme e destaca seus possíveis danos ao ordenamento jurídico, defende que o cânone em questão não cumpre o objetivo a que se propõe. De acordo com as definições de manuais constitucionais, a interpretação conforme seria utilizada para salvar, ou ainda, valorizar e manter o trabalho dos legisladores. No entanto, para o autor, uma regra que estabelece que o juiz é obrigado a salvar uma norma da inconstitucionalidade promove mais atrito do que harmonia entre os poderes legislativo e judiciário.

O autor ainda destaca que a presunção de constitucionalidade das normas - Maior embasamento para o cânone de interpretação conforme é demasiadamente frágil, e deixa margem para que o judiciário extrapole os limites impostos pelo texto das leis, e rompa com a ideia de respeito e manutenção da obra do legislador.

Por último, Silva também afirma que a declaração de que uma lei é inconstitucional garante a integridade do ordenamento jurídico tanto quanto, ou até com maior precisão, do que o uso dessa ferramenta potencialmente ampliadora dos poderes do judiciário, afinal, para Virgílio, considerar a constituição como um parâmetro para interpretação de uma norma e uma tentativa de salvá-la por meio de expansões ou restrições de seu significado são concepções diferentes e podem gerar efeitos distintos na relação entre os poderes estatais e na alocação de competências entre eles.

Para Arguelhes e Lima (2022), nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel central na política brasileira, influenciando os resultados dos processos decisórios. Os autores observam que essa centralidade é evidenciada pela adoção da

Interpretação Conforme Constitucional pelo STF. Esta técnica, inicialmente concebida para abordar leis potencialmente inconstitucionais, evoluiu ao longo do tempo. Em suas aplicações iniciais, a ICC estava vinculada à seleção ou exclusão de possíveis interpretações de uma norma para assegurar sua conformidade com a Constituição. Contudo, decisões recentes da corte brasileira expandiram o escopo da ICC, estabelecendo critérios específicos e antecipando respostas a questões ainda não propostas pelo legislativo.

Assim, para os autores, o que o Supremo fez nas últimas décadas, não envolve meramente a utilização da interpretação conforme a constituição como um método de proteção ao ordenamento e preservação de normas, mas também diz respeito, a uma expansão do poder legislativo de autoridades judiciárias, que agora não interpretarem constitucionalmente o que o estatuto de fato diz, mas ditam o que ele deveria dizer sem uma fundamentação clara no texto legal, manipulando a norma e acrescentando ou retirando dela conteúdos e significados não apreciados por legisladores.

Os exemplos trazidos pelos autores corroboram essa visão e demonstram essa tendência. Na Ação direta de inconstitucionalidade 6586/6587, relativa à vacinação obrigatória no período pandêmico, o STF interpretou o termo "obrigatória" e delineou requisitos que as medidas de vacinação deveriam atender. Já na ADI 6431, o STF determinou que uma norma que autorizasse o Executivo a definir serviços como "essenciais" deveria ser interpretada de modo a respeitar as competências dos entes federativos locais. Tais decisões estabelecem parâmetros e limitações, indicando o papel do STF na configuração jurídica brasileira.

Por fim, Laurentiis (2011) analisa a ICC, seus conceitos e efeitos e afirma que seriam dois os fundamentos da aplicação dessa técnica no Brasil: O topos da unidade do ordenamento, que seria a concepção de que não há lacunas no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade que permeia a obra do legislador. O autor define IC como uma técnica usada para “salvar” a obra do legislativo era defendida pela literatura.

Para fins desse estudo, vale ressaltar que o autor defende ainda, que existem critérios para a aplicação da ICC que devem ser observados pelos magistrados e sem os quais, não é admissível que haja Interpretação conforme da norma:

- 1) O instrumento de controle de constitucionalidade acionado deve poder aferir a constitucionalidade da norma.
- 2) A norma deve conter potencial abstração ou generalização em seu enunciado.

O primeiro requisito não constitui o cerne da presente análise, dado que no âmbito jurídico brasileiro, tal perspectiva é uma premissa inerente, considerando-se a disponibilidade contínua do controle concreto e incidental.

No entanto, o segundo critério nos é relevante, afinal, o autor estabelece que apenas quando houver possibilidade de abstração ou generalização da norma, é que o mecanismo de Interpretação conforme deveria ser utilizado pelos juízes.

Nessa direção, é possível notar que os estudos nacionais indicam o enunciado normativo como um limite relevante para a aplicação da ICC. No contexto deste estudo, buscou-se examinar, em um caso concreto, se os Ministros da Suprema Corte brasileira realmente fundamentam suas decisões unicamente no enunciado normativo, ou se podem ser identificados votos onde os juízes extrapolam o sentido da norma e utilizam a expressão “Interpretação Conforme a Constituição” para realizar operações que vão além dos limites textuais.

A temática do emprego da Interpretação Conforme a Constituição para ampliar a competência do tribunal, facultando-lhe a reinterpretação das normas, já foi objeto de discussões internacionais. Na seção subsequente, abordou-se os debates provenientes dos Estados Unidos da América.

b) “O cânone da evitação”: Interpretação conforme no direito estadunidense.

O debate e as produções acadêmicas listadas abaixo dos Estados Unidos foram selecionados para esse trabalho, pelo fato de que no Brasil, autores e juízes em suas decisões se referem à interpretação conforme, citando a ideia de “saving construction” presente no ordenamento americano. Assim, considerou-se relevante analisar o debate norte-americano sobre os problemas envolvidos na utilização desse conceito de “saving constructions” pela suprema corte.

Inicialmente, Katyal e Schmidt (2015), analisando a aplicação da ICC no ordenamento norte americano, defendem que esse método interpretativo abrange diversas práticas distintas, agrupadas sob o rótulo de “evitação ativa”, que seria a prática de não decidir questões constitucionais, ou declarar leis inconstitucionais, sem que seja estritamente necessário adotar alguma medida semelhante para solucionar o caso diante do tribunal. Contudo, assim como no Brasil com as decisões sobre ICC do STF, os autores observam que a Suprema Corte, por meio de diversas técnicas e argumentações distintas, encontra maneiras de exercer um tipo de poder que é na verdade legislativo que vai além de seu escopo de atuação.

A exemplo, o texto traz o caso *NFIB v. Sebelius* que foi um caso importante de direito constitucional nos Estados Unidos. Ele envolveu o questionamento da constitucionalidade da Lei de Proteção ao Paciente e Cuidados de Saúde Acessíveis (ACA), também conhecida como *Obamacare*. Ela exigia que a maioria dos americanos adquirisse um seguro de saúde ou pagasse uma multa. O caso foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos, que teve que decidir se o Congresso tinha o poder de impor esse mandato sob a Cláusula de Comércio da Constituição. A fim de salvar a lei da inconstitucionalidade, a Suprema Corte realizou o que os autores chamam de “avoidance” para decidir que o congresso poderia impor taxas como uma espécie de sanção aos cidadãos que não compravam planos de saúde e, com isso, estabeleceu limites ao poder do Congresso de regular o comércio interestadual, além de implicações para a implementação da ACA e para o debate sobre o papel do governo na prestação de cuidados de saúde.

Ademais, os autores descrevem três variáveis úteis, em suas visões, para a análise dos tipos de “evitação” aplicados pelo judiciário estadunidense. A primeira variável mencionada refere-se ao grau em que a aplicação do cânon de evitação faz com que um intérprete se desvie da leitura “ideal” ou “melhor” de uma norma. Em outras palavras, quando o cânon de evitação é aplicado, geralmente leva a uma interpretação que não é a mais direta ou clara do estatuto, mas que evita problemas constitucionais. A ideia é que, em alguns casos, uma pequena distorção do significado da norma pode ser aceitável, enquanto em outros, uma grande distorção pode ser problemática. Essa distinção é relevante para a compreensão da abrangência do que eles chamam de poder de reescrita aplicado pelo magistrado ao usar o mecanismo de interpretação a fim de salvar a norma.

A segunda variável relevante para eles é o nível de dúvida constitucional necessário para dar início a aplicação do cânone da evitação. Ou seja, a questão aqui é se polissemia da norma é muito evidente e claramente existe uma interpretação constitucional e outra incompatível com a constituição, ou não há espaço para outras interpretações e a norma não tem pouca ou nenhuma “salvação” ante o texto constitucional. Para os autores aqui há uma preocupação de que, na atualidade, o nível da dúvida seja cada vez mais baixo e, com isso, mais normas estejam passando pelo crivo da evitação, ou da interpretação conforme e conseqüentemente, maior tem se tornado o espaço de criação legislativa do poder judiciário.

Por fim, a terceira variável analisada pelos autores é a questão da natureza do embate constitucional, que para eles, diz respeito ao tipo de problema ou questão constitucional em jogo. Pode envolver a aplicação de doutrinas ou princípios constitucionais estabelecidos a novas circunstâncias ou pode envolver questões mais fundamentais ou novas sobre a

constitucionalidade. Essa variável, para os autores, se torna mais ampla com o passar do tempo e, por isso, pode ser utilizada como porta de entrada para a criação de novas normas constitucionais, ou mesmo permitir modificações significativas de leis e doutrinas vigentes ².

Vale ressaltar ainda, que as classificações supracitadas são utilizadas para evidenciar a preocupação dos autores com o poder de modificação e criação de novas regras e princípios constitucionais a pretexto da salvação de um texto normativo que a evitação, ou a interpretação conforme fornece aos juízes. Afinal, com o *avoidance* haveria facilitação do processo de modificação constitucional, a competência do legislador seria afetada e, finalmente, o ordenamento jurídico seria renovado com menor visibilidade.

Nesse ponto da pesquisa, percebeu-se que seria relevante que ler textos mais gerais produzidos pela comunidade jurídica americana sobre seu entendimento do termo "interpretação" e sua relação com textos legais. Para isso, optou-se pelo texto a seguir:

Vermeule (2017), classifica a ICC em duas categorias: "Evitação", que pode ser procedimental, clássica ou moderna, e "separabilidade", que se divide em própria e *jus tertii*. O autor faz isso, pois sua ideia principal é ressaltar que algumas dessas categorias nas quais a interpretação conforme se divide não salvam a lei, como os juristas que as usam defendem, mas sim, modula seu escopo e seus efeitos de acordo com a discricionariedade do intérprete.

Nessa linha, o autor define a evitação procedimental como uma estratégia adotada por juristas de não analisar o mérito da questão constitucional por alegarem uma ausência de critérios formais ou procedimentais na formulação da contestação da lei. Em contrapartida, nos casos de evitação clássica e moderna, o magistrado enfrenta a questão constitucional sob o pretexto de salvar a lei. Na "evitação clássica", é preciso escolher entre duas possíveis interpretações da norma: uma constitucional e uma incompatível com a constituição, ou seja, não é possível resolver a questão sem declarar uma interpretação inconstitucional. Dentro dessa classificação, no entanto, o problema para o autor, encontra-se majoritariamente na "evitação moderna", que é cada vez mais aplicada pelas cortes, e significa uma opção do jurista de colocar em dúvida a constitucionalidade de uma norma, sem discuti-la de fato e assim, abrir espaço para em uma oportunidade futura, a questão ser debatida e interpretada discricionariamente pelo judiciário. Tal estratégia, portanto, não apenas não salva necessariamente a lei, como dá margem para que novas leituras da constituição e da legislação sejam produzidas a partir da dúvida constitucional, e com isso, dá margem para que novas normas constitucionais sejam depreendidas daquela

² A essa última maneira de uso do cânone, os autores deram o nome de "evitação generativa" (active avoidance).

dúvida constitucional iniciada pela estratégia de “evitação moderna”.

“Separabilidade”, por sua vez, é dividida em própria, ou seja, quando uma questão constitucional é apontada pelo indivíduo em seu caso concreto e o juiz define para aquela situação a inconstitucionalidade da norma, e em *jus tertii*, método de separação que envolve a interpretação de que uma lei pode vir a ser inconstitucional para indivíduos, momentos ou até mesmo situações diferentes daquela do caso analisado.³

Por fim, vale ressaltar que de acordo com os autores norte-americanos, nos EUA a técnica de "interpretação conforme a Constituição" engloba um conjunto diversificado de práticas, coletivamente denominadas "evitação ativa". Estas, embora compartilhem o objetivo de evitar decisões constitucionais diretas, manifestam-se de maneiras variadas e, frequentemente, geram tensões entre a autoridade do judiciário e a do legislativo, refletindo preocupações similares às encontradas no cenário jurídico brasileiro.

3. Aplicação a um caso concreto dos conceitos analisados e dos limites apontados pela literatura:

Os juízes da suprema corte brasileira de fato tratam o enunciado da norma como o limite da ICC como a doutrina nacional defende? Este dilema é central nos trabalhos consultados, mesmo que a maioria das pesquisas aparente considerar que o STF vê o texto como limite. (Arguelhes e Lima, 2023).

Para responder a tal questionamento e para fins de aplicação dos conhecimentos adquiridos no decorrer da pesquisa, escolheu-se um caso do Supremo Tribunal Federal que possui a ICC como centro da discussão. O acórdão selecionado foi o ADPF 132, que diz respeito a constitucionalidade da união estável (prevista pelo artigo 1.723 do código civil) entre pessoas do mesmo sexo no Brasil⁴.

³ Para entender a preocupação do autor com a classificação de evitação moderna e separação *jus tertii*, é importante ressaltar que no ordenamento jurídico dos Estados Unidos, juízes não podem julgar a constitucionalidade de normas em tese, sendo sempre necessário, que haja um caso concreto e que se analise a aplicação e a constitucionalidade da norma exclusivamente para o caso em questão.

⁴ Acórdão escolhido, especificamente por ter sido citado em vários dos textos revisados ao longo da pesquisa, como em Novelino (2014) nas páginas 177 e 1029, Padilha (2019) na página 699, Mendes e Trindade (2021) nas páginas 66 e 89, Moraes (2022) nas páginas 172 e 992 e Arguelhes e Lima (2023) nas páginas 12 e 13.

Dentre os votos dos Ministros neste acórdão, buscou-se por todas as ocorrências dos termos “interpretação conforme a constituição” e nessa seção, analisou-se se essa ocorrência se deu de maneira convergente com aquilo que a doutrina brasileira define como ICC.

Vale destacar que cinco votos do acórdão citaram diretamente a expressão buscada e discutiram algum aspecto da técnica de interpretação conforme à constituição em seus votos: ministros Ayres Britto, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes e Cezar Peluso.

Os votos que não discutiram a questão não foram analisados.

Após isso, verificou-se então, se havia indícios de que os limites apontados pela literatura brasileira se aplicavam ao caso em questão nos votos selecionados.

a) Análise dos votos

O voto do ministro Ayres Britto, relator do caso na corte constitucional, utilizou a ICC como método para excluir qualquer significado dos termos “homem e mulher” e “entidade familiar” do código civil, que não incluísse os casais homoafetivos como sujeitos do reconhecimento estabelecido pelo artigo 1.723 do código.

“No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”.

Tomando como base a literatura a respeito da ICC analisada por esse trabalho, é possível afirmar que o ministro faz um uso diferente daquele proposto pela doutrina brasileira. Isso porque para autores como Moraes (2022) e Laurentiis (2011), a ICC não deve extrapolar os limites textuais e, nesse caso, para incluir os casais homoafetivos, o ministro sugere que haja uma expansão do sentido da norma a fim de que qualquer interpretação que não reconheça também os direitos desses casais seja excluída do ordenamento.

Nesse caso, na verdade, pela concepção de Laurentiis dos requisitos para a utilização da ICC, o magistrado sequer poderia tê-la acionado como método possível. Isso porque o critério – Norma passível de abstração ou generalização – não é cumprido.

O ministro Luiz Fux se manifesta em uma direção próxima aquela trazida pelo relator do caso. Ao se referir à norma constitucional, o magistrado defende que seria perverso concluir

que o texto é restritivo a ponto de não incluir pessoas de mesmo sexo que se relacionam.

“Saliente-se, ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal (“entre homem e mulher”) (...)

(...) Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas”.

O problema deste voto é semelhante ao anterior. Se na perspectiva dos autores da doutrina nacional analisados, a Interpretação Conforme à Constituição é aplicável apenas quando há intenção de salvar o trabalho legislativo sem alterações ao texto, há discrepância entre o voto do ministro e a literatura.

O voto da ministra Carmen Lúcia destoa de seus antecessores, principalmente porque a magistrada não apenas interpretou o artigo do Código civil em questão como capaz de incluir casais homoafetivos, mas para além disso, propôs que o próprio texto constitucional do artigo 226 fosse interpretado de maneira que abrangesse pessoas homossexuais.

(...) “Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos”.

“Daí porque há de se interpretar, a meu ver, a própria norma do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição brasileira para se concluir sobre a aplicabilidade do art. 1723 do Código Civil” (...)

Nesse caso a ministra propõe, em um primeiro momento, que casais formados ou não por homens e mulheres exclusivamente precisam ter seus direitos fundamentais assegurados, o que significa que para ela, o artigo 1723 do código civil deve se estender a essas entidades familiares também.

O segundo trecho do voto da ministra destaca um segundo uso da ICC no caso. Aqui, a ministra propõe que a ICC seja realizada para interpretar o próprio artigo 226 da constituição, expandindo o seu significado para abranger também casais homoafetivos.

Esse tipo de uso da técnica contraria a descrição da doutrina sobre sua aplicação. Afinal, existe na literatura uma concepção de que a ICC é apenas uma deferência do magistrado ao trabalho no legislador, o que não se concretiza aqui, porque a ICC foi acionada pela ministra como um método de modulação do próprio artigo da constituição que ampliou seus limites sem que o Poder legislativo sequer tenha cogitado emendar o texto constitucional.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, traz em seu voto uma discussão acerca dos limites da interpretação conforme, que para ele, impedem que uma norma constitucional seja alterada pelo judiciário. Contudo, afirmou também que a norma infraconstitucional em questão padeceria de certa indeterminação semântica, não compondo um rol taxativo, mas meramente exemplificativo de situações. Com isso, pelo fato de estar sendo usada para impedir o estabelecimento de uniões estáveis homoafetivas, merecia ser interpretada conforme o texto constitucional para validar os direitos dessa minoria.

“Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao self restraint, por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal”. (...)

(...) “E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem na norma constitucional (art. 226, § 3º), mas com suporte em outros princípios constitucionais”. (...)

(...) “Parece-me, conclusivamente, que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a

direitos de minoria”.

Percebeu-se no voto do ministro uma preocupação acerca das implicações da utilização da ICC para interpretar o artigo do código civil. Contudo, há mais uma vez a utilização da técnica para expandir o significado da norma. Novamente, o cenário é de extrapolação do enunciado normativo e uma aplicação equivocada, de acordo com a doutrina brasileira, da Interpretação Conforme.

Por fim, em seu voto, o ministro Cezar Peluso, então presidente do Supremo Tribunal Federal, afirma que a ICC se faz necessária no caso por conta do silêncio legislativo em relação à questão. Partindo desse fundamento, o magistrado inclusive apontou em sua argumentação, que o legislativo, mesmo após a decisão, teria espaço de deliberação sobre a união estável de casais homoafetivos.

(...) “este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênia para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo - que há uma lacuna normativa, a qual precisa de ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude - não da igualdade -, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo”.

(...) “A nossa decisão claro que opera por si, mas não fecha os espaços de legiferação pelo Congresso Nacional”.

Nesse caso, o ministro também expandiu o significado do enunciado normativo e não atuou de acordo com os pressupostos da ICC trazidos pela doutrina brasileira. Isso porque fez uso da técnica de interpretação conforme para abranger os casais homoafetivos pelo art. 1.723 do código civil. A extrapolação do sentido da norma fica aparente quando o magistrado defende a similitude da união entre casais heterossexuais e homossexuais.

Vale dizer que apesar do esforço do magistrado em explicitar um espaço para o poder legislativo regular a questão, o silêncio desse poder não deveria, de acordo com a doutrina analisada por esse trabalho ser fundamento para a utilização da Interpretação Conforme.

4. Conclusão:

Após uma análise criteriosa das perspectivas de autores, tanto nacionais quanto

internacionais, sobre os contornos da aplicação da ICC no ordenamento jurídico brasileiro, e considerando a avaliação dos votos que abordam diretamente essa técnica em um caso de repercussão geral, torna-se evidente uma incongruência na maneira como os ministros do Supremo Tribunal Federal empregam a ICC, sob a justificativa de preservar as normas do ordenamento. Esta incongruência é acentuada quando se confronta a definição teórica da Interpretação Conforme, tal como delineada pela literatura, com a prática adotada pelos magistrados na análise de constitucionalidade.

É importante sublinhar que a não observância do escopo da norma como delimitador da ICC pelos ministros configura uma zona ambígua. Nesse espaço, sob o manto da proteção de direitos humanos, por exemplo, normas, sejam infraconstitucionais ou até mesmo constitucionais, podem ser alteradas discricionariamente, sem a necessidade de observar os procedimentos legislativos estabelecidos por uma Constituição que preconiza a separação de poderes e confere ao Congresso Nacional a competência para legislar. Apesar das distintas manifestações do poder de moldar enunciados e de expandir o alcance normativo observadas nos votos, como aqueles que se restringiram à interpretação de um artigo do Código Civil à luz da Constituição e outros que vislumbraram uma interpretação da própria Carta Magna em face de transformações sociais, a utilização da ICC no contexto brasileiro revela um ativismo judicial que, frequentemente, não é ponderado pelos ministros do STF em suas decisões.

A recorrência com que essa técnica é empregada pelos membros da corte constitucional brasileira sugere uma ampliação do papel do STF como um agente legislativo ativo, refletindo sobre a interação e, por vezes, sobreposição, entre o trabalho do Judiciário e do Legislativo. Assim, este artigo objetivou evidenciar que os parâmetros estabelecidos para a utilização da Interpretação Conforme à Constituição, conforme delineados pela doutrina e literatura brasileira, são frequentemente aplicados de maneira divergente daquela preconizada pelos estudiosos nacionais.

5. Bibliografia.

ARGUELHES, D. W.; LIMA, R. S. B. Constitutionally Conforming Interpretation in Brazil: From Restraint to Preemption? in KLATT, M. Constitutionally Conforming Interpretation (Hart, 2023, no prelo)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº

132. Relator: Ministro Ayres Britto. Rio de Janeiro, RJ, 14 de outubro de 2011.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

KATYAL, Neal Kumar; SCHMIDT, Thomas P. Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change. *Harvard Law Review*, p. 2109-2165, 2015.

MENDES, Gilmar F.; FILHO, João Trindade C. Série IDP - Linha Doutrina - Manual Didático de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 2021
MORAES, A. de. Direito Constitucional. Grupo GEN, 2022.

NOVELINO, M. Manual de Direito Constitucional - Volume Único, 9ª edição. Grupo GEN, 2014.

REIS TRINDADE, A. F. dos. Manual de direito constitucional. Editora Saraiva, 2015.

PADILHA, R. Direito Constitucional. Grupo GEN, 2019.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, 2006.

SOLUM, Lawrence B. The interpretation-construction distinction. *Const. Comment.*, v. 27, 2010.

VERMEULE, A. Saving constructions. *Georgetown Law Journal*, v. 85, n. 6, p. 1945-1978, 1997.