

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO NA ADI 4277

INTERPRETATION AS TO THE CONSTITUTION IN ADI 4277

Gabrielle Xavier Ribeiro¹

Melissa Mendes de Novais²

Rafael dos Santos Martins³

SUMÁRIO: Introdução; 1 O fundamento da *interpretação conforme*; 2 ADI 4277: síntese do voto do ministro relator; 2.1. Aplicação da *interpretação conforme a constituição* no caso em tela; 3 Incongruências; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

Este artigo possui o escopo de retratar a aplicação da *interpretação conforme a constituição* na ADI 4277 referente ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Com o estudo que se segue, procurou-se descortinar a implícita finalidade judiciária de usurpar e desrespeitar a obra legislativa ao exercer o famigerado ativismo judicial. O presente artigo se justifica pela relevância presente no tema exposto e pela necessidade de se demonstrar a desproporção existente entre a colocação doutrinária da *interpretação conforme* e sua aplicação prática. O trabalho desenvolvido compõe-se de: abarcamento teórico acerca da interpretação em tela; síntese da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277; demonstração da *interpretação conforme* atribuída ao caso pelo Supremo Tribunal Federal e crítica ao emprego da técnica hermenêutica supratranscrita seguida de suas implicações.

¹ Acadêmica do 9º período de Direito matutino das Faculdades Santo Agostinho - Montes Claros, Minas Gerais, Brasil; e-mail: gabizinha_rib@yahoo.com.br

² Acadêmica do 9º período de Direito matutino das Faculdades Santo Agostinho - Montes Claros, Minas Gerais, Brasil; e-mail: melissamendes91@gmail.com

³ Acadêmico do 9º período de Direito matutino das Faculdades Santo Agostinho - Montes Claros, Minas Gerais; e-mail: rafasms2@yahoo.com.br

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação conforme à constituição; ADI 4277; Ativismo judicial.

ABSTRACT

This article has scope to portray the application of interpretation as to the constitution in 4277 ADI for the recognition of the union as a family homoafetivas. With the following survey, we sought to uncover the implicit purpose to usurp judicial and legislative disregard the work by exercising the infamous judicial activism. This article is justified by the importance this issue exposed and the need to demonstrate the disparity between the doctrinal interpretation as placement and its practical application. The work consists of: embracement about the theoretical interpretation in the screen; synthesis of Action Unconstitutionality 4277; demonstration of the interpretation given to the case as by the Supreme Court and criticism of the use of the technique followed by hermeneutic implications.

KEYWORDS: Interpretation as constitution; ADI 4277; Judicial activism

INTRODUÇÃO

A concepção originária da estanque tripartição dos “poderes”, que antes se referia a expectativas funcionais, proposta por Montesquieu, não pode mais ser admitida sem as devidas adequações fáticas e históricas que a reestruturaram. A insuperável interpenetração das funções é vislumbrada pela eventual supremacia de um dos poderes (funções) sobre os demais: o Estado liberal contou com a proeminência do Legislativo; o Executivo estendeu sua atuação no Estado social; e o protagonismo social do juiz marcando o atual constitucionalismo no Brasil.

A inércia e o desprestígio que pairam sobre o Poder Legislativo brasileiro desgastam seu posto de definir hipóteses fáticas relegando-o ao Judiciário, em que são desaguados os embates políticos carentes de regulamentação pelo Legislativo. Eis aí incrustada uma função desniveladora da divisão de poderes.

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

A disputa entre o tribunal constitucional e o legislador legitimamente investido, acentua-se em sede de controle concentrado de normas. O atributo do STF de guardião da constituição exercendo o papel de interpretá-la e ainda na situação de tribunal recursal, uniformiza o direito, assume função de reflexão e autocontrole de modo a estagnar o potencial reflexivo dos tribunais inferiores.

Nesse sentido, ganha relevo na jurisprudência brasileira o cânone interpretativo da "interpretação conforme a constituição"⁴ como salvaguarda da presunção de constitucionalidade das leis garantindo ao legislador a incolumidade de sua função mediante um ativismo judicial "benevolente"⁵. Cumpre, pois, tentar identificar a congruência entre o que se propõe com a adoção desse cânone interpretativo e o que a prática do Supremo tribunal Federal tem demonstrado a partir da análise da decisão da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4277.

1 O FUNDAMENTO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

O princípio da interpretação conforme a constituição tem como fulcro o controle de constitucionalidade e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos⁶. Partindo-se de tal premissa, o escopo precípua de tal regra interpretativa é possibilitar a manutenção de leis ou atos normativos no ordenamento jurídico, no que tange à sua conformidade com a lei maior, ainda que aparentemente sejam inconstitucionais.

Como é sabido, o Poder Legislativo tem como função típica a elaboração de leis, sendo que elas devem respeito à supremacia da constituição. Quando isso

4

⁵ A proposta aqui não se pretende maniqueísta a ponto de taxar de "bom" ou "mal" o ativismo judicial, mas pôr em relevo a problemática existente em se permitir a adoção de posturas antidemocráticas a fim de se resguardar a constitucionalidade. Em que medida uma legitimidade questionável pode adentrar nos espaços da democracia?

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

não ocorre e o controle preventivo não se faz satisfatório, mister que o Poder Judiciário exerça o controle repressivo da lei maculada pela eiva da inconstitucionalidade. Contudo, em pretensa observância ao princípio da separação e autonomia dos poderes, o judiciário ao se deparar com uma norma inconstitucional, verifica se na sua ampla margem interpretativa é possível extrair uma interpretação que esteja em conformidade com a lei maior. Nesse contexto, sendo possível um sentido compatível, a norma não será declarada inconstitucional e não haverá a sua retirada do ordenamento. Nesse diapasão, importante conceito dado pelo Ministro Sepúlveda Pertence de que a interpretação conforme é uma "técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a constituição"⁷.

Malgrado o disposto acima, é de extrema importância ressaltar que tal regra de hermenêutica só é cabível quando a norma impugnada possuir vários significados. Sendo assim, se caso a norma violar expressamente texto da lei, impossibilitando uma interpretação conforme, o judiciário não poderá substituir o legislativo ou o poder competente para emanar atos normativos de forma a criar outro texto legal devendo, assim, declarar a sua inconstitucionalidade.

Em discussão sobre o tema, Pedro Lenza apresenta várias dimensões a serem consideradas pelo Judiciário ao se aplicar a interpretação conforme, sendo essas: 1) Prevalência da Constituição: deve-se preferir a interpretação não contrária à Constituição; 2) Conservação de Normas: percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a constituição, ele deve aplicá-la para evitar a sua não-continuidade; 3) Exclusão da Interpretação *Contra Legem*: o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição; 4) Espaço de Interpretação: só se admite a interpretação conforme a Constituição

⁷ STF – Pleno -Adin nº 3.046-9/SP.

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

se existir um espaço de decisão e, dentre várias que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição; 5) O intérprete não pode atuar como legislador positivo: não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetiva pelo legislador e com ela contraditória, em seu sentido literal ou objetivo⁸. Deve-se, portanto, afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador.

Ademais, a interpretação conforme a constituição se dá de três maneiras distintas⁹. A primeira é a interpretação conforme com redução do texto. Nessa hipótese é possível que o intérprete declare inconstitucional uma parte ou determinada expressão da norma impugnada, possibilitando, dessa maneira, uma interpretação em consonância com a lei maior. A segunda hipótese é a interpretação sem redução do texto, excluindo da norma impugnada um determinado sentido capaz de lhe atribuir o vício da inconstitucionalidade. Nesse caso, o STF irá dirimir da norma algum sentido que vai de encontro à Constituição mantendo os demais compatíveis, sem ser necessária nenhuma diminuição do seu texto. A última hipótese é a interpretação conforme sem redução do texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade, não sendo necessária a sua retirada do ordenamento jurídico. Nesse caso, a norma se mantém intacta e seu único sentido válido é aquele conferido pelo judiciário em conformidade com a constituição.

⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**.

2 ADI 4277: SÍNTESE DO VOTO DO MINISTRO RELATOR

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto, foi relator do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, que pedia interpretação conforme à constituição do art.1723 do CC/2002 e da Arguição por descumprimento de preceito fundamental 132 contra o Decreto-Lei nº 220/1975 do estado do Rio de Janeiro, em que se discute a equiparação da união entre pessoas do mesmo sexo ao status de entidade familiar. A ADPF foi ajuizada pelo governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, e a ADI pela vice-procuradora geral da república, Débora Duprat. Inicialmente, o relator trata de discorrer acerca da perda do objeto da ADPF no que reputa ao ponto específico de reconhecimento de direitos previdenciários aos servidores públicos homoafetivos do estado do RJ, visto que o mesmo já reconhece, desde 2007, os mesmos direitos aos servidores heterossexuais e homossexuais. Ademais, devido à convergência de objetos e caráter subsidiário da ADPF em relação à ADI, Ayres Brito faz uma conversão e conhece da ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade.

O voto do ministro buscou dar uma interpretação ao artigo 1.723 do Código Civil conforme à Constituição Federal. O dispositivo ordinário estabelece que: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". Para o ministro, que fundamenta seu voto a luz de importantes princípios que regem o estado democrático constitucional de direito, quais sejam, os princípios da dignidade e da igualdade humana, defende uma interpretação mais abrangente de já mencionada norma do direito civil suprimindo o caráter restritivo de "entre homem e mulher" e transformando tal dispositivo em: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre PESSOAS, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família", família essa que para Ayres: "[...] não tem nenhum significado

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser”¹⁰.

O Ministro sustenta que a Carta Magna não veda a possibilidade da formação familiar a partir de uma relação homoafetiva, e seguindo o princípio da legalidade, ressalta que o que não é juridicamente proibido poderá, pois bem, ser permitido. Ayres Britto, ainda em adição a alegação anterior, foi enfático ao afirmar que a CRFB/88 repudia, sob todos os aspectos, o tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo ou opção sexual dos seres humanos, fazendo a seguinte consideração:

Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos¹¹.

O relator, então, acolheu a pretensão da ADPF convertendo-a em Ação direta de Inconstitucionalidade em voto singular, julgando procedentes as duas ações e atribuindo a interpretação conforme à constituição de modo a excluir da

¹⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Processo 4277 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Relator: Ministro Ayres Britto – Julgado em 05.05.2011 - DJE DATA: 13.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 19 de jun. de 2011. p. 36 e 37.

¹¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. p. 10 e 11.

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

norma alhures qualquer significado que impeça o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

2.1 APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO NO CASO EM TELA

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal a interpretação conforme é plenamente aplicável ao caso em tela, e “só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a carta magna, e não quando o sentido da norma é unívoco.”¹²

O art. 1723 do Código Civil brasileiro assevera que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Há no texto normativo exposto dois conceitos basilares que carecem de sentido unívoco, quais sejam, entidade familiar e família, e abrem margem para a permissividade de uma interpretação conforme devido à existência de um “espaço de decisão” aberto a múltiplas propostas interpretativas que não se restringem à união de homem e mulher.

Segundo o ministro Ayres Brito, o conceito de família é, metaforicamente, um continente que deve servir de norte para a interpretação dos institutos a ele relacionados: casamento civil, união estável, planejamento familiar, adoção, etc. O art. 226 da CRFB/88 representa um rol inclusivo das modalidades de família, não podendo, pois, renegar à margem constitucional a união homoafetiva, vez que como modelo familiar autônomo, é digno da proteção

¹² STF – Pleno – Adin nº 1.344-1/ES – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 19 abr. 1996, p. 12.212.

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

estatal, conforme preconiza o caput do aludido artigo. O ministro Ayres Brito sustenta que:

A Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica¹³.

Para o Supremo, portanto, o conceito de família não deve se limitar a uma interpretação puramente objetiva ostentada pelo que expõe o Código Civil numa perspectiva reducionista, mas sim conceber que qualquer entidade dotada de afetividade, estabilidade e ostensividade deve ser açambarcada como família sob aspecto isonômico. A Constituição não faz nenhuma referência à interdição ou impossibilidade de que pessoas do mesmo sexo constituam “família”, logo, ao referir-se à união estável de homem e mulher, o Código Civil permite uma interpretação incompatível com o texto constitucional, devendo, pois, esta exegese ser excluída do alcance valorativo da norma para adequar-se à Carta Magna e a não proibição de formação de vínculos homoafetivos. O conceito de família empregado pela CRFB/88 é uma definição aberta que possibilita sua adequação à realidade fática a qual visa proteger. A união homoafetiva é parte dessa realidade e traduz o pluralismo e multiplicidade que a expressão de família envolve.

No que concerne ao conceito de entidade familiar, é cediço entre os ministros do STF que este não se diferencia da definição de família, visto que não se

¹³BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. p. 36.

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

encontram em hierarquia mas sim em complementação, sendo o vocábulo "entidade" uma compreensão tão inclusiva quanto. Segundo entendimento do Pretório Excelso, no momento em que o legislador atribui à união estável o significado de uma convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, ele torna perfeitamente plausível o entendimento de que a convivência dotada de publicidade, continuidade e durabilidade não se restringe a uma relação heterossexual, podendo ser atribuída aos homoafetivos o mesmo tipo de relação, alicerçada no afeto e dotada de uma vontade pungente de reconhecimento. É essa a interpretação que deve prevalecer acerca da norma em tela, visto que é a que melhor se amolda ao texto constitucional e a todos os direitos que este protege: dignidade, vedação do preconceito, isonomia, liberdade sexual, privacidade, livre planejamento familiar, entre outros.

Sob essa perspectiva, o STF entende ser harmônica sua interpretação em face art. 1723 do CC/2002 e, ao excluir da norma impugnada quaisquer interpretações que violem o texto constitucional, "prima" pela supremacia das normas constitucionais.

4 INCONGRUÊNCIAS

Pautando-se nas abordagens feitas, observa-se o quanto se equivocou o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da "união homoafetiva", empregando a interpretação conforme com deficiência técnica, forçando um entendimento pouco enraizado no meio jurídico e fomentando sua colocação como super legislador, pois imune de qualquer controle¹⁴.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**.

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Desconsidera-se, assim, o *elán* vital que imprime significado a uma Constituição: ela é feita em momentos de "sobriedade" política para defender o Estado e a sociedade exatamente destas erupções episódicas de paixões e desejos momentâneos¹⁵.

A decisão em pauta nitidamente confronta-se com o texto constitucional, no art. 226, em que diz ser "reconhecida a união estável entre o homem e a mulher". Da mesma forma, vai de encontro também ao Código Civil, no disposto no artigo 1.723, quando este reconhece "como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher". Conforme disposto, observa-se que os julgadores desconsideraram a prática legislativa, acrescentando nova terminologia ao ordenamento jurídico e aos termos "homem e a mulher".

Amoldar a norma a parâmetros diversos dos pretendidos pelo legislador revela-se incompatível com a pretensão de respeito à atividade legiferante apregoada pelo discurso da interpretação conforme. Não há aqui qualquer deferência à atividade legislativa senão um efeito corretivo ou extensivo que o Tribunal deu à obra do legislador. Por outro lado, depara-se com a anomalia de normas constitucionais inconstitucionais já que o próprio § 3º do art. 226 da Constituição Federal seria dado por inconstitucional.

A interpretação normativa insere-se na concepção de interpretação criativa proposta por Dworkin¹⁶ a qual se preocupa essencialmente com o propósito e não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são os de algum autor especificamente, mas são os propósitos do próprio intérprete. Trata-se, portanto de impor um propósito a um objeto ou prática. Isso, no entanto, não

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Vol. I, n. 2, julho-dezembro 2009, São Leopoldo, Unisinos. p. 76.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

significa que um intérprete possa atribuir qualquer significado que queira a determinada norma, porquanto as possibilidades de interpretação estão dentro do que determina a história, o que orientou a sua elaboração e o próprio molde normativo, ou seja, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto.

Ademais, verifica-se como são equivocados, em somatória, a pretensão da Procuradoria Geral da República e a atividade exercida pelo Pretório Excelso. Com a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, pretende-se que seja reconhecida pelo STF a inconstitucionalidade da norma impugnada, no caso exposto, o art. 1723 do Código Civil. Todavia, ao se pedir que seja dada a aludida norma uma interpretação conforme, primar-se-á pela sua constitucionalidade visto que o objetivo desta é priorizar aquela interpretação que se amolde aos preceitos constitucionais afastando, assim, as versões que eivem o texto normativo de inconstitucionalidades. Este equívoco manifesto apenas ressalta a trivialidade desse cânone interpretativo demonstrando que nem sempre haverá coincidência entre o que a doutrina manifesta, o que a jurisprudência pretende aplicar e o que ela efetivamente aplica.

De uma certa forma, os argumentos utilizados para justificar o recurso à interpretação conforme a constituição são usados de maneira indiscriminada e sem grandes explicações, como se sua simples menção, sem maiores considerações, fosse suficiente para fundamentar o uso de uma figura tão problemática¹⁷.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação conforme a constituição:** entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista Direito GV, v. 3, p. 191-210, 2006. p. 194

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Virgílio Afonso da Silva¹⁸ leciona quão frágeis se mostram os fundamentos da interpretação conforme ao menor toque na realidade jurisdicional. O argumento da unidade do ordenamento jurídico tutelado pela parametricidade constitucional não se representa necessariamente compatível com a prioridade da interpretação constitucional para salvar a norma da inconstitucionalidade. Ao contrário, tais questões podem apresentar-se assaz distintas.

É fácil perceber que proceder de forma exatamente contrária ao que propõe a interpretação conforme a constituição, isto é, declarar a inconstitucionalidade de uma lei, garante, na mesma medida, a unidade do ordenamento. Isto é, o mesmo raciocínio – ter a constituição como parâmetro de interpretação – é também a fundamentação de todo e qualquer controle de constitucionalidade e, por consequência, da possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma lei¹⁹.

Não se pretende aqui questionar o acerto ou não da decisão que garante a proteção aos direitos pessoais e patrimoniais dos homoafetivos, com a equiparação de sua união à união estável heteroafetiva. A questão que se coloca é que enquanto a justiça está no critério dos fins, a legitimidade está no critério dos meios. Esta contradição, no entanto, não significa incompatibilidade, fins justos podem ser obtidos por meios justos²⁰.

Necessário é que existam parâmetros e os textos de lei servem-se a isso, dentro deles estão todas as possibilidades semânticas, contingentes em que serão abarcadas as diferenças. Qual a legitimidade que o Tribunal Constitucional tem em estabilizar tensões semânticas mediante uma infundada

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação conforme a constituição:** entre a trivialidade e a centralização judicial.

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação conforme a constituição:** entre a trivialidade e a centralização judicial. p. 195.

²⁰ BENJAMIN, Walter. Crítica da violência – Crítica do Poder. In: **Documentos de Cultura documentos de barbárie:** escritos escolhidos. Seleção e apresentação Willi Bolle. Trad. Celeste H. M. Ribeiro de Sousa. São Paulo: Editora Cultrix, 1986.

apropriação da “linguagem” estritamente legiferante (produção de leis)? O bem maior que se visa proteger é a supremacia de direitos previstos constitucionalmente, como se vislumbra na ADI 4277, todavia, decisões ativistas baseadas em pensamentos progressistas e protetivos de direitos estão abarcadas pelo mesmo manto em que se profere decisões ativistas radicais e conservadoras. A linha que separa ambas é tênue e limita-se às convicções dos juízes envolvidos no processo.

O Poder Judiciário, mormente no que tange ao Supremo Tribunal Federal, ao aplicar uma técnica interpretativa, deve atuar de maneira clara e fundamentada, de modo que sejam coibidos os subjetivismos e permitida uma análise crítica da interpretação adotada²¹. A metodologia interpretativa do STF deve ser sempre entendida em concomitância com o respeito à tradicional formulação dos freios e contrapesos (*Checks and Balances*) da separação de poderes, contudo, esta deve se dar de modo que a competência do Supremo não seja exorbitada e o Judiciário, centralizado nesse órgão, imponha aos outros poderes sua linha de pensamento.

O cânone interpretativo da “interpretação conforme” tem exercido uma importante função na jurisprudência brasileira que em nada é compatível com os fins a que se propõe, ao contrário, serve de escudo teórico tendente a conferir legitimidade a uma atuação judicial excedente.

Basta que o Supremo Tribunal Federal dê o nome de interpretação conforme a constituição a qualquer esclarecimento de significado de qualquer termo de qualquer dispositivo legal, na forma como já vista acima, para que qualquer interpretação divergente, ainda que seja também no sentido de manter a constitucionalidade de uma lei, torne-se impossível. Com isso, o Supremo Tribunal Federal não somente desempenha sua função de

²¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**.

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

guardião da constituição de forma cada vez mais centralizada, como passa a ter a possibilidade quase que ilimitada de excluir qualquer "desobediência" interpretativa por parte de quase todos os órgãos estatais. Para tanto, a interpretação conforme a constituição cai como uma luva²².

A jurisdição constitucional atua como um efetivo poder constituinte permanente, possibilitada pela construção de um ambiente doutrinário no interior do qual se convive pacificamente com a degradação dos (pré)compromissos estabelecidos pelo constituinte de 1988 através de uma irresponsável defesa de bons ativismos judiciais para resolver problemas que a realidade imediata apresenta²³.

O poder constituído não pode atingir as normas contidas na Constituição elaborada pelo poder constituinte. Uma atuação naturalmente contra majoritária deve encontrar legitimidade, minimamente, na constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundamentar o uso da interpretação conforme como forma de se priorizar a interpretação que mantenha a constitucionalidade da lei é subterfugar a declarada intenção de aperfeiçoamento legislativo, corrigindo-se a intenção primária do legislador e atribuindo à norma por ele criada apenas uma interpretação que se mostre conforme ou mais conforme ao que a constituição preceitua. A não assimilação do real sentido deste cânone interpretativo pelo STF bem como sua trivialidade possuem o condão de revelar que o que se tem,

²² SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação conforme a constituição:** entre a trivialidade e a centralização judicial. p. 205.

²³ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Vol. I, n. 2, julho-dezembro 2009, São Leopoldo, Unisinos. p. 76.

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

na verdade, é a adequação do texto de lei a uma interpretação que o Supremo julgue estar em conformidade com seu próprio entendimento, e não ao da constituição. Por meio de uma utilização exemplificativa e centrada da ADI 4277, atual e de importância incontestada, o trabalho tentou demonstrar como ocorre a expansão do Poder Judiciário, uma expansão calcada na apropriação de um instituto cuja aplicabilidade é mero escudo.

Conforme o exposto alhures, conclui-se pela necessidade de se lançar um olhar crítico à interpretação conforme à constituição em face das decisões emanadas pelo STF. É crível que o ativismo judicial não se apresenta como fato novo, mas decorrente do modelo constitucional adotado pela CRFB/88 que fez insurgir a ascensão do Poder Judiciário. Sob essa perspectiva, a interpretação conforme não tem atingido os objetivos aos quais se presta, mas sim, servido como amparo às práticas ativistas do Supremo que a utiliza sob uma fundamentação fraca e carente de técnica, interferindo, assim, sobremaneira na órbita de atuação do Legislativo a agregando para si o poder de legislar.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BENJAMIN, Walter. Crítica da violência – Crítica do Poder. In: **Documentos de Cultura documentos de barbárie**: escritos escolhidos. Seleção e apresentação Willi Bolle. Trad. Celeste H. M. Ribeiro de Sousa. São Paulo: Editora Cultrix, 1986.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Processo 4277 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Relator: Ministro Ayres Britto – Julgado em 05.05.2011 – DJE DATA: 13.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 19 de jun. de 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação conforme a constituição**: entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista Direito GV, v. 3, p. 191-210, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Vol. I, n. 2, julho-dezembro 2009, São Leopoldo, Unisinos,