



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

EDUARDO MATOS PEREIRA

***“EINE GROSSE KONFUSION”?: O USO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A
CONSTITUIÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA***

Florianópolis
2024

Eduardo Matos Pereira

“Eine Grosse Konfusion”?: o uso da interpretação conforme a Constituição pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Florianópolis

2024

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "*Eine Grosse Konfusion?: o uso da interpretação conforme a Constituição pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina*", elaborado pelo acadêmico Eduardo Matos Pereira defendido em 27/06/2024 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 27 de junho de 2024



Documento assinado digitalmente

Valcir Gassen

Data: 28/06/2024 18:07:29-0300

CPF: ***.557.850-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Valcir Gassen
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente

Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Data: 28/06/2024 18:30:31-0300

CPF: ***.955.300-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Membro da banca

PAULO DE TARSO BRANDÃO
1995333-56068

Assinado digitalmente por PAULO DE TARSO BRANDÃO:199533356068
AR: CN=BR:O=ICP-Brasil, OU=IC SOLUT1 Múltiplo v5, OU=187898700120, OU=Presencial, OU=Certificado
PP AS: O=PAULO DE TARSO BRANDÃO:199533356068
Razão: Eu sou o autor deste documento
Localidade:
Data: 2024.07.04 15:17:45-0300
Fonte PDF: Reader Versão: 2024.2.2

Paulo de Tarso Brandão
Membro da banca



Documento assinado digitalmente

REINALDO PEREIRA E SILVA

Data: 04/07/2024 11:38:23-0300

CPF: ***.567.009-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Reinaldo Pereira e Silva
Membro da banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Eduardo Matos Pereira

RG: 6.987.868

CPF: 081.895.999-17

Matrícula: 19206726

Título do TCC: *Eine Grosse Konfusion?*: o uso da interpretação conforme a
Constituição pelo Tribunal de Justiça de
Orientador(a): Valcir Gassen

Eu, Eduardo Matos Pereira, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 27 de junho de 2024



Documento assinado digitalmente

Eduardo Matos Pereira

Data: 28/06/2024 17:45:54-0300

CPF: ***.895.999-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Eduardo Matos Pereira

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos são mais curtos do que eu gostaria. Flagrantemente não estão à altura daqueles que deveriam ser reconhecidos. Escrevo após a aprovação pela banca, no limite do prazo de depósito no repositório institucional. A premência do tempo me roubou a possibilidade de escrever o que gostaria como agradecimento, especialmente nas partes finais.

Inicialmente agradeço minha mãe, que com muita autoridade me criou. Ao brigar dizia (gritava): **pense** no que você fez. Talvez esta obrigação em pensar seja o começo da minha maldição/libertação. Eternamente grato.

Agradeço também a minha absolutamente notável **sorte**, que me acompanha quando as coisas ficam um pouco complicadas.

Dentre muitas coisas, esta mesma sorte me propiciou ter, além de uma mãe, dois pais. Um “biólogo” e um “socioafetivo”, meu “padrasto”. Coloco os termos em aspas porque considero expressões horríveis, mas necessárias para explicar/distinguir um do outro para o leitor. Para o leitor, pois para mim não há distinção.

Ao meu namorado, Luigi, não sei nem o que dizer. Por sorte, olha ela, Vinicius de Moraes sabe: Se todos fossem iguais a você....

Para falar dos meus amigos, destaco o melhor: Arthur de Souza Calza, meu irmão. Menciono também Enzo Garcia, Éric Pauli, Rafael Nascimento, Yuji e Kenji Teodoro Karazawa Takashima... vou parar por aqui. Já cometerei uma injustiça tremenda ao parar por aqui, deixando dezenas de fora; mas injustiça pior seria citar duzentos e noventa e sete sujeitos e deixar **um** de fora, acumulando em si todo o desprestígio. Assim distribuo mais equitativamente o fardo entre os não citados.

Por ser o marco final da graduação (e apenas dela) destacarei alguns dos amigos/contemporâneos de CCJ/UFSC: Victoria Salgado Figueiredo Gomes, Julia de Marck, Larissa de Linhares Jacobsen, Pablo Francisco Ramos Kapp, Tiago Rafael Ittner, Felipe Messias, Pedro Bertoli, João Victor de Sá Nunes, Bernardo Pinheiro Miranda... vou parar por aqui, a razão já foi enunciada.

Agradeço também os chefes que tive até então, Clarissa Medeiros, Ivan Remor, Douglas Dal Monte e Thais Souza. Destaco a figura do ícone Paulo de Tarso de Brandão. Sob a direção do mestre, conheci e aprofundei laços com os colegas Felipe Siqueira Simão, Guilherme Cidade Soares, Manoella Peixer Cipriani e Emmanoella Pereira. Dentre nossas discussões surgiu minha monografia.

Aos meus professores, todos que tive, desde a educação básica, o meu mais sincero obrigado. Cumprimento todos na pessoa do meu orientador Valcir Gassen, uma figura essencial de incentivo, até em tempos de pandemia.

Sempre quis ser professor, muito embora seja uma profissão absolutamente desprestigiada. Ao longo dos meus 22 anos, quando questionado sobre o que faria, sempre houve uma constante: “quero ser professor”. Instantaneamente ouvia em resposta: “Sim, será **também...** mas será (insira aqui uma profissão de prestígio para você enunciador da frase)”. Muito embora nos contextos as falas tivessem o claro intuito de valorizar-me, — e quanto a isso agradeço muitíssimo os elogios — elas na verdade revelavam a visão de que a docência não é uma “profissão séria”, ou que ela não valeria a totalidade da minha atenção.

Agradeço meus tios, Alexandre e Rafael Matos Pereira.

Agradeço minhas avós, Cleide e Aldanê.

Por último, agradeço meus avôs Hipólito e Osni. Ambos tiveram vidas muito difíceis. Eu, por força do acaso, tive a sorte de ser filho de uma família que é recompensada por seus esforços, diferentemente da esmagadora massa do povo brasileiro, que vive na penúria.

Escrevo estes agradecimentos um dia antes do aniversário do meu avô Hipólito. Ele nasceu em condições simples, como a maioria dos brasileiros. Pescador, acompanhado pelo clássico brasileiro “até a quarta série”, foi provavelmente o maior incentivador dos meus estudos, o mais orgulhoso de todos os meus apoiadores. Após uma vida no mar, conseguiu guardar dinheiro para construir uma casa. Posteriormente, construiu outra no mesmo terreno, que aluga para argentinos no verão do norte da ilha. Pescou por décadas na fronteira com o Uruguai, onde adquiriu uma forma muito específica de falar, misturando, mesmo que não intencionalmente, as duas línguas latinas.

Por conta da citada casa de aluguel criei muitas amizades, com contatos até hoje, com os *hermanos*. Quando era jovem (ainda mais), no verão, conversando com algumas dessas amizades, ouvi: “*tu abuelo es un gran hablante... lo entiende todo y se hace entender*”.

Como disse, não conseguirei discorrer como gostaria sobre isso; mas esse episódio é fundamental para que o Eduardo mais jovem deixasse de ser um sujeito alienado, incapaz de ser, de verdade, intelectualmente capacitado e crítico. Se hoje analiso e comunico, compreendo e me faço entender, da forma que faço, é por conta disso.

Com a idade adquire-se alguma sofisticação. Não a noção que associa o conceito a uma “cultura” ou “etiqueta” advinda de determinado grupo social. Mas sofisticação como resultado de um empenho transformativo. De melhoramento pelo trabalho e reflexão reiterados.

Nesse sentido, sofisticando minha comunicação, meu avô Osni ensinou que o silêncio também é uma forma de se fazer entender.

Prazer inenarrável.

São José da Terra Firme, 3 de julho de 2024.

RESUMO

Esta monografia verifica que o uso da interpretação conforme a Constituição nas decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, nem sempre é adequado. O desenvolvimento do trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro são apresentadas noções básicas de linguística e hermenêutica. No mesmo capítulo, são dadas as definições doutrinárias de interpretação conforme a Constituição. Da pesquisa realizada, conclui-se que, apesar de algumas divergências doutrinárias, é possível conceituar a interpretação conforme Constituição. A partir dos consensos, o trabalho formula um conceito operacional para verificar a adequação do uso pelo TJSC. O segundo capítulo aborda o controle de constitucionalidade e os contornos dados pelo sistema brasileiro, principalmente a ADI (tanto no âmbito federal quanto estadual). O último capítulo é a análise das decisões. Seleccionadas as decisões do órgão especial do TJSC, verificar-se-á a adequação do uso da interpretação conforme, tendo como referência as delimitações teóricas exploradas. A análise das decisões revela que o Tribunal nem sempre emprega este recurso jurídico-argumentativo de maneira adequada, mas não é só a utilização que é insatisfatória. As delimitações conceituais dadas pela doutrina também são bastante insuficientes. Isto é verificável pela própria análise da aplicação, que resulta muito mais em perguntas que respostas.

Palavras-chave: interpretação conforme a Constituição, hermenêutica, controle de constitucionalidade, sentido.

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ALESC – Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

CE – Constituição Estadual

CECCON – Centro de Apoio Operacional de Controle de Constitucionalidade

CESC – Constituição do Estado de Santa Catarina

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MP – Ministério Público

MPSC – Ministério Público de Santa Catarina

PGE – Procuradoria Geral do Estado

PGJ – Procuradoria Geral de Justiça

PL – Projeto de Lei

RE – Recurso Extraordinário

RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados

RITJSC – Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

STF – Supremo Tribunal Federal

TCE – Tribunal de Contas do Estado

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	LINGUAGEM E SIGNIFICADO: HERMENÊUTICA JURÍDICA E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO	13
2.1	LINGUAGEM E SIGNIFICADO	13
2.1.1	Língua e fala.....	14
2.1.2	Significado e significante: o signo linguístico	15
2.2	HERMENÊUTICA E O DIREITO	17
2.3	INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: DEFINIÇÕES DOUTRINÁRIAS	23
2.3.1	Definições doutrinárias	23
2.3.2	Interpretação conforme a Constituição X Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.....	25
2.3.3	Divergências às concepções doutrinárias majoritárias, observações sobre usos equivocados do instituto e os seus efeitos	26
2.3.4	Um conceito operacional.....	29
3	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	30
3.1	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	30
3.1.1	O conceito de inconstitucionalidade.....	31
3.1.2	Arranjos institucionais possíveis e escolhas brasileiras	32
3.1.2.1	<i>Controle difuso, concreto e incidental</i>	<i>34</i>
3.1.2.2	<i>Controle concentrado, abstrato e principal</i>	<i>34</i>
3.1.3	Os agentes e os momentos do controle de constitucionalidade brasileiro	35
3.2	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	36
3.2.1	A Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999	37
3.2.2	Normas pré-constitucionais não podem ser objeto de ADI	38
3.3	NECESSÁRIAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL.....	39
3.3.1	Controle de constitucionalidade estadual.....	39
3.3.1.1	<i>O Parâmetro: Constituição Estadual e as normas de reprodução obrigatória da Constituição da República Federativa do Brasil</i>	<i>40</i>

3.3.1.2	<i>Pluralidade de legitimados e as demais disposições sobre ADI na CESC/89</i>	41
3.3.2	A Lei Estadual n. 12.069, de 27 de dezembro de 2001	42
3.3.3	Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Órgão Especial 43	
4	ANÁLISE DAS DECISÕES	43
4.1	AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA	43
4.2	O USO DA INTERPETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO PELO TJSC	44
4.2.1	ADI n. 5010200-35.2023.8.24.0000	44
4.2.2	ADI n. 5007577-95.2023.8.24.0000	46
4.2.3	ADI n. 5004760-58.2023.8.24.0000	48
4.2.4	ADI n. 5041420-85.2022.8.24.0000	51
4.2.5	ADI n. 5007104-46.2022.8.24.0000	55
4.2.6	ADI n. 5019957-87.2022.8.24.0000	57
4.2.7	ADI n. 5035439-12.2021.8.24.0000	59
4.2.8	ADI n. 8000246-55.2016.8.24.0000	60
4.3	UMA <i>PRIMA DONNA</i> QUE TALVEZ NÃO CANTE TANTO ASSIM: OS INSTITUTOS ANALISADOS, SUAS IMPLICAÇÕES PARA A ESTABILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO E OUTRAS OBSERVAÇÕES	61
5	CONCLUSÃO	65
6	BIBLIOGRAFIA	67

1 INTRODUÇÃO

A sociedade pode ser descrita como uma complexa malha de sistemas interligados. Dentre estes sistemas, destaca-se o sistema jurídico como um componente fundamental para a manutenção da chamada coesão social. O sistema jurídico, que é operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, é instrumentalizado por seus membros, mas nem sempre de maneira adequada.

O Direito, fenômeno social complexo, é linguagem e se desenvolve a partir dela. O Direito ao normatizar, o faz por meio dela; porém, por tratar-se de um sistema de signos linguísticos que visa a **decidibilidade** — dada sua natureza dogmática — necessita de balizadores, cânones interpretativos e integrativos, que direcionem o agir, o decidir. Isto pode ser encontrado tanto no próprio ordenamento¹, quanto na construção doutrinária.

Considerando o papel persuasivo da doutrina na formulação dos conceitos operacionais do Direito, verifica-se um descompasso entre a construção das definições doutrinárias da interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) e a sua instrumentalização no controle concentrado de constitucionalidade, mais especificamente, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

A noção de interpretação conforme a Constituição é motivo de muita controvérsia. No entanto, é possível identificar alguns consensos entre as definições doutrinárias. Com base nestes consensos, foi elaborado um conceito operacional.

Este conceito operacional não foi elaborado para a aplicação do instituto por juristas, muito menos para tecnicizá-lo, mas apenas para verificar, nos limites desta monografia, a compatibilidade do consenso doutrinário com o uso em si deste recurso jurídico-argumentativo na fundamentação das decisões controle concentrado de constitucionalidade estadual (catarinense).

Como espaço amostral, para a análise da assertividade do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) na fundamentação de suas decisões, foi selecionado o lapso temporal de 1º de janeiro de 2022 a 1º de janeiro de 2024. A seleção se deu pelo sistema de buscas de jurisprudência do próprio Tribunal, utilizando-se das palavras/sentenças chaves ‘interpretação conforme’ e de alguns dos filtros de pesquisa disponibilizados (tópico 4.1).

¹ A título de exemplo: o art. 4º da LINDB, que evidencia padrões argumentativos (Júnior, 2019, p. 139).

Essa prática metodológica proporcionará um recorte adequado e atualizado das decisões que compreendem o objeto de análise desta pesquisa: o uso da interpretação conforme a Constituição pelo TJSC nas ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, inicialmente será necessário evidenciar a intersecção entre os estudos da linguagem, a interpretação e a hermenêutica jurídica. O Direito, como sistema normativo, prescreve o que é facticidade e direciona comportamentos. O faz comunicando. Com palavras, signos. Ocorre que para o direito esse uso oscila entre o aspecto onomasiológico e o semasiológico (Júnior, 2019, p. 213). Logo, as palavras no direito têm atribuição específica dada para determinada disciplina. A determinação (fixação) desse sentido, pautando-se na decidibilidade, é o que se tem como trabalho hermenêutico.

Haverá também a análise do que é interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) e sua diferenciação em relação a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*). Sequencialmente, serão apresentadas e analisadas as decisões resultantes da pesquisa.

Esta pesquisa visa analisar a aplicação do instituto. Oferecendo elementos que não se restringem ao eixo temático deste trabalho, mas a uma compreensão crítica da dinâmica do ato interpretativo, especialmente nos casos que objetivam a solução de antinomias, e, portanto, das incongruências do sistema. Incompatibilidade que, em outros sistemas, apesar de prejudicial, é passível de contorno, mas não no Direito, que exige a decidibilidade do caso em tela.

2 LINGUAGEM E SIGNIFICADO: HERMENÊUTICA JURÍDICA E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

2.1 LINGUAGEM E SIGNIFICADO

Danilo Marcondes prudentemente relembra a afirmação de Clifford Geertz, em *A interpretação das culturas*, de que a cultura inventou o homem, e não o contrário. Afinal, é só após esse momento e modificação evolutiva fundamental que se pode falar, de fato, em espécie humana (Marcondes, 2017, p. 16). Isso se dá pelo fato de que:

O uso de instrumentos e a **atribuição de valor simbólico a determinados sons e a outros tipos de signos** não foram algo que tais seres concretizaram e a partir daí criaram a cultura. **Ao contrário, à medida que aqueles foram sendo concretizados é que foi possível aos seres humanos se transformar** (Marcondes, 2017, p. 16, grifou-se).

Um grande exemplo de desenvolvimento de instrumento atrelado a atribuição de valor simbólico é a própria escrita. A escrita está diretamente ligada a duas necessidades básicas para

o desenvolvimento civilizacional: a) a necessidade de comunicar (atribuindo valor simbólico); e b) a necessidade de memorizar (Marcondes, 2017, p. 16).

O homem, como ser social, encontra sua sociabilidade a partir da comunicação, verbal ou não verbal. Em sua ânsia por descrever (ato que se dá pela linguagem) e compreender o que conhece, tentou sempre compreender o que é essa “coisa” fundante para a humanidade como a conhecemos.

Algumas perguntas restam respondidas. Outras como a relação entre a linguagem e a mente, ou o pensamento, restam em suspenso. Exemplificadamente: “Seria a linguagem sempre a expressão de um pensamento previamente constituído que se manifesta, se explicita, linguisticamente? Ou seria a linguagem uma forma de compreender o pensamento, de se ter acesso a ele?” (Marcondes, 2017, p. 14).

Dentre essas tentativas descritivas da linguagem há o trabalho fundamental de Ferdinand Saussure. Publicado em 1916, o famoso *Curso de linguística geral* estabeleceu conceitualmente noções essenciais para a chamada semiologia, como o signo linguístico.

A obra saussuriana é base para o chamado “pensamento estrutural” e é marcada por um binarismo conceitual agrupado sob quatro rubricas dicotômicas: I. Língua e Fala; II. Significado e Significante; III Sintagma e Sistema; IV. Conotação e denotação (Barthes, 2012, p. 16).

2.1.1 Língua e fala

Saussure (2012, p. 105) enuncia que para muitos a língua é mera nomenclatura. Uma listagem de palavras que correspondem a coisas no mundo fenomênico. Para Saussure a língua é simultaneamente uma instituição social e um sistema de valores (Barthes, 2012, p. 21-22).

É instituição social, pois o indivíduo não pode só, alterá-la ou criá-la²³; e é sistema de valores porque é um agrupamento de elementos em que cada um destes é “ao mesmo tempo, um *vale-por* e termo de uma função mais ampla onde se colocam, diferencialmente, outros valores correlativos” (Barthes, 2012, p. 22).

A Língua é a linguagem menos a fala (Barthes, 2012, p. 21). A fala, por sua vez, é um ato individual, de vontade e inteligência, no qual convém distinguir: a) as combinações pelas

² Barthes define este produto social como autônomo, “a maneira de um jogo com as suas regras, pois só se pode manejá-lo depois de uma aprendizagem” (2012, p. 22).

³ O que ficará mais claro abaixo, graças ao que será dito sobre a noção de imotivação que une o “significante” ao “significado” (Saussure, 2012, p. 109).

quais o falante realiza que a constituem, b) o mecanismo psicofísico que lhe permite exteriorizar essas combinações (Saussure, 2012, p. 45).

Barthes (2012, p. 23) afirma que, por não existir fala sem língua, nem língua sem fala, cada um destes termos apenas encontra sua definição completa na relação/união entre um e outro (Língua – Fala). Mas não só sua definição teórica, sua existência é indissociável. Só é possível falar (respondendo ao complexo intuito comunicativo) com o destaque/uso de elementos da língua e, por sua vez, a língua como conhecemos constitui-se na fala. A língua é o que permite compreensão da fala. E a fala “só pode ser reconhecida no interior do modelo que a produz (a língua). Em outras palavras, a fala só encontra objetividade a partir da língua” (Warat, 1995, p. 21-22).

Barthes rememora que “não há nada que entre na língua que não tenha sido ensaiado pela fala” (2012, p. 40), e dá como exemplo o próprio processo de apreensão da língua. A língua passa a integrar o indivíduo pelo aprendizado da fala, não se ensina a gramática e o vocabulário (a noção formal isolada) para bebês (Barthes, 2012, p. 24), para que então exerçam qualquer tipo de atividade linguística.

2.1.2 Significado e significante: o signo linguístico

A linguagem é constituída por unidades fundamentais que tratamos por signos. Apesar de encontrarmos, em diversos autores, diferentes formas de caracterizá-los, é possível tratar como uma definição geral de signo como sendo tudo aquilo que remete a outra coisa (Marcondes, 2017, p. 35). Nas palavras do autor citado, esse fator indicativo é representável (metaforicamente) pelo “ato de apontar um dedo indicador” que:

[...] remete nosso olhar para algo além do próprio dedo. **A função indicativa do signo** se caracteriza exatamente por isso, por **remeter** a outra coisa. De fato, quando vejo o dedo indicando ou a seta apontando [=>], **não fixo meu olhar no dedo nem na seta, dirijo-me aquilo que indicam** (Marcondes, 2017, p. 35, grifou-se)

A partir dessa definição geral dos signos, pode-se fazer a distinção inicial entre sinais naturais e sinais convencionais. Por sinais naturais teríamos aqueles que não dependem de nenhuma intervenção humana direta. Como exemplo há a fumaça, que é sinal de fogo; ou as pintas vermelhas na pele que são sinais de que alguma coisa está acontecendo com sua saúde (Sarampo, alergia etc.). Por sinais convencionais teríamos as palavras, tanto faladas quanto escritas (Marcondes, 2017, p. 35).

Sempre há alguém que interpreta a relação entre a fumaça e o fogo, indicando a presença do fogo mesmo à distância, quando não é visível. Por isso é comum que a palavra

“sinal” seja utilizada para fazer referência aos sinais naturais, deixando a palavra “signo” como referência aos sinais convencionais. Esse uso certamente varia conforme a definição de signo dada pelo autor (Marcondes, 2017, p. 35).

Uma das mais sofisticadas definições de signo linguístico é dada por Saussure com base no enlace, já mencionado, significado – significante.

Saussure (2012, p. 106) salienta que esta unidade fundamental da linguagem, o signo linguístico, que é tratada vulgarmente por alguns como mero nome de algo, não se trata da relação entre uma coisa e uma palavra que a designa, mas da relação entre **um conceito** e uma **imagem acústica**.

Esta imagem acústica não é a mera sonoridade/fenômeno físico (som material), mas a impressão (*empreinte*) psíquica desse som, é “a representação que dele nos dá o testemunho de nossos sentidos” (Saussure, 2012, p. 106). Este caráter psíquico é evidenciável ao “falar consigo”, ler, cantar uma música mentalmente. Esta imagem-acústica, convencionou-se tratar como **significante**, e o conceito a ele unido como **significado**. Esta união entre o significante e o significado é arbitrária.

Saussure trata o signo linguístico como arbitrário pelo fato de que as noções de “mar”, “amor” e “merda”, não estão ligadas a estes significantes aqui redigidos por alguma relação anterior. A prova disso é que as noções de “mar”, “amor” e “merda” encontram referência também nos significantes “*sea*”, “*love*” e “*shit*”. O adjetivo “arbitrário” empregado na obra de Saussure, portanto, está atrelada a ideia de **imotivação**. O arbitrário não significa que o enunciador pode a seu bel prazer alterar algum dos elementos do signo linguístico individualmente, mas sim que o significante é **imotivado** (sem motivo/arbitrário) em relação ao significado. Isto é: não há fator natural, primordial, que realize este enlace entre determinado significante e determinado significado. Muito embora seja possível argumentar que determinadas palavras têm determinadas formas pois são oriundas de determinados radicais, prefixos ou sufixos, não há laço natural que una determinado significante (neste caso determinado radical etc.) a determinado significado.

Essa imotivação é um dos fatores de diferenciação entre um signo e um símbolo. Nos símbolos existe um rudimento natural entre o significado e o significante. A balança, dado o equilíbrio, é símbolo da justiça por este rudimento, e por isso simboliza o que simboliza e não outro objeto qualquer, como um carro, por exemplo (Saussure, 2012, p. 109).

Conforme o afirmado anteriormente, os enunciadores não conseguem simplesmente de maneira individual, alterar a relação sígnica, leciona o autor:

Se, com relação à ideia que representa, o significante aparece como escolhido livremente, em compensação, com relação à comunidade linguística que o emprega, não é livre, **é imposto**. Nunca se consulta a massa social **nem o significante escolhido pela língua poderia ser substituído por outro**. Esse fato, que parece encerrar uma contradição, poderia ser chamado familiarmente de "a carta forçada". Diz-se à língua: "Escolhe!": mas acrescenta-se: "O signo será este, não outro." Um indivíduo não somente seria incapaz, se quisesse, de modificar em qualquer ponto a escolha feita, como também a própria massa não pode exercer sua soberania sobre uma única palavra: está atada à língua tal qual é (Saussure, 2012, p. 111, grifou-se).

Disso, depreende o que foi chamado de imutabilidade do signo linguístico. Ocorre que Saussure descreve um caráter dúplice nesta relação, observando também o que convencionou tratar como mutabilidade do signo linguístico.

A língua aparece sempre como uma herança da época precedente (Saussure, 2012). Herdada, tal qual as demais instituições sociais, também se transforma pelas suas transmissões — não necessariamente pelas transmissões intergeracionais — tal qual, na melhor das alegorias possíveis, um “telefone sem fio”. Transforma-se pela livre ação (uso) da coletividade mesmo que exista uma tentativa de manutenção de determinada tradição. Daí depreende-se a segunda característica do signo linguístico: a mutabilidade.

De qualquer maneira, com o que já foi apresentado até aqui, temos um vislumbre do que se ocupa a hermenêutica. Ao trabalhar o laço arbitrário entre significante e significado, foi necessário delimitar o sentido deste adjetivo como imotivado. Esta definição foi efetuada com base na extensão do conteúdo saussuriano e no que se pretende descrever (qual efeito se pretende) com determinado termo. Este mesmo trabalho é efetuado na prática do direito.

A hermenêutica jurídica é o ramo do estudo do direito que trata desta prática, em todos os níveis, e, portanto, no âmbito constitucional. Âmbito que é base estrutural dos sistemas jurídicos modernos. Uma das principais formas de estabilização destes sistemas, pelo expurgo de normas infraconstitucionais causadoras de antinomias, é o controle concentrado (abstrato) de constitucionalidade. Como aspecto importante deste controle há a interpretação conforme a Constituição, e a utilização (in)adequada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina é o objeto deste trabalho.

2.2 HERMENÊUTICA E O DIREITO

O direito, como sistema normativo, prescreve o que é facticidade e direciona comportamentos. O faz comunicando. Com palavras, signos. Ocorre que para o direito esse uso oscila entre o aspecto onomasiológico e o semasiológico (Júnior, 2019, p. 212).

Logo, as palavras no direito têm **atribuição específica dada para determinada disciplina** (Júnior, 2019, p. 212).

Isso ocorre já no processo legislativo, quando a classe política seleciona as palavras que constituirão a redação da norma. Essa escolha de vocábulos é acompanhada de uma tentativa de atribuição técnica específica. Justamente uma restrição ou conferência de sentido desejado. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2019, p. 212) ao tratar da questão traz como exemplo a noção de “parentesco”, que no sentido corrente não encontra uma limitação em sua extensão. O que não ocorre quando o código civil dispõe sobre o “parentesco” na modalidade colateral, que por sua vez encontra limite no quarto grau⁴. O autor salienta ainda que vocábulo “parente” é genericamente utilizado para aqueles que na forma do Código Civil seriam ligados pela noção de parentesco por afinidade, modalidade específica. Mas este trabalho de atribuição específica não para na formulação do ato normativo, continua em sua aplicação. É a lição de Hans Kelsen em Teoria Pura do Direito:

Quando o **Direito é aplicado** por um órgão jurídico, **este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas**. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior (Kelsen, 2009, p. 387, grifou-se).

A determinação dos sentidos, tendo-se em vista a melhor decidibilidade dentro dos ditames principiológicos do sistema jurídico no qual estão inseridas, é a tarefa da dogmática hermenêutica (Júnior, 2019, p. 213). Esse trabalho é diferente da atividade argumentativa desenvolvida por partes no processo, que têm como objetivo a obtenção de resultado favorável aos interesses particulares. A hermenêutica visa:

[...] uma significação que possa ser válida para todos os envolvidos no processo comunicativo **normativo**. É que se chama de interpretação doutrinária [...] O que se busca na interpretação jurídica é, pois, alcançar um *sentido* válido não somente para o texto normativo, mas para a *comunicação normativa* que manifesta uma relação de autoridade (Júnior, 2019, p. 213, grifou-se).

Por esta razão, para Lênio Luiz Streck, o hermeneuta deve buscar a melhor resposta, caso contrário jogará pérolas aos porcos (Streck, 2022, p. 14).

A questão da melhor resposta para autores como António Castanheira Neves está atrelada a aproximação de concretização (realização do direito) de noções como o justo, a saber:

[...] normativo-constitutiva realização do direito. E se a interpretação jurídica concorre para essa realização, então quer isto dizer que também não é cognitiva ou teoreticamente, mas antes normativa e praticamente que essa interpretação se deve intencionalmente compreender e metodicamente definir, de modo que a 'boa' ou válida interpretação não será aquela que numa intenção da verdade (de cognitiva objectividade) se proponha a exegética explicitação ou a compreensiva determinação

⁴ Explicita o Código Civil (Lei n. 10.406/2002): art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra (Brasil, 2002)

da significação dos textos-normas como objecto, mas aquela que numa intenção de justiça (de prática justeza normativa) vise a obter do direito positivo ou da global normatividade jurídica as soluções judicativo-decisórias que melhor realizam o sentido axiológico fundamentante que deve ser assumido pelo próprio direito, em todos os seus níveis e em todos os seus momentos (Castanheira Neves *apud* Júnior, 2019, p. 214)

Kelsen (2009, p. 387) diferencia a interpretação daqueles órgãos que têm como exercício a jurisdição e, portanto, a aplicação do direito, daquela feita pelos destinatários da norma. Aqueles que “têm — não de aplicar, mas — de observar o Direito, observando ou praticando a conduta que evita sanção, precisam compreender [...] o sentido das normas jurídicas que por eles não de ser observadas” (Kelsen, 2009, p. 387).

O autor tratou estas duas modalidades de interpretação respectivamente como interpretação autêntica⁵⁶ e não autêntica.

Esta necessidade de interpretação emerge tanto pela **indeterminação** das questões relacionadas à linguagem, quanto pelo necessário aspecto de indeterminação que Kelsen chamou analogamente de “quadro” ou “moldura” normativa. Estas indeterminações são chamadas por ele de “indeterminação não intencional” (a polissemia) e “intencional” (a moldura). Sobre a segunda discorre-se a seguir.

A relação entre uma norma superior e uma inferior na ordem jurídica, como a relação entre Constituição e Lei, ou Lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação (Kelsen, 2009, p. 388). Afinal:

a norma superior regula [...] o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar. (Kelsen, 2009, p. 388)

Ocorre que esta determinação nunca é completa, pois nenhuma norma pode vincular em todas as direções o ato através da qual é aplicada, afinal é necessária a existência de uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação para aplicação, de tal forma que as normas de hierarquia superior tenham em relação ao ato de produção normativa ou de execução um carácter de moldura a ser preenchida por este ato (Kelsen, 2009, p. 388). Exemplifica o autor:

⁵ Autêntica com a ideia de autoridade, oficialidade, dada como por exemplo aquele que é chamado como “documento autenticado”, dotado de uma oficialidade em seus efeitos. No caso da interpretação do judiciário a aplicação.

⁶ “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem carácter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto, mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção (Kelsen, 2009, p. 394)”.

Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar aquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever. (Kelsen, 2009, p. 388)

Essa indeterminação intencional pode ser vislumbrada pela edição de normas gerais, com especificação dada por normas específicas, como nos casos de competência legislativa concorrente dos entes federados (art. 24, § 1º, CRFB/88); mas na concepção Kelseniana esta indeterminação intencional é principalmente verificável na concretização em si de uma norma, conforme exemplo da citação acima.

Logo, a afirmação de Kelsen (2009, p. 389) se dá pelo fato de que o estabelecimento/fixação de uma norma geral se opera sob o pressuposto de que as normas que resultam de sua aplicação continuam o processo de determinação que constitui o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas. Exemplifica novamente o autor:

Uma lei de sanidade determina que, ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de uma pena, tomar certas disposições para evitar um alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a determinar estas disposições por diferente maneira, conforme as diferentes doenças. A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas — podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo (Kelsen, 2009, p. 389).

Dadas estas indeterminações, intencionais ou não, existem múltiplas possibilidades de aplicação da norma jurídica (Kelsen, 2009, p. 390). A determinação (fixação) desse sentido, pautando-se na decidibilidade e na mais adequada aplicação, é o objeto da Hermenêutica Jurídica.

Trata-se como fixação e não extração de sentido, pois não há um grau zero de sentido (Streck, 2022, p. 13). A linguagem, como visto em tópico anterior, é instituição social, portanto herdada. Com o direito e sua linguagem, não seria diferente. Streck (2022, p. 13) explicita que o processo hermenêutico é sempre produtivo. Ou melhor, é atributivo. Por isso *applicatio* quer dizer que sempre se opera com um conjunto de elementos e categorias que me levam à determinada compreensão. Sintetiza o autor:

Quando olhamos para algo essa coisa já nos aparece “enquanto algo”. Assim acontece na interpretação/aplicação do direito. Quando me refiro a uma lei, o seu sentido — que me é sempre antecipado pela pré-compreensão — já me proporciona o sentido, que me é possibilitado pela diferença ontológica não percebo um texto sem coisa.
[...]

O que quero dizer é que o texto não subsiste como texto (algo como "um conceito em abstrato"). Não há texto sem contexto, assim como **não há texto jurídico isolado da norma que se atribui a esse texto. O texto já nos aparece com alguma norma, que é produto da atribuição de sentido do intérprete. O intérprete não é livre para**

atribuir qualquer sentido ao texto. Ele sempre estará inserido em uma determinada tradição, que sobre ele exerce constrangimento (Streck, 2022, p. 12, grifou-se)

Logo, como as palavras da lei não são unívocas, e não refletem a essência das coisas, é claro de se constatar que as palavras não são propriedade do intérprete: ele não pode fazer o que quiser com as palavras (Streck, 2022, p. 12).

A adequada interpretação é imprescindível para a concretização dos direitos conquistados, pois consolida a força normativa da Constituição. É a lição de Hesse em *a força normativa da Constituição*:

Finalmente, a **interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição.** A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. 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 (Hesse, 1991, p. 22-23, grifou-se).

Com o desenvolvimento das teorias acerca da interpretação constitucional, emergiu uma concepção *lato* de intérpretes. Nos antigos paradigmas hermenêuticos costumava-se tratar a hermenêutica como algo unicamente marcado pela oficialidade do estado.

Pela nova dimensão proposta [...] é tão intérprete da Constituição o cidadão que apresenta uma queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) quanto o partido político que se empenha numa demanda ou contra o qual se levanta um processo de interdição partidária. Desse modo "a interpretação constitucional é "negócio" de cada um e de todos potencialmente (Bonavides, 2002, p. 468)

Um dos principais autores a contribuírem para este elemento no novo paradigma da hermenêutica constitucional é Peter Häberle, ao estabelecer que na interpretação da Constituição são determinantes para a consecução do processo hermenêutico todos os órgãos, poderes públicos e os cidadãos e grupos como sendo agentes potencialmente envolvidos (Cademartori; Duarte, 2009, p. 25).

Cademartori e Duarte (2009, p. 26) lecionam que apesar do importante avanço desta concepção, existem alguns entraves para a efetiva aplicação. O principal entrave é que Häberle parece “não levar às últimas consequências a complexa relação entre os interesses, em sentido amplo (incluindo-se toda a esfera pública pluralista), e os intérpretes do direito em sentido estrito” (Cademartori; Duarte, 2009, p. 26-27). Sobre isto:

Considerando-se que **a esfera pública constitui-se, não de uma unidade e sim de uma pluralidade de valores e interesses conflitantes,** surgem **expectativas contraditórias em torno do texto constitucional** que poderão ser selecionadas ou excluídas no processo de interpretação, e aqui o caráter voluntarista na escolha da

interpretação adequada é irrenunciável para aquele que possui a função institucionalizada de dizer o direito.

Caso se considere que no Estado Democrático de Direito o procedimento oficial de interpretação constitucional está aberto a todas as interpretações que emergem da esfera pública, **o seu resultado implicará, sempre, uma seletividade que rejeite expectativas relevantes**. Com isso, problematiza-se a questão da ampla legitimidade da opção constitucional (Cademartori; Duarte, 2009, p. 27, grifou-se).

Autores como Häberle explicitam elementos de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, porém a fixação de sentido da norma, a interpretação autêntica (na linguagem kelseniana), a aplicação em si (final) do direito brasileiro, é dada por aqueles no exercício da jurisdição, os intérpretes em sentido estrito. Dada esta função precípua, o jurista tem como dever “não dar pérolas aos porcos”. O faz ao fundamentar de maneira adequada suas decisões. Tendo como caminho escolhido não só o mais compatível com às demais fixações de sentido, mas às disposições programáticas da Constituição⁷. Afinal a legitimação dos atos do Estado depende de sua adequação em relação às suas finalidades (Dallari, 2016, p. 106). Em outras palavras: a relação de compatibilidade com seus objetivos. Muito se discorre sobre o art. 5º e sua multiplicidade de deveres e direitos fundamentais. Pouco se fala sobre o art. 3º, os **objetivos da República**.

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988 para instituir um Estado Democrático que tem como objetivo incontestável **erradicar a pobreza**; mas não “só” erradicar a pobreza, mas, também, **reduzir as desigualdades** (art. 3º, inciso III). Não, não se pode fazer qualquer coisa com as palavras, muito menos com aquelas, as do direito, que tem como intuito a produção de determinado efeito (pela sua normatividade/vinculação). São claríssimos os objetivos da República. Os quais devem ser perseguidos por seus cidadãos, inclusive, por aqueles imbuídos da função de servidor público no Estado Republicano.

Por óbvio, não escapam o administrador, o legislador e o magistrado. Agentes dos distintos órgãos de exercício do poder político, aos quais damos os nomes de Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (Sundfeld, 2012, p. 42).

Cada Poder (isto é, cada órgão) exerce uma espécie de função. Ao Legislativo cabe a função legislativa, correspondente à edição de normas gerais e abstratas (as leis), seja para regular os demais atos estatais, seja para regular a vida dos cidadãos. Ao Executivo cabe a função administrativa, isto é, a atividade de, em aplicação da lei anteriormente editada, cobrar tributos (dos quais o imposto é uma espécie), prestar serviços (como a distribuição de água encanada, de geração de energia elétrica, de transporte aéreo), ordenar a vida privada (multando indústrias poluidoras, controlando o trânsito de veículos pelas ruas, autorizando a construção de edifícios), e assim por diante. Ao Judiciário cabe a função jurisdicional: julga, sob provocação do interessado, os conflitos entre os indivíduos (a disputa em torno da propriedade de

⁷ “[...] o intérprete não perderá de vista o fato de que a **Constituição representa** um todo ou uma unidade e, mais do que isso, **um sistema de valor.**” (Bonavides, 2002, p. 474, grifou-se).

terreno, a cobrança de dívida, a ação de divórcio), ou entre indivíduos e Estado (a ação proposta por empresa para anular multa imposta pelo Executivo, ou por cidadão para se livrar de imposto cobrado de forma inconstitucional) (Sundfeld, 2012, p. 42).

O legislador, com as competências legislativas constitucionalmente conferidas, produz o arcabouço normativo. Caso crie norma contrária à CRFB/88, enseja a possibilidade de remoção do ordenamento jurídico desta lei causadora de antinomia. O magistrado, ao decidir, não só nas decisões em sede de controle de constitucionalidade, deve, sempre, decidir da maneira mais adequada às demais disposições normativas, entre elas os objetivos da República.

A adequada decisão deve ser fundamentada⁸. É argumentativamente fundamentada (soa pleonástico, mas não o é). Com base em normas (regras e princípios), argumenta. Utiliza técnicas de decisão e raciocínio para a sua fundamentação. Entre estes institutos, em sede de controle de constitucionalidade, há a interpretação conforme a Constituição.

2.3 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: DEFINIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Quando inicialmente se fala de interpretação conforme a Constituição em ordens constitucionais rígidas dotadas de hierarquia normativa, ela é princípio de interpretação. (Pinheiro, 2021, p. 216). Ocorre que com o desenvolvimento do controle de constitucionalidade a interpretação conforme a Constituição ganhou diferentes contornos, principalmente com a doutrina alemã.

2.3.1 Definições doutrinárias

A interpretação conforme a Constituição, para Bruno Pinheiro (2021, p. 216), tem natureza dúplice. É tanto princípio de interpretação quanto, no âmbito do controle de constitucionalidade, técnica de decisão. Tratando como método, explicita Paulo Bonavides:

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o **método** ora proposto [a interpretação conforme a constituição], há de inclinar-se por esta última saída ou via

⁸ Parece óbvio, mas não o é. Conforme comentário em capítulo anterior, o surgimento da escrita encontra motivação na necessidade de registro, possibilitando o acúmulo de experiências humanas. No uso da linguagem encontramos como exemplo disso as “**expressões populares**”. Ao mesmo tempo que podem expressar o que há de pior nos produtos do espírito humano, como o racismo ou a homofobia, podem em outros casos evidenciar inesgotáveis fontes de sabedoria. Nesta situação cabe: “onde tem placa tem história”. Se fosse óbvio que as decisões devem ser fundamentadas, não haveria a necessidade de um dispositivo no começo do Código de Processo Civil assim afirmando: **art. 11** - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade** (Lei n. 13.105/2015) (Brasil, 2015, grifou-se).

de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição”, será, portanto, considerada constitucional (Bonavides, 2002, p. 474, grifou-se).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 192) trata como marco no que diz respeito à interpretação conforme a Constituição o voto do Min. Moreira Alves na Rep. 1417, de 1987:

A interpretação da norma sujeita a controle deve partir de uma hipótese de trabalho, a chamada presunção de constitucionalidade, da qual se extrai que, entre dois entendimentos possíveis do preceito impugnado, deve prevalecer o que seja conforme à Constituição (Brasil, 1987).

Por tratar-se de instituto empregado na análise do conteúdo da lei, serve para aferir os aspectos materiais da constitucionalidade, não aspectos formais como a competência ou trâmite legislativo. A saber:

A conformidade da lei com a Constituição não consiste apenas em verificar formalmente se a lei está de acordo com a regra suprema, mas em determinar também a compatibilidade material, por onde resulta que um conteúdo equívoco ou incerto da lei será aferido por igual pelo conteúdo da norma constitucional. As normas constitucionais, como assinala Hesse, não são apenas normas de exame (*Prüfungsnormen*), mas normas materiais (*Sachnormen*) **de aferição do teor da lei ordinária**. A unidade da ordem jurídica e o sistema de valores de que o ordenamento jurídico se acha impregnado são elementos decisivos no **aferir materialmente a constitucionalidade dos atos normativos mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição** (Bonavides, 2002, p. 478, grifou-se).

Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 192) evidencia que há consenso doutrinário de que com interpretação conforme a Constituição, quer se dizer que, **quando houver mais de uma interpretação possível** para um dispositivo legal, deve ser dada preferência àquela que seja conforme a Constituição. O que não impede certas confusões.

A concepção da “interpretação conforme” no controle de constitucionalidade encontra previsão também na legislação, mais especificamente sobre seus efeitos. A Lei n. 9.868/99⁹ dispõe que:

Art. 28, § único - A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (Brasil, 1999).

A institucionalização da interpretação conforme pelo Poder Legislativo admite que o Poder Judiciário pode exercer uma atividade de adaptação e adição/adjudicação de sentidos de textos legislativos, reconhecendo que o papel deste no controle de constitucionalidade não se reduz a antiga concepção de legislador negativo (Streck, 2023, p. 389). Sobre isto, leciona Streck:

⁹ “Dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” (Brasil, 1999). Trata-se dela em tópico posterior (3.2.1).

À evidência, isso não significa dizer que o Judiciário se transformará em legislador positivo. O instituto da interpretação conforme e os demais mecanismos hermenêuticos não têm o condão de transformar o Poder Judiciário em um órgão que está acima da Constituição.

Deixar de exercer a clássica função de legislador negativo significa afirmar que o Judiciário, em face de um dispositivo legal, não precisa necessariamente declará-lo inconstitucional ou afirmar a sua constitucionalidade. Há inúmeras hipóteses em que, comparando o texto com a Constituição, exsurgirá a conclusão de que a declaração de inconstitucionalidade trará maiores malefícios que benefícios. (Streck, 2023, p. 389-390)

A redação do art. 28 da Lei n. 9.868/99 apresenta certa associação/relação categórica entre a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme auslegung*) e declaração parcial de inconstitucionalidade (ou nulidade) sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*) e daí emergem algumas das confusões em sua aplicação. Razão até pela qual muitas vezes a doutrina ao explicar uma o faz distinguindo da outra.

2.3.2 Interpretação conforme a Constituição X Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto

Muito se confunde uma figura com a outra. Razão pela qual os autores citados no tópico anterior ao conceituarem a interpretação conforme a Constituição, o fazem diferenciando-a da declaração parcial sem redução de texto.

Se na interpretação conforme há a declaração de constitucionalidade da norma contestada e a fixação de um sentido específico, dada a pluralidade de sentidos possíveis, na declaração parcial sem redução de texto há a declaração de inconstitucionalidade da hipótese tida como incompatível com a lógica constitucional. Sustenta o Ministro Gilmar Mendes:

Ainda que se não pudesse negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na **interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional** com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Nesse marco, se se pretende **realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional**, dispõe o Tribunal da **declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto**, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro) (Mendes; Branco, 2024, p. 1571, grifou-se).

Em ambas as categorias há inegavelmente uma semelhança: o texto da lei não sofre alterações (Silva, 2006, p. 201).

2.3.3 Divergências às concepções doutrinárias majoritárias, observações sobre usos equivocados do instituto e os seus efeitos

Virgílio Afonso da Silva relata sua estranheza ao encontrar doutrinariamente a interpretação conforme a Constituição dentre o “rol” de princípios de interpretação constitucional, “já que, quando se fala em interpretação conforme a constituição, não se está falando de interpretação constitucional, pois não é a Constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as *leis infraconstitucionais*” (Silva, 2006, p. 191-192).

Esta observação não é nova. Foi anteriormente efetuada por Bonavides ao lecionar que o instituto se trata de “um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição” (Bonavides, 2002, p. 474) decorrente da rigidez constitucional e sua hierarquia.

Virgílio Afonso da Silva explicita que frequentemente os argumentos utilizados para justificar o recurso à interpretação conforme a Constituição são usados de maneira indiscriminada e sem grandes explicações (Silva, 2006, p. 194), como se a simples menção da interpretação conforme, sem maiores considerações, fosse fórmula mágica suficiente para a “obtenção do resultado pretendido”, seja ele qual for, por aquele que a menciona. Se verá em tópico posterior que esta afirmação é verdadeira. Sim, há um uso indiscriminado do instituto.

Essa inadequação atinge não só o TJSC (objeto de análise desta monografia), mas também as decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre isso:

[...] o conceito de interpretação conforme a constituição e sua fundamentação, não foi ainda assimilado pelo Supremo Tribunal Federal, embora ele mencione a interpretação conforme a constituição em um sem-número de julgados. Esses julgados, no entanto, raramente fazem uso da interpretação conforme a constituição da forma como pretende a doutrina (Silva, 2006, p. 200).

O autor citado também evidencia a mistura, que se pode tratar aqui como um “terceiro gênero à brasileira”, causada pela confusão entre a interpretação conforme e a declaração parcial sem redução de texto:

O Supremo Tribunal Federal, na maioria das vezes, refere-se a uma “**interpretação conforme a constituição sem redução de texto**”. A redundância – ou **confusão** – é patente, pois parece claro que, se é mera interpretação (conforme a constituição), a redação do texto não poderá ser modificada. A diferença primordial entre interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial sem modificação do texto consiste no fato de que, a primeira, ao pretender dar um significado ao texto legal que seja compatível com a constituição, localiza-se no âmbito da interpretação da lei, enquanto a nulidade parcial sem modificação de texto localiza-se no âmbito da aplicação, pois pretende excluir alguns casos específicos da aplicação da lei (Silva, 2006, p. 200-201, grifou-se).

Com o fragmento acima, fica clara outra diferença metodológica entre as duas figuras: a interpretação conforme a Constituição tem como objetivo evitar, em abstrato, a inconstitucionalidade de uma norma. Já a nulidade parcial sem modificação de texto não se refere à definição do conteúdo da norma em abstrato, mas de sua aplicação em concreto (Silva, 2006, p. 202).

Essa tentativa de evitar a inconstitucionalidade da norma, para alguns autores encontraria razão no respeito à separação dos Poderes Estatais. Separação que é um dos elementos lógicos essenciais do Estado de Direito (Sundfeld, 2012, p. 42). Leciona Paulo Bonavides:

Com efeito, na medida em que o método confessadamente se emprega para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de situações ou interpretações ambíguas, não resta dúvida de que ele não só preserva o princípio da separação de poderes como reconhece ao legislador uma posição de hegemonia no ato da concretização constitucional, o que está de todo acorde com o princípio democrático encarnado no legislativo (Bonavides, 2002, p. 478).

Bonavides trata este intuito como positivo e oriundo de uma adequada postura do Judiciário em “não desautorar o legislativo ou nele imiscuir-se por via de sentenças e acórdãos, mas tão somente controlá-lo” (Bonavides, 2002, p. 476). Afirma também que este controle seria mais fácil com esta postura:

[...] controle aparentemente mais fácil de exercitar-se quando, relutante diante da tarefa de declarar a nulidade de leis ou atos normativos, os órgãos judiciais se inclinam de preferência para a obra de aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, ao reconhecer-lhes sempre que possível a respectiva validade (Bonavides, 2002, p. 476)

A importância do uso adequado da interpretação conforme está nas falhas causadas pela extrapolação de seus limites, principalmente contra a atuação do legislativo, a qual pretende, segundo autores como Bonavides, harmonizar. Para esta concepção, o intérprete não pode, na tentativa de salvar uma norma com possível interpretação constitucional, contrapor-se, com a fixação de sentido dada, absolutamente ao que se intuía com a criação daquela norma. Por exemplo: Lei “01” é criada com objetivo “Alfa”. Lei “01” tem como possibilidades de sentido “x, y e z”. “x” e “y” padecem do vício da inconstitucionalidade. E “z” flagrantemente não resulta no objetivo “Alfa” (intuito do legislador). Não se deve preservar a norma com sentido “z”. É contra a intencionalidade da argumentação legislativa.

Se uma das motivações para o uso da interpretação conforme é (“além” da salvaguarda da integridade do sistema¹⁰) a preservação da harmonia entre os poderes, não faria sentido a

¹⁰ O “além” está entre aspas pois não se trata de uma razão além *de fato*, mas da razão exclusiva que justifica o uso da interpretação conforme a Constituição, afinal, como se verá posteriormente no tópico e na conclusão deste trabalho, o argumento de preservação da harmonia e separação dos três poderes não é de fato contundente.

possibilidade de uma interpretação conforme/fixação de sentido (mantendo a norma constitucional) que contrariasse expressamente a razão que levou a edição da norma. O que seria um claro exemplo de interpretação *contra legem*. Leciona Bonavides:

Os limites entre a interpretação e a criação do direito são fugazes, inseguros, movediços, passando-se às vezes quase imperceptivelmente da interpretação declaratória para a interpretação constitutiva, e por via desta o que é mais grave para a interpretação *contra legem*. Corre o juiz ou o intérprete o risco de não interpretar a lei, mas de reformá-la. De sorte que, em assim acontecendo, suprime-se uma das maiores vantagens do método de **interpretação conforme a Constituição**, qual seja, a de afiançar a sobrevivência da lei, não lhe declarando a nulidade (Bonavides, 2002, p. 479, grifou-se)

Neste sentido, a interpretação conforme não pode, com o intuito de afiançar uma norma, tomar uma “extensão que consinta a interpretação *contra legem*. Não deve permitir jamais que o juiz, alterando a lei, se substitua ao legislador” (Bonavides, 2002, p. 479). Por esta razão, Virgílio Afonso sustenta que:

A falha da interpretação conforme a constituição reside justamente no fato de não conseguir nem ao menos desempenhar essa função, porquanto aponta para uma **direção completamente equivocada, que se baseia no dever de tentar salvar toda e qualquer lei que, ainda que minimamente, possua alguma fagulha de constitucionalidade**. Nesse sentido, o *topos* “interpretação conforme a constituição” é, **na minha opinião, equivocado** (Silva, 2006, p. 204, grifou-se).

Esta discordância de Virgílio Afonso da Silva não se trata de um descrédito ao instituto que pretende, no controle de constitucionalidade, havendo uma pluralidade de sentidos, fixar um que seja o mais adequado às disposições constitucionais (caso haja um sentido compatível); mas uma contestação à afirmação de que a interpretação conforme tem como justificativa o respeito a separação dos poderes, ou que deve se justificar a partir disso, não é verdade. Inclusive:

É necessário, também, afastar uma possível confusão que algumas das críticas formuladas poderiam causar. Quando afirmo que o juiz, ao pretensamente proceder a uma interpretação conforme a constituição, está moldando a lei segundo parâmetros que podem não coincidir com os parâmetros imaginados pelo legislador, não pretendo, com isso, condenar esse proceder, pelo simples fato de que essa é uma implicação natural de todo controle de constitucionalidade e de toda aplicação da lei pelos órgãos judiciários. O que pretendi salientar foi justamente o descompasso entre o que a doutrina prega – respeito ao legislador e à separação de poderes – e os efeitos da interpretação conforme a constituição pode ter, que são justamente os de corrigir ou estender aquilo que a lei dispõe (Silva, 2006, p. 204).

Virgílio Afonso da Silva sustenta, ao afirmar que a interpretação conforme não desempenha a função de preservação/respeito a separação dos poderes, que o papel verdadeiramente desempenhado por esta técnica é a de “sutil legitimação da centralização da tarefa interpretativa – não só da constituição, mas de todas as leis – nas mãos do Supremo

Tribunal Federal” (Silva, 2006, p. 204).¹¹ Destaca-se que não só do Supremo, mas dos Tribunais, com o uso desta técnica no controle de constitucionalidade estadual. Importante destacar que essa centralização da tarefa interpretativa não se dá pela interpretação conforme a Constituição em si, mas pela forma que é constitucionalmente construído nosso sistema de controle. A interpretação conforme seria justamente uma legitimação deste fenômeno.

2.3.4 Um conceito operacional

Para avaliar a adequação do uso da interpretação conforme, precisamos dizer o que ela é, ou ao menos tentar. Ao longo dos tópicos anteriores foram evidenciadas as principais definições e algumas de suas controvérsias. Existem muitas outras controvérsias sobre a interpretação conforme. Entretanto, as respostas para estas perguntas fogem do escopo original deste trabalho.

No tópico 2.3.2 afirmou-se que um consenso havia: com interpretação conforme a Constituição, quer se dizer que **quando houver mais de uma interpretação possível** para um dispositivo legal, deve ser dada preferência àquela que seja conforme a constituição (Silva, 2006, p. 192). Logo, fixa-se o sentido para sua aplicação. Por ser um sentido constitucional, é declarada a constitucionalidade da Lei.

Esse consenso é suficiente. O que se fará no capítulo 4 é verificar se os acórdãos procederam desta forma:

- 1) Identificaram uma pluralidade de sentidos.
- 2) Verificaram que um deles ou mais é constitucional.
- 3) A partir de uma argumentação, explicaram o porquê aquele sentido é o constitucionalmente adequado.
- 4) Declararam a constitucionalidade da norma.

Nota-se que o objetivo deste trabalho é descobrir se o Tribunal utiliza a interpretação conforme de maneira adequada. Para verificar a adequação, elaborou-se este passo-a-passo. Se o voto seguir esta lógica (não necessariamente nesta ordem), tratar-se-á como adequado. Os elementos destes “passos” são fruto do que a doutrina tem como consenso, e utilizados para

¹¹ Destaca-se que não só do STF, mas dos demais Tribunais. Por exemplo com o uso desta técnica no controle de constitucionalidade estadual, que tem como parâmetro a Constituição estadual.

verificar se a jurisprudência tem alguma compatibilidade com a doutrina, jamais gerar um passo-a-passo (tecnicizar¹²) para aplicação do instituto por juristas.

O objetivo deste trabalho não é descobrir as razões (ou motivações) que fazem com que os magistrados acertem ou errem nas fundamentações com este instituto. O objetivo deste trabalho não é também verificar o mérito do porquê determinada Lei ou dispositivo, deve ou não ser considerada constitucional, logo não entraremos na análise da argumentação do que convencionamos como “passo 3”¹³. O objetivo é claro: quando usada na fundamentação dos acórdãos, é usada de maneira compatível com a doutrina?

A hipótese deste trabalho é de que nem sempre. Apesar dos consensos, algumas vezes não há compatibilidade da jurisprudência nem com o que é consenso.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

3.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Constituições rígidas impõem distinções entre o poder constituinte e os poderes constituídos (Bonavides, 2002, p. 267), havendo limites para a atividade dos constituídos.

A própria Constituição, para a defesa de sua soberania, estabelece o chamado controle de constitucionalidade, que integra a jurisdição constitucional. José Afonso da Silva (2001, p. 49) afirma a existência de três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurídico/jurisdicional e o misto.

O controle político é aquele que entrega a verificação da compatibilidade a órgãos de natureza política ou especiais. Como exemplo, há o Legislativo europeu no século passado; ou o *presidium do soviete supremo*, no caso da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (Constituição da URSS, art. 121, n. 4) (Silva, 2001, p. 49).

¹² Inclusive, Lênio Streck (2023, p. 392) afirma que não se pode tecnicizar a interpretação conforme, por ser justamente produto da complexidade com que reveste todo o processo hermenêutico.

¹³ É falado sobre isto no último tópico do trabalho (4.3). Aqui está o grande problema da interpretação conforme: dada a ausência de uma adequada teoria da decisão, que permita, portanto, uma adequada argumentação, mesmo que o julgador proceda de forma “adequada ao consenso” do que é interpretação conforme, não se pode afirmar que a norma é de fato materialmente compatível com a Constituição.

Inspirado no *judicial review* americano, o controle jurídico é a outorga desse controle aos órgãos do poder judiciário, que podem declarar inconstitucionais os atos do poder público que, formal ou materialmente, contrariem as disposições constitucionais (Silva, 2001, p. 49).

Já o controle misto, “realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembleia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional” (Silva, 2001, p. 49).

O arranjo adotado pelo Brasil é tratado no tópico 3.1.2, antes disso, faz-se necessário explicar o que é esta coisa que se pretende expurgar do ordenamento jurídico: a inconstitucionalidade.

3.1.1 O conceito de inconstitucionalidade

Inconstitucionalidade é vício de determinado ato em decorrência de sua incompatibilidade vertical, formal ou material, com o seu fundamento de validade: a Constituição (Pinheiro, 2021, p. 72). José Afonso da Silva (2001, p. 47) enuncia que a CRFB/88 reconhece dois tipos de inconstitucionalidade, por ação (atuação) ou omissão (art. 102, I, a, b e c e art. 103, §§ 1º a 3º, CRFB/88).

A inconstitucionalidade por **ação** ocorre com a produção de atos administrativos ou legislativos que contrariem as disposições constitucionais pelas maneiras que afirmamos acima, **formal** ou **material**. **Formalmente**, quando as normas são produzidas por autoridade incompetente, ou não respeitados os procedimentos ou formalidades exigidas pela Constituição. **Materialmente**, quando conteúdo é incompatível com o conteúdo constitucional (Silva, 2001, p. 47).

Por isso a doutrina aduz que o controle sob o aspecto formal é um controle estritamente jurídico. Trata-se de examinar juridicamente a conformidade da elaboração da norma (Bonavides, 2002, p. 268). Por esta razão, as declarações de inconstitucionalidade baseadas em aspectos formais não causam grande controvérsia.

O controle formal se refere "ao ponto de vista subjetivo, ao órgão de onde emana a lei". É controle que se exerce nomeadamente no interesse dos órgãos do Estado para averiguar a **observância da regularidade na repartição das competências** ou para estabelecer nos sistemas federativos o equilíbrio constitucional dos poderes, conforme já assinalamos. [...]

Tendo por objetivo um mero acatamento às formas constitucionais, de modo que não haja desrespeito à forma prescrita nem o órgão legiferante ao fazer a lei exceda a competência respectiva, o controle formal pode exercer-se juridicamente, e a justiça que o desempenha é, com efeito, como afirma Rui Barbosa, "um poder de hermenêutica e não um poder de legislação" (Bonavides, 2002, p. 268, grifou-se)

Não se encontra o mesmo grau de consenso no controle sob o aspecto material, dado o “elevado teor de *politicidade* de que se reveste” (Bonavides, 2002, p. 269). Bonavides (2002, p. 270) explicita que é um **controle criativo** e que esta afirmação (do óbvio fator de politicidade do controle material) é causa de “desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores” (Bonavides, 2002, p. 270).

A inconstitucionalidade por **omissão** acontece quando não são praticados atos legislativos ou administrativos necessários para tornar plenamente aplicável alguma norma constitucional (Silva, 2001, p. 47). Muitas normas constitucionais dependem destes atos posteriores. Nestas ocasiões, surge a possibilidade de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) para saneamento da situação.

Como visto neste tópico, a norma inconstitucional não encontra fundamento de validade na Constituição, a contrária; logo não vale, não deve ser acatada. Para garantir que leis inconstitucionais não sejam aplicadas, impedindo a violação de direitos, a própria Constituição concebe um sistema para não aplicação (difuso) e eliminação (concentrado) destes atos normativos. Este controle é realizado no Brasil principalmente pelo Poder Judiciário, através de ações comuns (pela forma incidental) ou por trâmites especiais (Sundfeld, 2012, p. 41). Apesar de ser realizado no Brasil principalmente pelo Poder Judiciário, isto não é uma regra.

3.1.2 Arranjos institucionais possíveis e escolhas brasileiras

É fato que a noção de que as leis devem ser compatíveis com a Constituição decorre da hierarquia normativa; mas não decorre desta lógica, necessariamente, a atribuição da tarefa de controle aos tribunais judiciais, ou especificamente o Supremo Tribunal Federal. Em síntese: a preservação da supremacia da Constituição requer controle, mas a **escolha do agente que o faz é uma escolha política** (Silva, 2021, p. 565). No caso, esta escolha política está cristalizada, por exemplo, no art. 102 da Constituição, que trata das competências do Supremo Tribunal Federal. No Brasil esse controle também é exercido em outros momentos e por outros órgãos. Isso se verá em tópico posterior.

Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 565) afirma que muitos juristas têm dificuldade em aceitar o fato de que se trata de uma escolha política. Além disso, costumam encarar como natural (ou, ainda pior, uma questão de “lógica”) a existência de um controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais:

Essa naturalização do controle *judicial* de constitucionalidade é incapaz de explicar como sempre existiram e ainda existem países nos quais, apesar de haver supremacia constitucional, tribunais não têm poder para controlar a constitucionalidade das leis. E, mesmo nas democracias constitucionais nas quais tribunais exercem esse controle - hoje em dia a maioria -, a enorme **variação institucional** em relação a que órgãos podem exercer o controle, e em que momento, é o fator mais ilustrativo de que se trata de decisão baseada em considerações de conveniência e oportunidade, não de decorrência supostamente lógica da rigidez e da supremacia constitucional (Silva, 2021, p. 565, grifou-se).

Passa-se agora às classificações destas variações institucionais.

Toda classificação leva em consideração propriedades, comuns ou não, para determinada finalidade. Essas características/qualidades/propriedades, dependendo de quais são escolhidas, resultam em conjuntos e classificações distintas. Resultados classificatórios distintos, seja para objetos diferentes ou objetos iguais. Um exemplo de como posso tratar de maneira distinta o mesmo fenômeno ao selecionar as propriedades para a análise: o animal vaca. Só aqui já temos duas classificações de um fenômeno. O “fenômeno vaca” é pelas suas características biológicas (propriedades escolhidas) considerado “animal”, e dentro deste grupo, tendo-se em vista propriedades específicas, é tido como “vaca”. Poderia, vislumbrando outras propriedades, como por exemplo o número de patas, dar outra classificação. Seria um “quadrúpede”. Por outras, “mamífero”, e assim por diante. Logo, posso apontar determinado fenômeno e exclamar “quadrúpede”, “mamífero” e “vaca” e me referirei, de fato, ao mesmo fenômeno.

O mesmo ocorre ao apontar o objeto “controle de constitucionalidade”. Posso selecionar diferentes propriedades possíveis deste objeto e terei distintas classificações.

Se levarmos em conta o fator agente que controla, e o órgão for ligado aos poderes políticos (Executivo e Legislativo), temos que o controle é político; se for associado aos Tribunais, é judicial. Se levarmos em conta o momento da promulgação da lei, o controle pode ser prévio ou posterior (Silva, 2021, p. 567). Se levarmos em conta competência, teremos as formas difuso e concentrado (Pinheiro, 2021, p. 189).

Existem muitas classificações, todas elas importantes, até porque o sistema brasileiro é uma sofisticada combinação que se enquadra em múltiplas destas definições. Mas as principais, e mais importantes para este trabalho, são as que resultam nas noções de **controle judicial** nas formas de **controle difuso, concreto e incidental X controle concentrado, abstrato e principal**.

Sobre o prisma processual há o controle concreto e incidental e o controle abstrato e principal. O controle concreto e incidental ocorre em uma ação judicial concreta em que o debate sobre a constitucionalidade não é o objeto principal da demanda, ou seja: é uma questão

incidental. Já o controle abstrato e principal ocorre em ações específicas com a finalidade exclusiva de debater a (in)constitucionalidade do ato normativo. Nestes casos, há um rol limitado de legitimados para propor este tipo de ação (Silva, 2021, p. 567-568).

Sob o prisma dos órgãos que exercitam, o controle pode ser **concentrado** ou **difuso**. Nos tópicos abaixo há a síntese destas formas de controle judicial brasileiro.

3.1.2.1 Controle difuso, concreto e incidental

Muito embora a Constituição brasileira não preveja explicitamente, existe um consenso de que juízes, juízas e tribunais podem deixar de aplicar uma lei no caso concreto caso entendam pela inconstitucionalidade:

É possível afirmar que os poucos artigos da Constituição de 1988 que indicam que o STF não tem o monopólio do poder de declarar a inconstitucionalidade de leis e outros atos normativos, como os arts. 97 e 102, III, não fazem qualquer menção explícita à competência de juízes e juízas de primeira instância para fazê-lo. Ainda assim, como já ficou claro, essa competência é exercida no Brasil há mais de século e é denominada controle de constitucionalidade **difuso, concreto, incidental** (Silva, 2021, p. 573, grifou-se).

Em síntese: é difuso, pois todo tribunal pode exercê-lo. É concreto, pois ocorre na aplicação de determinada norma em uma controvérsia judicial (caso concreto). É incidental pois a questão sobre a constitucionalidade da norma não é o objeto principal da lide (Silva, 2021, p. 573). Sobre o consenso explicitado, insta salientar a lição de Paulo de Tarso Brandão (2006), em *ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*, de que uma das principais diferenças entre o controle difuso e o exercido pelos Tribunais (concentrado) é o fato de que o Juiz não declara a inconstitucionalidade da norma, mas é o conteúdo de sua decisão que recai sobre a relação jurídica. Ou seja: ao contrário dos Tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade da norma, deixa de aplicá-la.

3.1.2.2 Controle concentrado, abstrato e principal

Caracteriza-se pela impugnação direta de uma norma perante um tribunal (Bonavides, 2002, p. 277). Tribunais específicos com competência (concentrado) para análise de um questionamento que tem como questão nuclear (principal) a (in)constitucionalidade em si.

As ações do controle concentrado brasileiro são a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação

Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

3.1.3 Os agentes e os momentos do controle de constitucionalidade brasileiro

Conforme afirmado, não é só o Supremo Tribunal Federal que exerce o controle de constitucionalidade. Alguns agentes têm esta função explicitamente enumerada na CRFB/88, como o próprio STF com o art. 102, outras não. Ao total são 7 autoridades que exercem controle, em 6 momentos (Silva, 2021, p. 569).

O Primeiro momento de controle é protagonizado pelo Presidente da Câmara (Silva, 2021, p. 569). O art. 137, § 1º, II, b do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) dispõe que a Presidência devolverá as proposições que versarem sobre matéria inconstitucional. Dessa devolução cabe recurso ao plenário (art. 137, § 2º do RICD). O segundo momento, e mais conhecido, é na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Aqui há uma análise mais rebuscada do projeto, tanto da Câmara quanto do Senado, diferentemente do primeiro filtro citado.

Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 570) afirma que esta fase é negligenciada pelos juristas, que acreditam que se trata de um mero juízo de oportunidade/conveniência política. O que para o autor não é verdade, pois muitos projetos são barrados nesta fase por alguma incompatibilidade com o texto constitucional.

O terceiro momento é do Executivo, mais precisamente do Presidente da República, com a sanção ou veto, na forma do art. 66, §§ 1º, 2º e 3º, da CRFB/88. Estes controles mencionados até aqui ocorrem sempre, afinal são partes integrantes do processo legislativo. Um quarto momento seria a deliberação do Congresso sobre este possível veto do Presidente da República (art. 66, § 4º, CRFB/88) (Silva, 2021, p. 570).

O controle judicial de constitucionalidade é somente um sexto momento (Silva, 2021, p. 571). É realizado por qualquer Juízo ou Tribunal do país, nas formas que discorremos em tópico anterior (controle concentrado, abstrato e principal ou difuso, concreto e incidental).

A última possibilidade, bem mais restrita, é pela atuação do Senado. Raramente ocorre. É o disposto pelo art. 52, X da CRFB/88. Após decisão do Supremo Tribunal Federal em caso de controle concreto e incidental:

[...] as **decisões incidentais** de inconstitucionalidade em **controvérsias concretas**, ou seja, não em ações específicas de controle de constitucionalidade, **valem como regra geral apenas para as partes envolvidas na controvérsia**. Assim, se o STF declarar a inconstitucionalidade de uma lei em uma controvérsia concreta, sua decisão, como

regra geral, não será aplicável a terceiros não participantes". Em alguns casos, para estender os efeitos da decisão a todos, é necessário que o Senado Federal suspenda a execução da lei. Se essa suspensão for obrigatória, isto é, se o Senado não puder discordar da interpretação do STF, sua competência torna-se apenas protocolar. Mas na prática constitucional brasileira o Senado considera que tem liberdade para não suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF em controvérsia concreta. A partir dessa prática, portanto, o Senado Federal exerce também uma forma de controle de constitucionalidade (Silva, 2021, p. 571, grifou-se).

Retorna agora o enfoque ao sexto momento, o controle judicial de constitucionalidade, mais especificamente para uma das ações do controle concentrado: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

3.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Dentre as ações do controle abstrato de constitucionalidade há a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). A Constituição de 1988 criou a ADI com um rol expandido de legitimados (art. 103, CRFB/88). É a sucessora da “representação de inconstitucionalidade”, que só podia ser proposta pelo Procurador-Geral da República (Silva, 2021, p. 581-582).

O art. 102, I, a, CRFB/88 dispõe sobre a competência do STF para julgar originariamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Dessa disposição surgem duas questões.

A primeira delas é clara. É a limitação do escopo das ADIs pela exclusão das leis municipais como objeto desta ação no âmbito federal. Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 582) rememora que desde 1999 é possível acionar o STF para realizar controle abstrato de inconstitucionalidade de lei municipal, mas pela via da ADPF.

A segunda recaí sobre quais os atos normativos estaduais ou federais (decretos, resoluções, portarias...) que podem ser questionados por ADI. A jurisprudência do Supremo explicita que são aqueles atos que sejam dotados de **generalidade e abstração**.

Virgílio afirma que o critério da generalidade e abstração é incompatível com a redação do artigo, dada a obscuridade/contrariedade em relação a impugnação de leis estaduais e federais que não recebem a especificação de gerais e abstratas, pelo art. 102, I, a, para sua impugnação:

se um ato não é geral e abstrato (ao menos não no entendimento do próprio STF), não poderá ter sua constitucionalidade questionada via ADI, mesmo que este ato seja uma lei ordinária federal ou estadual. Embora seja aplicado muito raramente, esse critério é incompatível com o que dispõe o art. 102, I, a, que claramente, e sem qualificativos, prevê que a constitucionalidade de lei federal ou estadual pode ser questionada por meio de uma ADI, não importa seu grau de generalidade e abstração (Silva, 2021, p. 582-583)

A ADI, assim como as outras ações constitucionais, tem sua regulamentação dada por lei específica. Neste caso, é a Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999.

3.2.1 A Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999

O controle concentrado é relativamente novo no sistema brasileiro. Algumas coisas nesta modalidade de controle merecem atenção especial, como por exemplo a Lei n. 9.868/99 e sua natureza. Os dispositivos desta lei, que regulamenta o procedimento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, são de natureza normativo processual ou jurisdição constitucional? (Streck, 2023, p. 325).

Lênio Luiz Streck afirma que não é possível tratá-la como lei processual:

Assim, tomando a história institucional do direito a sério, é possível afirmar que a Lei 9.868/1999 **não é uma simples lei de direito processual**, e sim, algo novo no direito brasileiro, porque trata da especificação do funcionamento da jurisdição constitucional. **Desse modo, somente por emenda constitucional que estabelecesse a possibilidade de elaboração de uma lei poderia tratar-se dessa matéria.** E tudo estaria a recomendar que uma lei desse quilate devesse ser votada e aprovada por *quorum* de maioria qualificada. Aqui caberia, muito bem, a convocação do caso *Marbury v. Madison*, pois, se uma lei ordinária pode dizer aquilo que a Constituição não disse, é porque a noção de rigidez constitucional resta enfraquecida (Streck, 2023, p. 325, grifou-se).

A lei institucionaliza a interpretação conforme (objeto deste trabalho), a declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a previsão de efeito avocatório em sede liminar de ADC *etc.* Logo, pela inadequação da espécie normativa, Lênio Streck (2023, p. 326) afirma que há carência de legitimidade formal, por falta de previsão constitucional acerca da possibilidade de sua edição.

De qualquer maneira, o próprio autor afirma que “a esta altura a discussão parece estar superada” (Streck, 2023, p. 326) pelo que tratou como *realjuridik*.

A lei em seu artigo 2º reproduz o rol de legitimados do art. 103 da CRFB/88:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (Brasil, 1988)

Segundo a jurisprudência do STF, a legitimidade destes elencados é distinta. Isto se dá pela chamada pertinência temática. Prescindem da demonstração de pertinência temática

aqueles constantes nos incisos I, II, III, VI, VII e VIII. Para os excepcionados é exigida a pertinência entre o objeto da norma questionada e o interesse/atividade do proponente (Streck, 2023, p. 331).

Lênio Streck ensina que “o STF relaciona a ‘pertinência temática’ à *legitimatío ad causam* e não ao interesse de agir, requisito típico de processos de índole subjetiva” (Streck, 2023, p. 331).

É importante também diferenciar a **legitimidade para propositura** da **capacidade postulatória** em si. Sobre isso há o acórdão reiteradamente mencionado do ex-Ministro Celso de Mello:

O Governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõe, *ex vi* da própria norma constitucional, de capacidade postulatória.

Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogados (ADI 127-MC-QO, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 20/11/1989, Plenário, DJ de 04/12/1992) (Brasil, 1992).

Passa-se agora a uma importante ressalva sobre as normas pré-constitucionais.

3.2.2 Normas pré-constitucionais não podem ser objeto de ADI

Conforme afirmado acima, as leis e atos normativos federais e estaduais podem ser impugnados pela via da ADI (art. 102, I, a, CRFB/88), com uma ressalva: desde que sejam posteriores a promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988) (Meirelles; Wald; Mendes, 2019, p. 433).

O STF estabeleceu esse critério temporal em ADI que questionava a constitucionalidade de normas de custeio do sistema educacional, o Decreto-lei n. 532, de 16/4/1969, e o Decreto 95.921 de 14/4/1988 (Meirelles; Wald; Mendes, 2019, p. 433)

O acórdão de relatoria do Ministro Paulo Brossard sustenta que “o vício de inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração”(Brasil, 1997):

CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da Inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição

sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido (ADI 2-DF, rel min Paulo Brossard, julgamento em 06/02/1992, plenário, DJU 21/11/1997) (Brasil, 1997).

Analisados os principais aspectos da ADI no âmbito federal, são necessárias algumas considerações sobre o controle de constitucionalidade estadual e os contornos de suas ADIs.

3.3 NECESSÁRIAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL

3.3.1 Controle de constitucionalidade estadual

O Judiciário como um todo realiza controle de constitucionalidade, nos tópicos anteriores, tratou-se não só do papel do STF, mas dos juízes e desembargadores. O papel deste segundo grupo é preponderante no controle difuso, concreto e incidental, na qual tem como parâmetro a CRFB/88 e as respectivas Constituições Estaduais.

Aos Tribunais de Justiça também foi atribuída competência para exercer o controle abstrato de constitucionalidade, tendo como parâmetro a Constituição do Estado (Art. 125, § 2º, CRFB/88)¹⁴ (Pinheiro, 2021, p. 779). O objetivo deste controle é igual ao do STF em face da CRFB/88: uma verificação da compatibilidade vertical entre o ato impugnado e seu parâmetro. No caso estadual, as normas verificáveis (objeto) são as Leis ou atos normativo estaduais ou municipais em face da Constituição Estado (Pinheiro, 2021, p. 780).

Bruno Pinheiro leciona que não são passíveis de impugnação por **inconstitucionalidade material** as emendas à Constituição Estadual:

Não é passível de impugnação emendas à constituição do estado, por **vício de substância, material**, tendo em vista que tanto a CE como suas emendas são produto do poder constituinte derivado decorrente, e possuem o mesmo fundamento de validade. Não há limites de conteúdo. A questão será de impossibilidade jurídica do pedido. A Constituição do Estado (ou emendas a ela) poderá, contudo, ser declarada inconstitucional por violação à Constituição Federal (Pinheiro, 2021, p. 783, grifou-se).

¹⁴ **Art. 125.** Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de **representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual**, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (Brasil, 1988, grifou-se).

Essa impossibilidade não atinge a possibilidade de impugnação de emendas, no controle abstrato estadual (Tribunais de Justiça), por inconstitucionalidade **formal**.

3.3.1.1 O Parâmetro: Constituição Estadual e as normas de reprodução obrigatória da Constituição da República Federativa do Brasil

Conforme parágrafo do tópico acima, o parâmetro no controle concentrado estadual é a Constituição Estadual, mas admitem-se, também, as normas da CRFB/88 que sejam de reprodução obrigatória, estejam elas expressamente escritas na CE ou não (Pinheiro, 2021, p. 781). Sobre isso, é reiteradamente citado, tanto nos julgados do STF quando na doutrina, o acórdão prolatado pelo Ministro Eros Roberto Grau:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. CONTESTADA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA. OMISSÃO DA CONSTITUIÇÃO MARANHENSE

A omissão da Constituição estadual não constitui óbice a que o tribunal de justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o art. 37, V, da Constituição do Brasil, norma de reprodução obrigatória (RE 598.016 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 20-10-2009, 2ª T, DJE de 13-11-2009) (BRASIL, 2009).

Normas de reprodução obrigatória são aquelas que tem repetição compulsória nas Constituições Estaduais, em obediência às disposições do art. 25 da CRFB/88. O artigo em questão estabelece a regência dos Estados por suas Constituições, observados os princípios da Constituição da República Federativa do Brasil.

Logo, conclui-se que não sendo norma de reprodução obrigatória, as disposições da CRFB/88 não podem ser utilizadas no controle de constitucionalidade pela via abstrata, somente pela difusa (Pinheiro, 2021, p. 782).

Importante também destacar o procedimento nos casos de simultaneidade de ações com o mesmo objeto, mas com diferentes parâmetros:

No caso de simultaneidade de ações, uma no plano estadual (representação de inconstitucionalidade estadual) tendo como parâmetro a norma da Constituição estadual cuja competência para julgamento cabe aos Tribunais de Justiça (125, § 2º da CRFB/1988), e outra impetrada perante o STF tendo como parâmetro de controle a Constituição Federal (ADI), deverá ser suspenso o julgamento da ação no plano estadual, de forma a aguardar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. No caso de declaração de inconstitucionalidade (com redução de texto e pronúncia de nulidade) do ato impugnado pelo STF, a ação direta de inconstitucionalidade estadual ficará prejudicada, perda de objeto. Não havendo declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, poderá o Tribunal de Justiça prosseguir no julgamento da ADI estadual (Pinheiro, 2021, p. 787).

Outras questões processuais merecem destaque, como por exemplo os legitimados, tratados a seguir.

3.3.1.2 Pluralidade de legitimados e as demais disposições sobre ADI na CESC/89

O art. 125, § 2º, da CRFB/88 proíbe que seja conferida legitimidade a apenas um órgão. O que não significa que o constituinte esteja adstrito ao rol federal, podendo ou não haver uma ampliação. O art. 85 da Constituição do Estado de Santa Catarina (CESC/89) é que elenca o rol catarinense:

Art. 85. São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face desta Constituição:

- I – o Governador do Estado;
- II – a Mesa da Assembleia Legislativa ou um quarto dos Deputados Estaduais;
- III – o Procurador-Geral de Justiça;
- IV – o Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil;
- V – os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa;
- VI – as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual;
- VII – o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o representante do Ministério Público, a subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, os sindicatos e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal (Santa Catarina, 1989)

A CESC/89 também indica que o TJSC somente poderá declarar a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo pelo voto da maioria absoluta dos membros do órgão especial (art. 84, CESC/89)¹⁵¹⁶.

A defesa do ato impugnado é oferecida pela autoridade designada por cada CE (Pinheiro, 2021, p. 786). No caso catarinense são os procuradores públicos, dependendo da natureza/origem do ato normativo, conforme explicita o art. 85, § 4º, CESC/89:

Art. 85 [...]

§ 1º O Procurador-Geral de Justiça deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada ao Poder ou órgão competente para a adoção das providências necessárias.

§ 3º Reconhecida a inconstitucionalidade, por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente, para a adoção das providências necessárias a prática do ato ou início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para cumprimento em trinta dias.

§ 4º Quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o **Procurador-Geral do Estado, a Procuradoria Legislativa da Assembleia ou o Procurador do Município,**

¹⁵ Art. 84. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal. (Santa Catarina, 1989)

¹⁶ Isso ocorre não só no controle abstrato, o TJSC tem um procedimento específico para a formulação de um “Incidente de arguição de inconstitucionalidade” em caso de inconstitucionalidade suscitada perante os órgãos fracionários do TJSC (art. 58, inciso I, Alínea F e art. 224 e seguintes, todos do RITJSC)

conforme o caso, que defenderão o texto impugnado (Santa Catarina, 1989, grifou-se)

Não só a PGE e as demais estruturas de advocacia pública têm protagonismo neste procedimento. O Ministério Público, por exemplo, deve sempre se manifestar por sua PGJ como *custos legis*, na forma do art. 85, § 1º, CESC/89. Como o Procurador Geral de Justiça é legitimado para propor ADI (art. 85, inciso III) em muitos casos ocorre uma dupla manifestação do MPSC, uma como autor e outra como parecerista. No caso catarinense, pela subdivisão administrativa do MPSC, essas funções são exercidas pelo “Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade”. Regulamentado pelo ato 531/2019 da PGJ, o CECCON tem como titular um Promotor ou Procurador de Justiça (art. 1º, § único, ato 531/2019/PGJ) responsável pela elaboração de estudos-técnicos, recomendações e pela proposição das ADIs, representando o MPSC nas sessões de julgamento das referidas ações (art 2º e 3º, ato 531/2019/PGJ).

As demais regulamentações do trâmite das Ações Diretas de Inconstitucionalidade são dadas pela Lei n. 12.069, de 27 de setembro de 2001.

3.3.2 A Lei Estadual n. 12.069, de 27 de dezembro de 2001

A lei inicialmente se presta a reproduzir o rol de legitimados do art. 85 da CESC/89 em seu art. 2º. Segundo a lei estadual, as decisões sobre a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente serão tomadas caso presentes na sessão pelo menos dois terços dos integrantes do Órgão Especial do Tribunal (art. 13, Lei Estadual n. 12.069/01). Caso a maioria absoluta dos membros do órgão fracionário, requisito constitucional aqui reproduzido, declare a inconstitucionalidade da norma, a ADI será julgada procedente (art. 14, Lei Estadual n. 12.069/01).

A lei também dispõe sobre a modulação dos efeitos da decisão:

Art. 17. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, **por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado** (grifou-se) (Santa Catarina, 2001).

É importante agora delimitar a composição do tão mencionado Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

3.3.3 Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Órgão Especial

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é composto por 25 membros. Preenchidos na forma dos incisos do art. 54 do RITJSC:

Art. 54 [...]

I – 13 (treze) vagas por antiguidade, mediante ato de efetivação do presidente do Tribunal de Justiça, preenchidas pelos membros mais antigos do Tribunal Pleno, conforme a ordem decrescente de antiguidade, nas classes a que pertencerem, vedada a recusa ao encargo; e

II – 12 (doze) vagas por eleição, mediante votação secreta entre os membros do Tribunal Pleno, convocado especialmente para tal finalidade, vedada a recusa ao encargo, salvo se apresentada manifestação expressa antes da eleição.

§ 1º O presidente do Tribunal de Justiça, o 1º vice-presidente e o corregedor-geral da Justiça são membros natos do Órgão Especial, no qual ocuparão:

I – vaga na seção de antiguidade, quando a titularem por direito próprio; ou

II – vaga de titular na seção da metade eleita, quando ainda não puderem integrá-lo por direito próprio à antiguidade, classificando-se conforme os votos que obtiverem na eleição para os órgãos diretivos do Tribunal. (Santa Catarina, 2018)

Com o apresentado até então nesta monografia, passa-se a análise das decisões e seus critérios de seleção.

4 ANÁLISE DAS DECISÕES

4.1 AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Para a análise, foi selecionado o lapso temporal de 1º de janeiro de 2022 a 1º de janeiro de 2024. As decisões foram acessadas pelo próprio sistema de jurisprudência do Tribunal, disponível no endereço eletrônico: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora

O sistema de busca possibilita alguns campos e filtros de pesquisa. Para obtenção dos resultados foi selecionado o órgão especial, no campo “órgão julgador”, e pesquisadas as ementas com a expressão “interpretação conforme”. Não foi utilizada a expressão completa (interpretação conforme a Constituição), pela possibilidade de erro do julgador no uso da expressão pela confusão/mistura com “declaração parcial de nulidade sem redução de texto”, conforme verificamos no subtópico 2.3.3. Deste modo, é possível abranger mais acórdãos, estejam eles utilizando a técnica de maneira e acertada e somente confundindo o nome, estejam eles equivocados na totalidade.

Foram obtidos 10 acórdãos, conforme a tabela seguinte:

Tabela 1 – Decisões obtidas no sistema de busca jurisprudencial do TJSC

Classe	Número	Julgado em
ADI	5010200-35.2023.8.24.0000	02/08/2023

ADI	5007577-95.2023.8.24.0000	19/07/2023
ADI	5004760-58.2023.8.24.0000	05/07/2023
ED em ADI	5041420-85.2022.8.24.0000	21/06/2023
ADI	5041420-85.2022.8.24.0000	05/04/2023
Incidente de arguição de inconstitucionalidade	5054267-56.2021.8.24.0000	01/03/2023
ADI	5007104-46.2022.8.24.0000	01/02/2023
ADI	5019957-87.2022.8.24.0000	03/08/2022
ADI	5035439-12.2021.8.24.0000	18/05/2022
ADI	8000246-55.2016.8.24.0000	16/03/2022

Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora

Um deles trata-se de incidente de arguição de constitucionalidade e outro de embargos de declaração em ADI. Este trabalho trata do uso do instituto especificamente em ADI, logo esses acórdãos não serão analisados.

Portanto, serão analisados 8 acórdãos.

4.2 O USO DA INTERPETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO PELO TJSC

Neste tópico evidenciaremos como o Tribunal usou o “mecanismo” nas suas decisões. No seguinte, avaliaremos o recurso jurídico-linguístico e as limitações inerentes ao instituto. Limitações dadas, tanto pela insuficiência do consenso doutrinário evidenciado, quanto pela ausência de uma adequada teoria da decisão. Estas limitações ficam ainda mais evidentes quando verificado o seu uso em decisões.

4.2.1 ADI n. 5010200-35.2023.8.24.0000

Trata-se de ADI ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, representado pelo coordenador do CECCON, contra os arts. 276, parágrafo único, e 277, *caput* e inciso II, da Lei Complementar n. 660, de 28 de novembro de 2007, na redação dada pelas Leis Complementares n. 944, de 3 de novembro de 2014, n. 1.308, de 5 de agosto de 2020, e n. 1.468, de 16 de dezembro de 2022, todas do Município de Blumenau.

Estes dispositivos fixavam períodos de licença diferenciados a depender do sexo do servidor público municipal adotante. O MPSC aduziu a violação aos princípios da isonomia e da proteção integral da criança, dispostos nos arts. 4º, *caput*, 27, inciso XIII, 186 e 187, da CESC/89. Essa violação se daria principalmente pelo tempo de licença concedido nos casos de adotantes servidores homossexuais masculinos. Sustentou o MPSC:

Embora o ordenamento jurídico brasileiro preveja a concessão diferenciada de prazos de licença parental aos genitores biológicos, a depender do sexo, a mesma lógica não pode ser aplicada aos casos de adoção. A concessão de licença parental com prazos diferenciados, a depender do sexo do servidor público adotante viola os princípios constitucionais da isonomia e da proteção integral da criança por desigualar os casais homoafetivos masculinos que praticam o ato de adotar. É que a única interpretação extraída da norma municipal é aquela que assegura apenas vinte dias consecutivos a cada um dos pais (homens), de modo que, após o curto período de tempo, a criança adotada não contará com a presença de nenhum de seus genitores – o que dificulta o fortalecimento do vínculo entre pais e filho e torna ainda mais árdua a adaptação da criança à nova família. Enquanto famílias que contam com a presença de genitores do sexo feminino e masculino ou apenas de genitoras têm o direito de usufruir da licença de 180 (cento e oitenta) dias, em favor de pelo menos um deles, beneficiando também (e principalmente) a criança recém-adotada, a mesma realidade não se aplica à família que é dirigida por casal de homens, ensejando o reconhecimento de tratamento jurídico diferenciado em razão da orientação sexual dos parceiros [...] (Santa Catarina, 2023e, grifou-se)

Em consequência, requereu:

d) a procedência do pedido, a fim de se:

d.1) **declarar a inconstitucionalidade** do artigo 276, parágrafo único, da Lei Complementar n. 660, de 28 de novembro de 2007, com redação dada pela Lei Complementar n. 994, de 3 de novembro de 2014, do Município de Blumenau, por violação aos princípios da isonomia e da proteção integral da criança, abrigados nos artigos 4º, 27, inciso XIII, 186 e 187 da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, afastados os efeitos repristinatórios;

d.2) **interpretar conforme a Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, sem redução de texto**, o disposto no artigo 277, caput e inciso II, da Lei Complementar n. 660, de 28 de novembro de 2007, com redação dada pelas Leis Complementares n. 1.308, de 5 de agosto de 2020, e n. 1.468, de 16 de dezembro de 2022, do Município de Blumenau, **para possibilitar o gozo de licença-maternidade a um dos genitores adotantes em caso de adoção por casal homoafetivo masculino**; (Santa Catarina, 2023e, grifou-se)

Após o trâmite processual, sobreveio acórdão com a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 276, PARÁGRAFO ÚNICO, E 277, CAPUT E INCISO II, DA LEI COMPLEMENTAR N. 660/07 DO MUNICÍPIO DE BLUMENAU.

COMANDOS NORMATIVOS ZURZIDOS QUE INSTITUÍRAM A LICENÇA-PATERNIDADE E A LICENÇA-MATERNIDADE A ADOTANTES DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO A CASAL ADOTANTE HOMOAFETIVO MASCULINO E A GENITOR MONOPARENTAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, ENCARTADOS NOS ARTS. 4º, CAPUT, 27, INCISO XIII, 186 E 187, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PARA (A) **REALIZAR INTERPRETAÇÃO CONFORME, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, DO ART. 277, CAPUT E INCISO II, DA LEI COMPLEMENTAR 660/07** PARA QUE O PRAZO DE LICENÇA-MATERNIDADE DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS SEJA CONFERIDO AOS CASAIS HOMOAFETIVOS E AO GENITOR MONOPARENTAL, BEM COMO (B) **DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 276 DO MESMO PERGAMINHO LEGAL PARA EXCLUIR LINHA INTERPRETATIVA QUE OBSTE O GOZO DE LICENÇA DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS POR GENITOR MONOPARENTAL, BEM COMO POR UM DOS GENITORES EM CASO DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO.**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE ACOLHIDA. (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5010200-

35.2023.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. José Carlos Carstens Kohler, Órgão Especial, j. 02-08-2023) (Santa Catarina, 2023e, grifou-se).

Da ementa é possível identificar uma confusão comum nas análises em ADI: a mistura de nomenclaturas, conforme discutido no subtópico 2.3.3.

O Des. relator votou por julgar procedente o pedido para realizar interpretação conforme a Constituição **sem redução de texto** do art. 277, *caput* e inciso II; ora, se é interpretação conforme não há que se falar em redução de texto. Utiliza-se a expressão “sem redução de texto” nos casos de declaração parcial de inconstitucionalidade porque é necessário frisar que apesar da declaração parcial de inconstitucionalidade **não há alteração/redução** do texto em si. Apenas a supressão da possibilidade de aplicação das normas oriundas dos sentidos inconstitucionais. É o que ocorre em relação ao § único do art. 276 da norma impugnada.

Na inicial, o pedido do MPSC era de declaração de inconstitucionalidade do art. 276, § único. Conforme evidenciado em subtópico anterior (3.3.1.2), há casos de dupla manifestação do MPSC. No caso desta ADI, foram manifestações de diferentes Procuradores. Na segunda manifestação, houve a suscitação de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. A tese foi acolhida e a ADI foi julgada parcialmente procedente.

O voto em si, no que tange ao uso da interpretação conforme do art. 277 *caput* e inciso II, segue a lógica do passo-a-passo formulado, mas de maneira “terceirizada”. Reduz-se a citar diretamente a manifestação do MPSC. Por sua vez, a manifestação citada, no que tange a interpretação conforme, basicamente reproduz a argumentação dada pela inicial.

Logo, dado o acertado uso do instituto pela inicial (compatibilidade com o passo-a-passo) e a procedência da ação no que tange a este pedido, verifica-se o uso adequado do instituto, apesar do erro na nomenclatura.

4.2.2 ADI n. 5007577-95.2023.8.24.0000

Trata-se de ADI proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, representado pelo coordenador do CECCON, contra art. 57 da Lei Complementar n. 8, de 30 de outubro de 2003, do Município de São Francisco do Sul. O dispositivo questionado vinculou o valor dos adicionais de insalubridade ao valor do salário-mínimo. O MPSC alegou a violação dos arts. 4º e 110, *caput*, da CESC/89, e pleiteou a procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade.

O relator julgou parcialmente procedente a ação, pois decidiu conferir interpretação conforme a Constituição em acórdão com a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 57/03, DO MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO SUL.

COMANDO NORMATIVO AÇOITADO QUE ESTABELECE O SALÁRIO-MÍNIMO NACIONAL COMO BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE DEVIDO AO SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ART. 4º DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE SANTA CATARINA QUE, DE FORMA REMISSIVA, ASSEGURA OS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA "CARTA DA PRIMAVERA", CUJO ART. 7º, INCISO IV, VEDA A VINCULAÇÃO AO SALÁRIO-MÍNIMO PARA QUALQUER FIM. MATÉRIA PACIFICADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MEIO DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 4, CUJO CONTEÚDO ESTABELECE A IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO-MÍNIMO COMO INDEXADOR DE BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA DE SERVIDOR PÚBLICO OU EMPREGADO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA SUPREMA CORTE QUE, POR OUTRO LADO, ADMITE QUE A BASE DE CÁLCULO DE DETERMINADA VANTAGEM REMUNERATÓRIA SEJA FIXADA A PARTIR DA EXPRESSÃO PECUNIÁRIA DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DA EDIÇÃO DO COMANDO NORMATIVO. REDAÇÃO DO ART. 57 DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 8/03 QUE PERMITE A **INTERPRETAÇÃO DE QUE A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE TEM COMO PARÂMETRO O SALÁRIO-MÍNIMO NACIONAL VIGENTE À ÉPOCA DA VEICULAÇÃO DA REFERIDA LEI.** IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL, CONTUDO, DE LINHA INTERPRETATIVA NO ÂNGULO DE VINCULAR TAL VANTAGEM À ALTERAÇÃO DO SALÁRIO-MÍNIMO INDEFINIDAMENTE. **INTERPRETAÇÃO CONFORME À CARTA FEDERAL QUE PRESERVA A VONTADE DO LEGISLADOR MUNICIPAL** AO PERMITIR A CONTINUIDADE DO DISPOSITIVO LEGAL COMBATIDO E OBSERVA O SALUTAR PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS. REPERCUSSÃO ECONÔMICA NA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR PERCEBIDA DE BOA-FÉ. NECESSÁRIO RESGUARDO DA IRREPETIBILIDADE DOS VALORES, DE MODO A AFASTAR A INSEGURANÇA JURÍDICA. PRECEDENTES DO EXCELSO PRETÓRIO E DESTE AREÓPAGO. RESSONÂNCIA A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DO JULGAMENTO DE MÉRITO DA PRESENTE AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE ACOLHIDA, COM CALIBRAGEM DE SEUS EFEITOS. (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5007577-95.2023.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. José Carlos Carstens Kohler, Órgão Especial, j. 19-07-2023) (Santa Catarina, 2023d, grifou-se).

O acórdão segue adequadamente a lógica do conceito operacional.

A decisão inclusive toma o cuidado, pouco recorrente, de expressar **no dispositivo** qual o sentido fixado às palavras/normas objeto da controvérsia:

(a) julgar parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para conferir **interpretação conforme à Constituição** do Estado de Santa Catarina ao art. 57 da Lei Complementar n. 8/2003 do Município de São Francisco do Sul, **mediante estabelecimento que a expressão "salário-mínimo nacional" seja compreendida como o valor do salário-mínimo vigente à época da publicação do referido Diploma Normativo**, com o afastamento da linha interpretativa no sentido de vincular a parcela remuneratória ao aumento no salário mínimo indefinidamente; (Santa Catarina, 2023d, grifou-se)

Uma análise mais detida revela uma pequena confusão. Causada pelo intuito pouco claro do Des. O dispositivo trata de conferir interpretação conforme, explicitando a fixação de

um sentido mais adequado às disposições constitucionais, com o intuito de **afastar** a linha interpretativa que resulta no sentido de vincular a parcela remuneratória ao aumento no salário-mínimo indefinidamente.

Se com o “afastamento da linha interpretativa”, o Des. Relator pretendia a não aplicação desse sentido, o recurso jurídico mais adequado ao caso seria a declaração parcial de nulidade sem redução do texto. Afinal, ela removeria esta aplicação, declarando sua inconstitucionalidade¹⁷. Confusão semelhante ocorre no acórdão analisado no subtópico 4.2.5. Este caso revela uma questão levantada por Virgílio Afonso da Silva sobre a (des)necessidade de diferenciação dos dois institutos no sistema brasileiro. Discorre-se sobre essa questão no tópico 4.3.

4.2.3 ADI n. 5004760-58.2023.8.24.0000

Trata-se de ADI ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça e o coordenador do CECCON contra o artigo 1º da Emenda Constitucional n. 81, de 1º de julho de 2021. O MPSC aduziu a violação ao artigo 10, inciso I, e §1º, da CESC/89, que guardam consonância com o artigo 24, inciso I, e §§ 1º e 2º, da CRFB/88.

Aduziu a inicial que a alteração da CE passou a definir todas as transferências fiscais intergovernamentais voluntárias, prestadas pelo Estado de Santa Catarina aos Municípios, como transferências especiais. Sendo dispensada a celebração de convênio ou instrumento congêneres, de programa de alocação de recursos e de qualquer tipo de contraprestação por parte do Município beneficiado.

Em parecer, o MPSC reiterou os argumentos acerca da inconstitucionalidade formal¹⁸:

Nesse sentido, a única conclusão juridicamente plausível é que o artigo 166-A, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, veda o emprego das transferências especiais (modalidade excepcional de transferência fiscal intergovernamental) em qualquer contexto que não o das emendas parlamentares individuais impositivas, motivo pelo qual não há a possibilidade de o Estado-membro qualificar qualquer outra espécie de transferência fiscal intergovernamental como especial, no exercício da sua competência concorrente.

O artigo 1º da Emenda Constitucional n. 81/2021 incorreu em vício formal de inconstitucionalidade por **innovar as diretrizes gerais do orçamento público, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) prevê a utilização das transferências especiais exclusivamente em sede de emenda parlamentar individual impositiva.**

Nos termos do artigo 24, inciso I e §§ 1º e 2º, da CRFB/88 e do artigo 10, inciso I e § 1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989 (CESC/89), a União, os

¹⁷ Ver subtópico 2.3.2.

¹⁸ Esta ADI é contra uma **emenda**. O subtópico 3.3.1 explicita o cabimento de controle concentrado estadual de emenda em casos de inconstitucionalidade formal.

Estados e o Distrito Federal possuem **competência concorrente para legislar sobre direito financeiro.**

Quando se trata de competência legislativa concorrente, cabe à União editar normas gerais e aos Estados e ao Distrito Federal suplementá-las nos pontos omissos ou adequá-las às peculiaridades regionais.

É vedado aos Estados inovar ou dispor em sentido contrário às normas gerais federais existentes sobre o tema do direito financeiro, e não pode a Constituição Estadual excepcionar onde a Constituição da República não excepcionou.

A transferência voluntária é a regra estabelecida na CRFB/88, condicionada a uma série de exigências e cautelas relativas à sua programação, acompanhamento e fiscalização, da qual a transferência especial é a exceção, aplicável tão somente às emendas parlamentares individuais impositivas.

[...]

Reforçando: não pode o legislador, ainda que por meio do poder constituinte derivado decorrente, excepcionar onde a Constituição da República não excepcionou.

[...]

O vício de inconstitucionalidade do artigo 1º da Emenda Constitucional Estadual n. 81/2021, não está relacionado apenas com a nomenclatura utilizada pelos legisladores – o que, aliás, nem teria cabimento –, pois não foi empregada a nomenclatura "transferências especiais" no vazio, mas sim em referência a todo o arcabouço aplicável a essa modalidade de repasse. Dessa forma, ainda que fosse utilizada outra nomenclatura que não "transferências especiais", a norma permaneceria eivada de inconstitucionalidade – desde que, é claro, fossem empregadas as mesmas características das transferências especiais como definidas no artigo 166-A da Constituição da República, notadamente a dispensa de celebração de convênio ou instrumento congênere, de programa de alocação de recursos e de qualquer tipo de contraprestação por parte dos municípios beneficiados com o repasse.

Isso porque (reafirmando, uma última vez) **o problema aqui consiste no fato que a Constituição do Estado de Santa Catarina, ao ampliar as hipóteses de emprego das transferências especiais, com todas as suas características essenciais (independentemente da nomenclatura utilizada), excepcionou onde a Constituição da República não excepcionou** (Santa Catarina, 2023c, grifou-se).

O instituto da interpretação conforme a Constituição é mencionado pela primeira vez em memoriais da ALESC. Este pedido é sequencialmente contestado em memórias do Governador do Estado, que sustenta o descabimento do instituto com o argumento de ausência de mais de um sentido possível da norma impugnada.

Após o trâmite, sobreveio acórdão com a seguinte ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PREVISÃO DE TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS AOS MUNICÍPIOS CONSIDERADAS ESPECIAIS. DISPENSA DE CONVÊNIO OU INSTRUMENTO CONGÊNERE. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE POR MALFERIMENTO À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO NO DISCIPLINAMENTO DE REGRAS GERAIS DE DIREITO FINANCEIRO. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 10, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. MATÉRIA DISCIPLINADA PELA UNIÃO EXCLUSIVAMENTE NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO NO QUE CONCERNE A EMENDAS PARLAMENTARES IMPOSITIVAS. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO DE CUNHO GERAL EM RELAÇÃO À HIPÓTESE OBJETO DESTA ACTIO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PLENA DO ESTADO. INTELIGÊNCIA DO § 1º DO ART. 10 DA CONSTITUIÇÃO BARRIGA-VERDE.

NECESSIDADE DE TRANSPARÊNCIA E ADEQUADA PRESTAÇÃO DE CONTAS NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO QUE SE IMPÕE.

CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA CONTANTO QUE A INTERPRETAÇÃO DO PRECEPTIVO IMPUGNADO SEJA FEITA CONFORME A CONSTITUIÇÃO PARA ASSEGURAR TRANSPARÊNCIA E ADEQUADA PRESTAÇÃO DE CONTAS NO TOCANTE AOS RECURSOS PÚBLICOS EMPREGADOS NAS TRANSFERÊNCIAS ESPECIAIS EM TELA. (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5004760-58.2023.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Dinart Francisco Machado, rel. designado (a) Joao Henrique Blasi, Órgão Especial, j. 05-07-2023) (Santa Catarina, 2023c, grifou-se).

O acórdão é resultado de um voto divergente, restando vencido o voto do relator original. O voto vencido, no que tange o uso da interpretação conforme, é um primor.

O relator original argumenta que diante do vício formal não cabe interpretação conforme a Constituição, afinal ela incide sob a análise da materialidade, não dos aspectos formais. Havendo vícios formais, não há interpretação que compatibilize (questão tratada no tópico 2.3.1). Inclusive cita a acertada, neste aspecto, jurisprudência do TJSC sobre esta impossibilidade. O acórdão citado, faz parte dos selecionados pela metodologia deste trabalho¹⁹. Afirma também que para haver interpretação conforme é pressuposta a existência de mais de uma interpretação possível; sustenta, então, a impossibilidade de outra exegese, graças a clareza da equiparação, dada pela emenda, entre as transferências voluntárias e especiais (com dispensa de convênio ou instrumento similar). Vota pela declaração da inconstitucionalidade.

Ganhou o voto divergente. Vale repisar que o escopo deste trabalho não é analisar a existência ou não da inconstitucionalidade em si, mas sim a conformidade do uso da interpretação conforme a Constituição com a doutrina.

Ao longo da delimitação conceitual e na análise dos acórdãos deste trabalho, foram evidenciados equívocos comuns no uso da interpretação conforme. Este caso é um caso de uma desconformidade pouco comum. Destaca-se o fragmento:

Logo, tendo sido evidenciado que de inconstitucionalidade não se trata, faz-se aplicável, nesta *actio*, a hipótese de *interpretação conforme a constituição*, empregável sempre que uma mesma norma alcance mais de uma exegese (no caso o eminente Relator originário, seguido de alguns colegas, tem-na por inconstitucional, entendimento esse contrastado por outros colegas que propenderam pela constitucionalidade) (Santa Catarina, 2023c).

O fragmento tem múltiplas nuances. Começa enunciando a inexistência de inconstitucionalidade formal. Certo, se não há inconstitucionalidade formal, passa-se a análise da materialidade, onde incide a interpretação conforme e a declaração parcial.

O voto afirma, então, a necessidade de interpretação conforme, dada a existência de mais de um sentido, e afirma: “no caso o eminente Relator originário, seguido de alguns

¹⁹ Analisado no tópico 4.2.6.

colegas, tem-na por inconstitucional, entendimento esse contrastado por outros colegas que propenderam pela constitucionalidade”. Isto não é pluralidade de sentido. Isto é apenas a natural divergência acerca da constitucionalidade ou não; da constitucionalidade de UM ÚNICO sentido.

Ademais, como rememora o voto vencido, quem votou pela declaração de inconstitucionalidade, o fez por um aspecto formal. Em nenhum momento é explicitado qual seria o outro sentido possível. Tanto o é que o voto vencedor se dispõe apenas a argumentar pela ausência de inconstitucionalidade formal e dispor sobre a necessidade de interpretação conforme a Constituição para que os atos de transferência ocorram em observância às recomendações do Tribunal de Contas do Estado. Isto não é uso da interpretação conforme, isso é mera declaração de constitucionalidade, pura e simples.

Não se deve confundir interpretar a Constituição e as normas submetidas a ela, exercício normal e finalístico do próprio controle de constitucionalidade, com o instituto da interpretação conforme.

Existem também outros dois votos, mas nenhum deles aborda a interpretação conforme a Constituição. Eles simplesmente não reconhecem a existência de inconstitucionalidade. Por não tratarem do objeto deste trabalho, não serão analisados.

A título de informação, este caso foi levado ao STF por meio de Recurso Extraordinário do MPSC. Pendente de julgamento.

4.2.4 ADI n. 5041420-85.2022.8.24.0000

Trata-se de ADI ajuizada pela Associação dos Policiais Penais e Agentes de Segurança Socioeducativos do Estado de Santa Catarina, contra os incisos VII e VIII do art. 45 da Lei Complementar n. 774, de 27 de outubro de 2021, e incisos VII e VIII do art. 52 da Lei Complementar n. 777, de 14 de dezembro de 2021, ambas do Estado de Santa Catarina. O pedido de interpretação conforme aparece em manifestação do MPSC pela parcial procedência da ADI.

Os dispositivos tratam do sistema remuneratório dos membros da carreira de Policial Penal e Agente de Segurança Socioeducativo, estabelecido por meio de subsídio, estando extintas todas as espécies remuneratórias do regime anterior, especificamente a gratificação por hora extraordinária e o adicional noturno previstos nos dispositivos impugnados.

A inicial alega a retirada dos direitos previstos no art. 27, incisos V e XI, (CESC/89) e outras garantias sociais e trabalhistas dos membros da carreira de Policial Penal e Agente de Segurança Socioeducativo.

Em parecer, o membro do MPSC afirmou que a modalidade expressa pela palavra subsídio não exclui que os servidores remunerados nesta categoria façam jus à percepção de verbas de natureza jurídica indenizatória ou de vantagem destinada à remuneração de atividade extraordinária. Esse ponto é repisado na fundamentação do Des. Relator que cita em seu voto a seguinte lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O vocábulo subsídio tinha sido abandonado na Constituição de 1988 como forma de designar a remuneração dos agentes políticos, mas volta com a chamada Emenda da Reforma Administrativa (Emenda Constitucional nº 19/98), o que é lamentável, sob o ponto de vista terminológico.

[...]

Contudo, o regime de subsídios vem sendo implantado muito lentamente, em especial nos âmbitos estadual e municipal, de modo que a inovação permanece, em grande parte, no nível constitucional, com aplicação limitada a algumas categorias de agentes políticos.

O dispositivo básico para se entender a ideia de subsídio é o § 4º do artigo 39, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98, que o prevê como “parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no artigo 37, X e XI”.

Ao falar em parcela única, fica clara a intenção de vedar a fixação dos subsídios em duas partes, uma fixa e outra variável, tal como ocorria com os agentes políticos na vigência da Constituição de 1967. E, ao vedar expressamente o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, também fica clara a intenção de extinguir, para as mesmas categorias de agentes públicos, o sistema remuneratório que vem vigorando tradicionalmente na Administração Pública e que compreende o padrão fixado em lei mais as vantagens pecuniárias de variada natureza previstas na legislação estatutária.

Com isso, ficam derrogadas, para os agentes que percebam subsídios, todas as normas legais que prevejam vantagens pecuniárias como parte da remuneração.

Em consequência, também, para remunerar de forma diferenciada os ocupantes de cargos de chefia, direção, assessoramento e os cargos em comissão, terá a lei que fixar, para cada qual, um subsídio composto de parcela única. O mesmo se diga com relação aos vários níveis de cada carreira abrangida pelo sistema de subsídio.

No entanto, embora o dispositivo fale em parcela única, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela Emenda. Com efeito, mantém-se, no artigo 39, § 3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isto, o servidor que ocupe cargo público (o que exclui os que exercem mandato eletivo e os que ocupam emprego público, já abrangidos pelo artigo 7º) fará jus a: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à do normal, adicional de férias, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com a duração de cento e vinte dias.

Poder-se-ia argumentar que o § 4º do artigo 39 exclui essas vantagens ao falar em parcela única; ocorre que o § 3º refere-se genericamente aos ocupantes de cargo público, sem fazer qualquer distinção quanto ao regime de retribuição pecuniária. Quando há duas normas constitucionais aparentemente contraditórias, tem-se que adotar interpretação conciliatória, para tirar de cada uma delas o máximo de aplicação possível. No caso, tem-se que conciliar os §§ 3º e 4º do artigo 39, de modo a entender que, embora o segundo fale em parcela

única, isto não impede a aplicação do outro, que assegura o direito a determinadas vantagens, portanto, igualmente com fundamento constitucional. Também não podem deixar de ser pagas as vantagens que têm caráter indenizatório, já que se trata de compensar o servidor por despesas efetuadas no exercício do cargo; é o caso das diárias e das ajudas de custo. Não se pode pretender que o servidor que faça gastos indispensáveis ao exercício de suas atribuições não receba a devida compensação pecuniária. Trata-se de aplicação pura e simples de um princípio geral de direito que impõe a quem quer que cause prejuízo a outrem o dever de indenizar. (Di Pietro, 2021, p. 698-699)

O Procurador de Justiça sustentou que o regramento constitucional sobre subsídios deve ser interpretado em harmonia com o art. 27 da CESC/89, que guarda simetria com o art. 39, § 3º, da CRFB/88 e garante o pagamento de diversos direitos sociais aos servidores públicos, como a remuneração do serviço noturno maior do que o diurno e remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (art. 27, incisos V e XI, da CESC/89).

O MPSC requereu a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos, para que eles não obstaculizem a compensação de horas extraordinárias e adicional noturno que ultrapassem a quantidade remunerada pelo subsídio.

Sobreveio acórdão, que julgou parcialmente procedente a ação, conferindo interpretação conforme, com a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUBSÍDIO EM PARCELA ÚNICA INSTITUÍDO PELAS LEIS COMPLEMENTARES ESTADUAIS N. 774/2021 (ESTATUTO DA POLÍCIA PENAL) E N. 777/2021 (PLANO DE CARREIRA E VENCIMENTOS DO CARGO DE AGENTE DE SEGURANÇA SOCIOEDUCATIVO). INCISOS VII E VIII DO ART. 45 DA LCE N. 774/2021 E INCISOS VII E VIII DO ART. 52 DA LCE N. 777/2021. DISPOSITIVOS QUE VEDAM, RESPECTIVAMENTE, O PAGAMENTO SEPARADO DE HORAS EXTRAS E DE ADICIONAL DE TRABALHO NOTURNO. ALEGADA OFENSA AO ART. 27, INCISOS V E XI, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (ART. 39, § 3º, C/C ART. 7º, IX E XVI, DA CF/88). ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE QUE O ADICIONAL NOTURNO ESTÁ COMPREENDIDO NO SUBSÍDIO E NÃO DEVE SER REMUNERADO À PARTE. POSSIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO DE HORAS EXTRAS QUE EXCEDEREM AQUELAS ABRANGIDAS PELO SUBSÍDIO A QUE SE REFERIA O § 2º DO ART. 3º DA LCE N. 137/1995 (40 HORAS MENSAIS), PODENDO SER COMPENSADAS AS HORAS EXTRAS QUE FORAM REMUNERADAS PELO SUBSÍDIO MAS NÃO TRABALHADAS EM DETERMINADO MÊS EM QUE NÃO SE ATINGIU AQUELA QUANTIDADE. PRESERVAÇÃO DA FOLGA PELO 8º PLANTÃO MENSAL TRABALHADO, SEM REMUNERAÇÃO POR HORA EXTRA, NA FORMA DAS LEIS QUESTIONADAS. **NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

Deve-se dar **interpretação conforme à Constituição** ao art. 45, inciso VII, e ao seu parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n. 774/2021, e ao art. 52, inciso VII, e ao seu parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n. 777/2021, a fim de que a aplicação desses dispositivos legais não impeça o pagamento das horas extraordinárias efetivamente prestadas pelo Policial Penal e pelo Agente de Segurança Socioeducativo que ultrapassem a quantidade de horas extras remuneradas pelo subsídio. Vale dizer, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, "o regime de subsídio não é compatível com a percepção de outras parcelas inerentes ao exercício do cargo, mas não afasta o direito à retribuição pelas horas extras realizadas que

ultrapassem a quantidade remunerada pela parcela única" (STF - ADI n. 5.404/DF, Rel. Ministro Roberto Barroso). Podem ser compensadas nos meses seguintes as horas extras remuneradas pelo subsídio que não foram trabalhadas em determinado mês, nos termos da jurisprudência deste Tribunal. Deve ser preservada a regra das Leis Complementares referidas, que autoriza o gozo de folga pelo 8º plantão mensal trabalhado, sem necessidade de remuneração de horas extras respectivas.

O adicional noturno, por ter sido incorporado à parcela única paga a título de subsídio, não é devido aos Policiais Penais, nem aos Agentes de Segurança Socioeducativos do Estado de Santa Catarina, sobretudo porque exercem atividades operacionais em regime de plantões, o que afasta a aventada inconstitucionalidade do inciso VIII do art. 45 da Lei Complementar Estadual n. 774/2021, e do inciso VIII do art. 52 da Lei Complementar n. 777/2021. Como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, o pagamento de adicional noturno aos Policiais Penais e aos Agentes de Segurança Socioeducativos para remunerar "o exercício de funções inerentes ao cargo configuraria verdadeiro aumento de vencimentos pelo Poder Judiciário, o que afronta a Constituição Federal e a jurisprudência pacífica" da Suprema Corte, porque "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia (Súmula Vinculante nº 37)" (STF - ADI n. 5.404/DF, Rel. Ministro Roberto Barroso).

(TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5041420-85.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Jaime Ramos, Órgão Especial, j. 05-04-2023) (Santa Catarina, 2023b, grifou-se).

Diferente de outros casos analisados, aqui há uma adequada utilização do instituto. Houve a identificação de uma pluralidade de sentidos, verificou-se, através de um processo argumentativo, qual era o mais adequado com as disposições constitucionais. Por fim, houve a declaração de constitucionalidade.

Neste caso, a interpretação conforme foi dada aos **dispositivos que versam sobre hora extra**, de modo que a forma remuneratória não impeça a percepção das horas extras trabalhadas além do compreendido pelo subsídio. Para o adicional noturno, o voto pautou-se no entendimento do STF (ADI n. 5.404) que nas palavras do Des. relator:

decidiu que não é devido o pagamento de adicional noturno aos Policiais Rodoviários Federais que exercem atividades operacionais em regime de plantões, como também é o caso dos Policiais Penais e dos Agentes de Segurança Socioeducativos do Estado de Santa Catarina, porque tal verba foi incorporada à parcela única paga a título de subsídio (Santa Catarina, 2023b)

A título de informação, houve a oposição de embargos de declaração, posteriormente, a interposição de Recurso Extraordinário, denegado. O processo foi remetido ao STF após interposição do agravo. Sequencialmente, devolvido e sobrestado, dada a pendência de julgamento da ADI 7.469/SC (mesmo objeto²⁰).

O acórdão dos embargos de declaração, mencionado no parágrafo acima, é um dos dois acórdãos que foram excluídos da análise deste trabalho, conforme o tópico anterior.

²⁰ Os casos de simultaneidade de ações foram tratados no fim do tópico 3.3.1.1.

4.2.5 ADI n. 5007104-46.2022.8.24.0000

Trata-se de ADI ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, representado pelo coordenador do CECCON, e pelo Promotor de Justiça da 2ª Promotoria de Justiça da comarca de São Bento do Sul, contra o art. 75 da Lei n. 228, de 28 de dezembro de 2001, com redação dada pelas Leis n. 3.853, de 7 de dezembro de 2017, e 4.197, de 23 de dezembro de 2019, todas do Município de São Bento do Sul.

O MPSC aduziu que o artigo questionado criou gratificação de função sem fixar critérios objetivos para a sua concessão, violando os arts. 16, *caput*, 21, *caput*, inciso IV e 23, incisos II e V, da CESC/89, que correspondem ao art. 37, *caput*, incisos V e X, da CRFB/88.

O MPSC evidenciou que o artigo questionado e os demais diplomas não dispõem sobre as atividades, relacionadas a direção, chefia e assessoramento, que ocasionariam a necessidade da criação da função gratificada e o pagamento da vantagem pecuniária. Sustenta que, pela redação da norma, esses critérios e os destinatários da gratificação ficam submetidos ao arbítrio do Chefe do Poder Executivo Municipal que pode instituí-los por ato infralegal.

Afirma o MPSC:

Não fosse suficiente, o dispositivo em questão não indica o valor do benefício, nem mesmo sua forma de cálculo, os quais também ficam ao alvedrio do Chefe do Executivo, que, nesse contexto, tem poderes quase ilimitados para condicionar e remunerar a atuação dos servidores municipais (Santa Catarina, 2023a).

Requeru a procedência da ação para a declaração da inconstitucionalidade.

Após o trâmite, sobreveio acórdão com a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. ART. 75 DA LEI MUNICIPAL N. 228/2001, DE SÃO BENTO DO SUL, COM A REDAÇÃO DADA PELAS LEIS MUNICIPAIS N. 3.853/2017 E 4.197/2019. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL E DA IMPESSOALIDADE (ARTS. 16, CAPUT, 21, INC. IV, E 23, INCS. II E V, DA CESC).

PRELIMINARES SUSCITADAS PELO PROCURADOR DO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, INÉPCIA DA INICIAL E LITISPENDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS EXPRESSAMENTE INDICADOS PELO AUTOR DA AÇÃO. NORMA IMPUGNADA QUE SE ENCONTRA VIGENTE E DOTADA DE EFICÁCIA. AUSÊNCIA DE TRÍPLICE IDENTIDADE ENTRE A PRESENTE AÇÃO DIRETA E AÇÃO ANTERIOR, QUE TEVE POR OBJETO A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2.º DA LEI MUNICIPAL N. 4.197/2019, DE SÃO BENTO DO SUL. PRELIMINARES AFASTADAS.

MÉRITO. FUNÇÕES GRATIFICADAS QUE, DA LEITURA DO CAPUT DO ART. 75 DA LEI MUNICIPAL N. 228/2001, TERIAM POR OBJETIVO CONCEDER VANTAGEM PECUNIÁRIA AOS SERVIDORES QUE EXERCEM "ENCARGOS DE MAIOR RESPONSABILIDADE OU MAIOR GRAU DE DIFICULDADE" E APRESENTEM "EXTRAORDINÁRIA DEDICAÇÃO". GENERALIDADE DO TEXTO LEGAL E SUBJETIVIDADE DOS CONCEITOS NELE EMPREGADOS QUE, EM TESE, PODEM DAR MARGEM A

INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL, OUTORGANDO AO PREFEITO MUNICIPAL COMPETÊNCIA PARA FIXAR NOVAS GRATIFICAÇÕES, SUJEITAS A SEU ARBÍTRIO. CONTEXTO NORMATIVO QUE, ENTRETANTO, PERMITE IDENTIFICAR QUE AS ATIVIDADES REFERIDAS PELO DISPOSITIVO OBJETADO SÃO AQUELAS PREVISTAS NO ART. 3.º DA LEI MUNICIPAL N. 3.853/2017, AS QUAIS DISCIPLINAM AS ATIVIDADES CORRELATAS À FUNÇÃO GRATIFICADA E A SUA REMUNERAÇÃO, OBEDECENDO AOS PRINCÍPIOS DE RESERVA LEGAL E IMPESSOALIDADE. JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO, COM **INTERPRETAÇÃO CONFORME, PARA LIMITAR O ALCANCE DO DISPOSITIVO ÀS GRATIFICAÇÕES PREVISTAS EM LEI.** (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5007104-46.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Saul Steil, Órgão Especial, j. 01-02-2023) (Santa Catarina, 2023a, grifou-se).

Da leitura do grifado na ementa já emerge uma suspeita: a utilização por parte do Des. Relator para limitar o alcance do dispositivo. Ocorre que, para limitar o alcance expurgando-se aplicação inadequada da disposição/sentido frontalmente inconstitucional, a via adequada seria a declaração parcial inconstitucionalidade sem redução de texto.

Ao ler os seguintes fragmentos fica evidente que o intuito foi este:

Por essa razão, é forçoso reconhecer que, dentre as interpretações que se podem extrair do texto legal, reside a hipótese de que ao Prefeito Municipal foi outorgada a competência para definir, por ato infralegal, quais serão as funções gratificadas concedidas no âmbito do Executivo Municipal, as atividades a elas relacionadas, a vantagem pecuniária a elas atribuída e os servidores a quem o dispositivo se destina. Tal exegese, por evidente, viola frontalmente o princípio da reserva legal, consoante o qual os cargos e funções públicas, bem como suas respectivas remunerações, devem ser previstas em lei (arts. 21, inc. IV, e 23, inc. V, da CESC). Além disso, essa interpretação também afronta o princípio da impessoalidade, na medida em que não fornece critérios objetivos para o controle da concessão da função gratificada (art. 16, *caput*, da CESC) (Santa Catarina, 2023a)

Ao longo da *ratio decidendi* o Des. Relator explicita a possibilidade de um sentido constitucional, o que justificaria a preservação da norma por um dos dois institutos (interpretação conforme ou declaração parcial); porém, conforme evidenciado, pretende-se a **inaplicabilidade** de uma interpretação, portanto, mais adequado expurgá-la pela via da declaração parcial.

A razão da confusão é evidenciada no próprio acórdão, quando cita a doutrina de Novelino, que trata a interpretação conforme a Constituição como um gênero, portanto *lato*, e como tipos/espécies a interpretação conforme e a declaração parcial, a saber:

Em síntese, a interpretação conforme pode ser empregada: I) como metanorma, ao impor a interpretação de normas infraconstitucionais à luz dos valores consagrados na constituição (princípio da interpretação conforme a constituição); ou II) como técnica de decisão judicial (II.1) ao impor um dado sentido em detrimento dos demais (interpretação conforme propriamente dita), (II.2) ao excluir determinada interpretação considerada inconstitucional (declaração parcial de nulidade sem redução de texto) ou, ainda, (II.3) ao afastar a incidência da norma em uma situação concreta (inconstitucionalidade em concreto) (Novelino, 2016)

Logo, o acórdão, ao usar interpretação conforme está se referindo a esta delimitação conceitual “guarda-chuva” que abarca a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

4.2.6 ADI n. 5019957-87.2022.8.24.0000

Trata-se de ADI proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, representado pelo coordenador do CECCON, contra a Lei n. 19, de 28 de março de 2022, do Município de Ibirama, por violação aos arts. 13 e 22, inciso XXIV, CRFB/88, incorporados pela CESC/89 em seu art. 4º, *caput*. Em resumo a lei contestada proibiu a utilização da denominada "linguagem neutra" pelas instituições de ensino do Município e impôs sanções a quem a empregasse.

O MPSC apontou a violação da repartição de competências, uma vez que o Município legislou sobre diretrizes e bases de educação nacional, matéria competência privativa da união (art. 22, XXIV, CRFB/88). A CESC/89 dispõe em seu art. 4º que garantirá as disposições Constitucionais no limite de sua competência (art. 4º, *caput*, CESC/89). Requereu a declaração de inconstitucionalidade da norma por vício formal.

O Procurador de Justiça, coordenador do CECCON, citou a jurisprudência do Supremo Tribunal em casos análogos, que confirmam esta inconstitucionalidade formal. Como exemplo:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI 1.516/2015 DO MUNICÍPIO DE NOVO GAMA – GO. PROIBIÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE MATERIAL COM INFORMAÇÃO DE IDEOLOGIA DE GÊNERO EM ESCOLAS MUNICIPAIS. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA LEGISLATIVA DA UNIÃO. DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL (ART. 22, XXIV, CF). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ATINENTES À LIBERDADE DE APREENDER, ENSINAR, PESQUISAR E DIVULGAR O PENSAMENTO A ARTE E O SABER (ART. 206, II, CF), E AO PLURALISMO DE IDEIAS E DE CONCEPÇÕES PEDAGÓGICAS (ART. 206, III, CF). PROIBIÇÃO DA CENSURA EM ATIVIDADES CULTURAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º, IX, CF). DIREITO À IGUALDADE (ART. 5º, CAPUT, CF). DEVER ESTATAL NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À DESIGUALDADE E À DISCRIMINAÇÃO DE MINORIAS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL RECONHECIDAS. PROCEDÊNCIA. **1. Compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, art. 22, XXIV), de modo que os Municípios não têm competência legislativa para a edição de normas que tratem de currículos, conteúdos programáticos, metodologia de ensino ou modo de exercício da atividade docente. A eventual necessidade de suplementação da legislação federal, com vistas à regulamentação de interesse local (art. 30, I e II, CF), não justifica a proibição de conteúdo pedagógico, não correspondente às diretrizes fixadas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996). Inconstitucionalidade formal.** 2. O exercício da jurisdição constitucional baseia-se na necessidade de respeito absoluto à Constituição Federal, havendo, na evolução das Democracias modernas, a imprescindível necessidade de proteger a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em

especial das minorias. 3. Regentes da ministração do ensino no País, os princípios atinentes à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, CF) e ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), amplamente reconduzíveis à proibição da censura em atividades culturais em geral e, conseqüentemente, à liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF), não se direcionam apenas a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas eventualmente não compartilhada pelas maiorias. 4. Ao aderir à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia, a Lei municipal impugnada contrariou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, relacionado à promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF), e, por consequência, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, CF). 5. A Lei 1.516/2015 do Município de Novo Gama – GO, ao proibir a divulgação de material com referência a ideologia de gênero nas escolas municipais, não cumpre com o dever estatal de promover políticas de inclusão e de igualdade, contribuindo para a manutenção da discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero. Inconstitucionalidade material reconhecida. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. (STF. ADPF 457/GO, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 27-4-2020) (Brasil, 2020, grifou-se).

Conforme evidenciado, o caso é pautado pela inconstitucionalidade formal. Apesar disso, a procuradoria do Município de Ibirama requereu a interpretação conforme a Constituição da lei.

Em parecer, o Procurador adequadamente sustentou a impossibilidade da interpretação conforme, afinal ela incide sobre a análise da materialidade, não dos aspectos formais. Havendo vício formal, não há interpretação que a torne adequada (questão tratada no tópico 2.3.1).

Após o trâmite, sobreveio acórdão com a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM MEDIDA CAUTELAR. LEI N. 19, DE 28 DE MARÇO DE 2022, DO MUNICÍPIO DE IBIRAMA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. NÃO VERIFICAÇÃO. AÇÃO PROPOSTA EM FACE DE ATO NORMATIVO, NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. CITAÇÃO DO MUNICÍPIO, ADEMAIS, REALIZADA APENAS POR ASPECTOS FORMAIS, EM ATENÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MÉRITO. PROIBIÇÃO DO USO DA CHAMADA "LINGUAGEM NEUTRA" NO ÂMBITO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO. VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATA DE COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR. NORMA CRIADA, TODAVIA, QUE TEM CARÁTER GERAL E DE ORIENTAÇÃO. TEMA ÍNSITO À COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INOBSERVÂNCIA DA REGRA DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DESTA PARA LEGISLAR SOBRE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E LÍNGUA PORTUGUESA. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 13 E 22, INCISO XXIV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, INCORPORADOS PELO ARTIGO 4º, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA DE 1989. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PRELIMINAR AFASTADA. DEMANDA JULGADA PROCEDENTE. CAUTELAR RATIFICADA.

(TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5019957-87.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Pedro Manoel Abreu, Órgão Especial, j. 03-08-2022) (Santa Catarina, 2022c, grifou-se).

Pela ementa já é verificável o acerto da decisão. O descabimento da interpretação conforme é tão flagrante que o Des. Pedro Manoel Abreu trata do tema de maneira breve nas últimas linhas do voto.

4.2.7 ADI n. 5035439-12.2021.8.24.0000

Trata-se de ADI proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, representado pelo coordenador do CECCON, contra os itens 2.4.5.3 e 2.4.5.4 da Tabela III do Anexo Único da Lei Estadual n. 7.541/1988, com redação dada pela Lei Estadual n. 15.711/2011.

Os itens questionados tratam dos valores das taxas estaduais a serem cobrados pela atividade da Secretária de Segurança Pública de expedição de certidão ou relatório (item 2.4.5.3) e consulta em prontuários ou busca em arquivos de órgão de trânsito (item 2.4.5.4) por parte da Secretaria de Estado da Segurança Pública.

A inicial evidenciou que a CRFB/88 garante, a todos os cidadãos:

- a) o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas às resguardadas por sigilo (artigo 5º, inciso XXXIII);
- b) o direito à obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, independentemente do pagamento de taxas (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea "b").

Esses direitos também encontram tutela na CESC/89, especificamente no art. 4º²¹.

O MPSC afirma também que a cobrança de taxa só poderia ocorrer no caso de reprodução de documento, em valor correspondente ao serviço e material utilizados.

Sobreveio acórdão com a seguinte ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL N. 7.541/1988 - COBRANÇA DE TAXA PARA PARA CONSULTA EM PRONTUÁRIO, BUSCA EM ARQUIVOS E EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO OU RELATÓRIO REFERENTES À ATIVIDADES DE TRÂNSITO - VIOLAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO E À OBTENÇÃO À CERTIDÃO - **INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO** - IMPOSSIBILIDADE DA COBRANÇA NOS CASOS DE INFORMAÇÃO DE INTERESSE PARTICULAR, COLETIVO OU GERAL E DE OBTENÇÃO DE CERTIDÕES PARA DEFESA DE DIREITOS E ESCLARECIMENTO DE SITUAÇÕES DE INTERESSE PESSOAL - PEDIDO PROCEDENTE COM MODULAÇÃO DOS EFEITOS. (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5035439-12.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Salete Silva Sommariva, Órgão Especial, j. 18-05-2022) (Santa Catarina, 2022b, grifou-se).

²¹ art. 4º O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos **previstos na Constituição Federal** e nesta Constituição, ou decorrentes dos princípios e do regime por elas adotados, bem como os constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, observado o seguinte: (Santa Catarina, 1989, grifou-se).

Esta é uma decisão em que não há, para o parâmetro conceitual estabelecido, a melhor utilização do instituto. Essa questão aparece justamente na questão do sentido que deveria ser fixado pela interpretação conforme.

É um acórdão relativamente sucinto, o que não é necessariamente um problema. O acórdão analisado no tópico 4.2.1, por exemplo, é bastante curto, porque basicamente reproduziu a argumentação das manifestações; como naquele caso o órgão ministerial já apontara com muita precisão qual deveria ser a interpretação, a decisão foi acertada.

A decisão reitera o apontado pela inicial e os argumentos de violação dos direitos, mas delimita com pouca clareza qual deve ser o sentido.

A decisão reitera o apontado pela inicial e seus argumentos. É até possível entender qual o sentido que o acórdão quer dar: interpretar os itens para que eles não representem restrição aos direitos, mas isto seria cobrar taxas apenas nos casos de reprodução de documentos, com as condicionantes desta modalidade? Ou haveria outras possibilidades?

Neste caso talvez a medida mais adequada fosse a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, removendo-se a possibilidade de aplicação da forma restritiva.

Outro questionamento que pode ser feito é: não seria talvez mais adequada a declaração (total) de inconstitucionalidade? Essa discussão é tratada no tópico 4.3.

4.2.8 ADI n. 8000246-55.2016.8.24.0000

Trata-se de ADI proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, representado pelo coordenador do CECCON, contra o artigo 2º-A da Lei Complementar n. 254/2016, do Município de Brusque. O dispositivo questionado realiza o reenquadramento do cargo de Técnico de Contabilidade e Orçamento para o cargo de Contador. Alegou a inicial tratar-se de caso de transposição, violando art. 21, inciso I, da CESC/89

O acórdão tem a seguinte ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRATIVO. ARTIGO 2º-A, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI COMPLEMENTAR N. 254/2016, DO MUNICÍPIO DE BRUSQUE. EXTINÇÃO DO CARGO EFETIVO DE TÉCNICO EM CONTABILIDADE E CRIAÇÃO DO CARGO DE CONTADOR. AUTORIZAÇÃO A QUE OS OCUPANTES DO CARGO EXTINTO OCUPEM, POR TRANSPOSIÇÃO, O CARGO RECÉM CRIADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE 43 DO STF. PECULIARIDADE, PORÉM, QUE AUTORIZA O EMPREGO DA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME. ARTIGO 12 DA LEI N. 12.249/2010, CUJA CONSTITUCIONALIDADE FOI CONFIRMADA PELO STF, PERMISSIVA A QUE OS TÉCNICOS EM CONTABILIDADE JÁ REGISTRADOS EM CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE ATÉ 01/06/2015 TENHAM

ASSEGURADO O DIREITO AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE CONTADOR. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA IMPUGNADA DESDE QUE INTERPRETADA NO SENTIDO DE QUE OS SERVIDORES OCUPANTES DO CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO AOS QUAIS SE DIRIGE SE ENQUADREM NO ESCOPO DO CITADO ARTIGO 12 DA LEI N. 12.249/2010. INEXISTÊNCIA DE DISSONÂNCIA, NESSE QUADRO, DE NATUREZA, COMPLEXIDADE, GRAU DE ESCOLARIDADE E NÍVEL DE REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR QUE OCUPAVA O CARGO DE TÉCNICO EM CONTABILIDADE E QUE PASSOU A TITULARIZAR O CARGO DE CONTADOR. REENQUADRAMENTO VIÁVEL À LUZ DA CARTA ESTADUAL E DA CF/88. PRECEDENTE DO STF. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE, COM **INTERPRETAÇÃO CONFORME**. (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 8000246-55.2016.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Órgão Especial, j. 16-03-2022) (Santa Catarina, 2022a, grifou-se).

Trata-se de um uso adequado da interpretação conforme. O acórdão inclusive segue a ordem do passo-a-passo elaborado. O voto teve como base a doutrina do Exmo. Ministro Gilmar Mendes. Doutrina que foi utilizada também na formulação do conceito operacional deste trabalho, o que justifica a proximidade.

O acórdão verifica a pluralidade de sentidos e fixa que o caso deve ser interpretado como remodelação da administração/reestruturação e não como transposição. Isto ocorre em razão da identidade das atribuições, grau de escolaridade e complexidade.

4.3 UMA *PRIMA DONNA* QUE TALVEZ NÃO CANTE TANTO ASSIM: OS INSTITUTOS ANALISADOS, SUAS IMPLICAÇÕES PARA A ESTABILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO E OUTRAS OBSERVAÇÕES

O objetivo deste trabalho é a verificação da adequação do uso da interpretação conforme a Constituição nas decisões do TJSC em sede de ADI. Para alcançá-lo, é necessária uma referência de correção. Este trabalho optou principalmente pela doutrina como referência.

As principais noções doutrinárias do instituto da interpretação conforme a Constituição e da muitíssima relacionada declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto foram apresentadas no capítulo 2.

Ainda que as noções doutrinárias tenham múltiplas divergências, foi possível identificar que os doutrinadores consultados convergem acerca de um núcleo duro conceitual do instituto.

Com esses elementos comuns da pluralidade de doutrinadores e principais julgados do STF, formulou-se o seguinte conceito operacional/passo-a-passo:

- 1) Identificaram uma pluralidade de sentidos.
- 2) Verificaram que um deles ou mais é constitucional.

3) A partir de uma argumentação, explicaram o porquê aquele sentido é o constitucionalmente adequado.

4) Declararam a constitucionalidade da norma.

Este conceito operacional não foi criado para a aplicação do instituto ou sua tecnicização, mas apenas para a verificação da compatibilidade do uso da interpretação conforme pelo TJSC com as definições dadas.

Ao longo do texto foram evidenciadas algumas problemáticas da interpretação conforme a Constituição, mas não as principais, que serão tratadas agora.

Com a análise das decisões pelo conceito formulado foi possível verificar usos adequados e inadequados da interpretação conforme a Constituição. Seja por simples enganos de nomenclatura, seja pela confusão total dos institutos. De qualquer modo, estas confusões em parte são justificáveis pela multiplicidade de tratamentos dados pela doutrina. Como exemplo, menciona-se aqui o acórdão analisado no tópico 4.2.5. Apesar de tudo isso, o trabalho que se presta a responder uma pergunta, levanta outra.

A questão que conduz este trabalho é: a) é possível, partindo-se de determinados marcos teóricos, verificar a adequação do uso da interpretação conforme a Constituição? Sim; b) partindo-se destes marcos teóricos o uso é adequado? Nem sempre.

A pergunta que fica é: desta definição dada pelo consenso, pode-se afirmar que o uso adequado da interpretação conforme a Constituição implica uma adequada análise da constitucionalidade das disposições questionadas? Claro que **não**.

Mesmo que houvesse uma unidade da doutrina acerca do tema, não seria possível esta afirmação. Isto ocorre por uma questão simples e que já foi, implicitamente, evidenciada no conceito operacional/passos-a-passos. Quando o instituto é tratado pela doutrina, suas definições não oferecem subsídios para a verificação da compatibilidade material de um sentido da norma impugnada em face da Constituição.

Por isso, quando apresentado o conceito operacional, foi afirmado que a verificação da adequação do uso do instituto, particularmente no passo 3, não entraria na análise específica do mérito no que tange a argumentação do magistrado que alega a compatibilidade material de determinado sentido da norma. Afinal, nenhuma delimitação teórica da interpretação conforme oferece subsídios para o complexo trabalho hermenêutico.

Trabalho hermenêutico que muito embora seja de analisar leis infraconstitucionais, não escapa de um mínimo de interpretação da própria Constituição (Silva, 2006, p. 192), afinal é necessária a fixação de sentido do próprio texto constitucional.

Para declarar a (in)constitucionalidade de uma norma é preciso dizer por que determinada norma é (in)constitucional, e, para isso, o cânone da interpretação conforme a Constituição em **nada** contribui. Muito pelo contrário, pode ter consequências problemáticas, por exemplo quando relacionada a presunção de constitucionalidade das leis. Sobre isso, transcreve-se o fragmento:

Com relação ao simplismo da presunção de constitucionalidade conjugada com a interpretação conforme a constituição, costuma-se, quando há várias interpretações possíveis para um determinado dispositivo legal, algumas delas implicando sua inconstitucionalidade, outras, sua constitucionalidade, partir do pressuposto de que essa é a única variável importante, ou seja, de que o que importa é apenas o fato de haver diversas possibilidades interpretativas. **Não se costuma fazer nenhuma consideração sobre outros possíveis efeitos dessas interpretações que não aqueles relacionados ao binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade.** Bastaria, ao que parece, uma simples “faísca” de constitucionalidade para eliminar toda e qualquer dúvida, por mais procedente que seja, acerca da constitucionalidade de uma lei e todo e qualquer argumento, por mais sólido que seja, sobre uma possível inconstitucionalidade do dispositivo questionado.

Dessa forma, aqueles que aceitam o que se tem escrito sobre a presunção de constitucionalidade das leis e sobre a interpretação conforme a constituição, e que sejam minimamente coerentes com os argumentos que costumam ser trazidos à baila, logo perceberão que a idéia de controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a constituição deixam de fazer muito sentido, **pois será difícil não achar um argumento, por simplório que seja, que não sustente a presunção de constitucionalidade de uma lei e, por consequência, a exigência de uma interpretação conforme a constituição** (Silva, 2006, p. 196, grifou-se).

Por esta e outras razões, Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 199) critica o destaque dado ao instituto (que não oferece em si elementos para a argumentação). Afirma ainda que o proceder dado pela doutrina para definir a interpretação conforme é apenas a descrição de um comum proceder, algo inerente ao exercício de controle como é estabelecido, pela forma que é constituído o sistema brasileiro. Transcreve-se Virgílio:

Em todos os processos de controle abstrato de constitucionalidade em que se decida pela constitucionalidade de um dispositivo legal estaremos, de acordo com as definições expostas no tópico 1, diante de uma interpretação conforme a constituição. Esse fato fica bastante claro no caso das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), a ação de controle de constitucionalidade por excelência. **Sempre que alguma parte legítima propõe uma ADI, ela necessariamente argumentará pela inconstitucionalidade de um determinado dispositivo legal. Ora, se o Supremo Tribunal Federal entender que o referido dispositivo não é inconstitucional, ele automaticamente terá feito uma interpretação conforme a constituição, pelo menos nos termos das definições usuais desse cânone interpretativo, visto que diante de duas possibilidades de interpretação do dispositivo, ele terá escolhido uma que mantém sua constitucionalidade, rejeitando a outra, aduzida pelo proponente da ação, incompatível com a constituição.** Não há como escapar desse modelo, pois sempre haverá a interpretação do Supremo Tribunal Federal, favorável à constitucionalidade, e a interpretação do proponente da ação, favorável à inconstitucionalidade. Ao escolher a interpretação favorável, o Supremo Tribunal Federal terá praticado a interpretação conforme a constituição, **nos termos expostos tradicionalmente pela doutrina e pela jurisprudência** (Silva, 2006, p. 199, grifou-se).

Outro aspecto importante é a forma e função da diferenciação na doutrina nacional entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto. Essa problemática foi apresentada nos casos analisados nos tópicos 4.2.2, 4.2.5 e 4.2.8. A forma pela qual esta distinção se dá em sistemas como o alemão faz sentido por uma questão simples: a competência para declaração de inconstitucionalidade.

A primeira – relativa à competência – explica-se pelo fato de que, especialmente em um sistema concentrado como o alemão, os juízes em geral não têm competência para declarar a nulidade de uma lei, pois essa é uma competência exclusiva do tribunal constitucional. Por isso, embora os juízes possam fazer interpretação conforme a constituição, não podem eles declarar a nulidade parcial, com ou sem modificação do texto da lei (Silva, 2006, p. 201)

A pergunta que fica é a relevância ou não destas distinções em um sistema misto, com a pluralidade de agentes (inclusive jurídicos), de controle de constitucionalidade como o Brasileiro (Silva, 2006, p. 201), tendo-se em vista que em muitos casos a utilização de um ou de outro ocasionará semelhante resultado. Então, quando se fala no âmbito do controle concentrado/abstrato²² no Brasil, é necessária esta diferenciação dos institutos?

Conforme verificado nos parágrafos acima, o instituto, apesar do nome, não proporciona a adequação da argumentação. Para isso, exige-se uma adequada teoria da argumentação que propicie uma decisão que esteja:

sujeita a um requisito de razoabilidade: implica um mínimo de base na letra da lei; e tem de se deter aí onde o preceito legal, interpretado conforme a Constituição, fique privado de função útil ou onde, segundo entendimento comum, seja incontestável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostos aos critérios e soluções do legislador constituinte.” (Streck, 2023, p. 413-414)

Lênio Luiz Streck, questiona em seu livro *jurisdição constitucional* (2023) a compatibilidade do efeito vinculante atrelado a interpretação conforme a Constituição, sem uma adequada teoria da decisão, com o Estado democrático de direito; para tanto não traz uma resposta definitiva. Afirma ser um problema para desafiar os juristas (Streck, 2023, p. 412).

Há uma última questão, que foi levantada no fim do subtópico 4.2.7. Existem múltiplos casos em que é cabível a interpretação conforme a Constituição, mas que não faz sentido real a sua aplicação. Pelo simples fato de que seria muito mais compatível com as demais disposições do sistema, e com a própria ideia de controle de constitucionalidade, a exclusão da norma do ordenamento; ou seja, a declaração (total) de inconstitucionalidade da norma. Sobre isso:

Há várias outras presunções às quais se poderia recorrer no ato de interpretação da lei, todas elas inspiradas, de alguma forma, **na constituição, que poderiam militar justamente no sentido contrário, ou seja, como argumento a favor da inconstitucionalidade de uma lei.** A presunção *in dubio pro libertate*, para ficarmos

²² Reputa-se especificamente ao controle concentrado/abstrato pois no controle difuso o juiz de primeiro grau não tem competência para declaração de inconstitucionalidade, de modo que a definição da forma que está é suficiente, pelas mesmas razões do sistema alemão.

apenas em um exemplo, é uma delas. Segundo uma das acepções dessa presunção, caso haja mais de uma interpretação possível para uma lei ou dispositivo legal, e uma delas garanta a liberdade dos cidadãos de forma mais efetiva, é a essa interpretação que se deverá dar prioridade. Pode acontecer, no entanto, que uma lei restrinja alguma liberdade garantida pela constituição. Se seguirmos a idéia subjacente à interpretação conforme a constituição e à presunção de constitucionalidade, caso haja uma interpretação que torne a lei constitucional, essa deverá ter prioridade. Mas é inegável que **a liberdade dos cidadãos seria mais efetiva se a lei fosse declarada inconstitucional.**

Isso apenas reforça o argumento de que a interpretação conforme a constituição e a presunção de constitucionalidade – e também de máximas como a *in dubio pro libertate* – baseiam-se em **premissas excessivamente simplistas e unilaterais para ter alguma valia em casos difíceis. E para os casos simples, elas são simplesmente supérfluas ou triviais** (Silva, 2006, p. 197, grifou-se)

Muito embora seja amplamente mencionada e utilizada nas decisões, e apesar de seu nome, “interpretação conforme a Constituição”, sugerir um possível auxílio hermenêutico, a interpretação conforme, como é delimitada doutrinariamente, não oferece muito mais do que uma enunciação da própria rigidez constitucional. Pode-se dizer, jocosamente, que, no estado da arte, é uma *prima donna* que não canta tanto assim.

5 CONCLUSÃO

Esta monografia foi concebida para verificar se o emprego da interpretação conforme a Constituição pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina é compatível com as definições doutrinárias desse instituto. No entanto, também oferece subsídios para debates que vão além do objeto deste trabalho.

Casos que sugerem o uso da interpretação conforme permitem a verificação da importância do desenvolvimento de teorias no âmbito da hermenêutica. Estes casos evidenciam que o direito, segundo Lênio Streck (2023, p. 268), é alográfico; afinal a atribuição de sentido, portanto, sem a alteração do texto, redundaria em uma nova norma. Nas palavras do autor:

Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência) (Streck, 2023, p. 268).

A primeira conclusão deste trabalho era esperada: o manejo da interpretação conforme a Constituição pelo TJSC não ocorre conforme o preconizado pelas doutrinas.

Dos oito acórdãos contidos no lapso temporal selecionado, apenas quatro são compatíveis com os padrões propostos nesta monografia. Destes quatro, destacam-se os acórdãos dos subtópicos 4.2.1 e o 4.2.6. Um por um erro escusável, outro por uma notável precisão. O primeiro, apesar de correto em sua abordagem erra na nomenclatura. O segundo,

por tratar-se de norma com vício formal, perfeitamente nega o cabimento da interpretação conforme a Constituição e declara a inconstitucionalidade. Os outros dois com emprego adequado do instituto são os acórdãos dos subtópicos 4.2.4 e 4.2.8.

Os demais acórdãos variam bastante. Ou têm problemas pontuais, fruto da indeterminação da escolha entre a interpretação conforme a Constituição e a Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (acórdão dos subtópicos 4.2.2 e 4.2.5), ou invocam pluralidades de sentido inexistentes (acórdão do subtópico 4.2.3).

Algumas inadequações entre o conceito operacional e as decisões, como por exemplo a escolha de um instituto ou outro, são fruto dos problemas explicitados no tópico 4.3. Disto surge a segunda conclusão do trabalho: muito se escreve sobre o instituto, mas de maneira pouco arguta. De modo que esta profusão não implica em aprofundamento. Este problema é verificável em uma monografia como esta; em que a mera observação — baseada nos conceitos dados pela doutrina — da aplicação dos institutos, resulta em mais perguntas que respostas.

Uma das principais perguntas emergentes é a necessidade ou não de diferenciação entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto no âmbito do controle concentrado e abstrato brasileiro. Afinal, fixar um sentido constitucional ou declarar sentidos inconstitucionais na maioria dos casos resulta materialmente no mesmo.

Outra questão é a controvérsia sobre: quais são os critérios para o salvamento da norma pela interpretação conforme a Constituição ou pela declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, ao invés de declarar a inconstitucionalidade? Haja visto que argumentos como o “respeito” a separação dos poderes não procede.

Uma última pergunta que pode ser feita é: a ampla utilização, de modo irrefletido sobre sua definição e implicações problemáticas, seria uma clara expressão do que Luís Alberto Warat conceituou como “senso comum teórico do jurista”? Essa é outra pesquisa.

6 BIBLIOGRAFIA

BARTHES, Roland. **Elementos de semiologia**. 19^a. ed. São Paulo: Cultrix, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito consitucional**. 12^a. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2002.

BRANDÃO, Paulo De Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso a justiça**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 jun. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em 12 jun. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com>. Acesso em 13 jun. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 15.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 13 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 127-MC-QO**, rel min. Celso de Mello, julgamento em 20/11/1989, Plenário, DJ de 04/12/1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2-DF**, rel min Paulo Brossard, julgamento em 06/02/1992, plenário, DJU 21/11/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 457/GO**, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 27-4-2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>>. Acesso em 12 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 598.016 AgR**, rel. Min. Eros Grau, j. 20-10-2009, 2^a T, DJE de 13-11-2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição (Die normative kraft der verfassung)**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARCONDES, Danilo. **As armadilhas da linguagem: significado para além do discurso**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 38ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

PINHEIRO, Bruno. **Controle de constitucionalidade**. 3ª. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

SANTA CATARINA. Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. **Constituição do Estado de Santa Catarina de 5 de outubro de 1989**. Disponível em: <http://leis.ale.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html>

SANTA CATARINA. Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. **Lei Estadual n. 12.069 de 27 de dezembro de 2001**. Disponível em: <http://leis.ale.sc.gov.br/html/2001/12069_2001_Lei.html#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.069%2C%20de%2027%20de%20dezembro%20de%202001&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20procedimento%20e,do%20Estado%20de%20Santa%20Catarina.&text=Art.,Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20Estado> Acesso em 12 de jun. 2024.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 8000246-55.2016.8.24.0000**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Órgão Especial, j. 16-03-2022a.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5035439-12.2021.8.24.0000**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Salete Silva Sommariva, Órgão Especial, j. 18-05-2022b.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5019957-87.2022.8.24.0000**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Pedro Manoel Abreu, Órgão Especial, j. 03-08-2022c.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Direta de Inconstitucionalidade** (Órgão Especial) n. 5007104-46.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Saul Steil, Órgão Especial, j. 01-02-2023a.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Direta de Inconstitucionalidade** (Órgão Especial) n. 5041420-85.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Jaime Ramos, Órgão Especial, j. 05-04-2023b.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Direta de Inconstitucionalidade** (Órgão Especial) n. 5004760-58.2023.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Dinart Francisco Machado, rel. designado (a) Joao Henrique Blasi, Órgão Especial, j. 05-07-2023c.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Direta de Inconstitucionalidade** (Órgão Especial) n. 5007577-95.2023.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. José Carlos Carstens Kohler, Órgão Especial, j. 19-07-2023d.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Direta de Inconstitucionalidade** (Órgão Especial) n. 5010200-35.2023.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. José Carlos Carstens Kohler, Órgão Especial, j. 02-08-2023e.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina de 19 de dezembro de 2018**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99>>. Acesso em 12 de jun. de 2024.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 28ª. ed. São Paulo: Cultrix, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 2, Junho 2006. p. 191-210,

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. 1ª. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Para compreender direito: a hermenêutica jurídica**. 2ª. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2^a. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.