



Rodolfo de Assis Ferreira

**Controle, interpretação e manipulação da lei
através da constituição**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação
em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Fábio Carvalho Leite

Rio de Janeiro
Março de 2017



Rodolfo de Assis Ferreira

**Controle, interpretação e manipulação da lei
através da constituição**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Fábio Carvalho Leite

Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Noel Struchiner

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Fábio Perin Schecaira

UFRJ

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 29 de março de 2017.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Rodolfo de Assis Ferreira

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2007). Candidato ao título de mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Tem como principais áreas de interesse a Filosofia do Direito e o Direito Constitucional e se dedica principalmente à relação entre linguagem, interpretação dos documentos normativos e controle de constitucionalidade

Ficha Catalográfica

Ferreira, Rodolfo de Assis

Controle, interpretação e manipulação da lei através da constituição./ Rodolfo de Assis Ferreira; orientador: Fábio Carvalho Leite. – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2017.

140 f.; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2017.

Inclui Referências bibliográficas

1. Direito – Teses. 2. Controle de constitucionalidade. 3. Interpretação conforme a constituição. 4. decisões manipulativas. 5. linguagem dos documentos normativos. I. Leite, Fábio Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

À Rede Doctum e todos os seus funcionários, e especificamente ao Professor Claudio Leitão, Pedro Leitão, Heloisa Albuquerque, Maria Renata Prado, Ariete Pontes, Simonica Rodrigues e Lívia Maria, pelo auxílio financeiro e apoio nesse turbilhão de tarefas acadêmicas e profissionais. Em especial, ao Professor Oscar Alexandre Teixeira Moreira, um amigo e incentivador desde a primeira aula que lecionei. À Rosilaine Nascimento e todos os professores da Doctum pela contribuição diária. A todos os meus alunos, com quem aprendo o tempo todo.

À CAPES pelo apoio financeiro e à PUC-Rio e todos os seus funcionários, por ser o ambiente aberto, livre, com condições de estudo e estímulo ao conhecimento, necessários nessa etapa da minha formação. Ao Anderson e Carmen, sempre solícitos e aptos a ajudar.

A todos os professores que tive e especialmente aos do Mestrado em Direito da PUC-Rio, pois sem o incentivo, carinho e cobrança, jamais teria chegado até aqui. Em especial ao Professor Fábio Carvalho Leite, meu orientador, e ao Professor Noel Struchiner. O Professor Fábio foi extremamente acessível e leu cada letra desse trabalho, me incentivou em cada achado. O Professor Noel e os NERDS foram extremamente receptivos e atenciosos com um bacharel em direito curioso (e agora iniciante) pela filosofia. Além da amizade, a cada dia cresce o respeito e admiração pela gentileza no trato pessoal, compromisso e dedicação com a vida acadêmica, e pelo bom humor com estes dois abordam as discussões e a pesquisa.

Aos vários amigos (são tantos que é difícil mencionar todos) por tudo. Especialmente à minha turma, Amor y Juego, que fez com que as longas viagens e a intensa estadia no Rio de Janeiro parecessem curtas e leves. Vocês tornaram o mestrado uma experiência de conhecimento, afeto e extremamente divertida.

Aos amigos determinantes para a elaboração deste trabalho, que conversaram, forneceram ideias e sugestões, e auxiliaram desde o projeto até a leitura atenta, crítica e

gentil do trabalho final: Tayara Lemos, Humberto Santarosa, Lucas Grecco e os Xamãs Ursula Vasconcelos, Rebeca Freitas e Guilherme Almeida.

À atenciosa revisão de Nathália Carraro e da banca avaliadora composta pelo Prof. Noel Struchiner e Prof. Fábio Shecaira.

Mãe, Thaís, Vó Alda, Tia Nilza, Tio Sílvio e restante da família: obrigado!

À Daniela, minha flor, por tudo, desde sempre!

Resumo

Ferreira, Rodolfo de Assis; Leite, Fábio Carvalho. **Controle, interpretação e manipulação da lei através da constituição**. Rio de Janeiro, 2017, 140p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

As decisões interpretativas, no caso a interpretação conforme a constituição, inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (decisão manipulativa reductiva), decisão manipulativa aditiva, decisão manipulativa substitutiva estão presentes no controle de constitucionalidade brasileiro. Elas são tratadas indistintamente e um aspecto disto é linguístico: a diferença entre identificar uma regra (interpretação¹) e seguir uma regra (interpretação²). As abordagens semânticas permitem esse tipo de diferenciação, mas abordagens pragmáticas parecem têm maiores dificuldades. Dentro do direito, isso pode ser traduzido como a oposição entre a identificação do significado literal, significado ordinário e a identificação do significado intencional, significado finalístico dos documentos normativos. Quanto a seguir regras jurídicas, três modelos são possíveis: o formalismo forte, o formalismo presumido e o particularismo sensível às regras. Dentre esses, os últimos dois são mais compatíveis com a jurisdição constitucional. Contudo, críticas à falta de critérios presentes nesses dois atingem também o controle de constitucionalidade e especialmente as decisões interpretativas, por faltarem parâmetros precisos para justificar uma decisão interpretativa em detrimento da declaração de (in)constitucionalidade simples. Ademais, a diferenciação entre interpretação¹ e interpretação² também é útil à aplicação da cláusula de reserva de plenário, diferenciando quando órgão fracionário está apenas identificando o que a lei diz, usando a constituição como referência, e quando a lei diz algo inconstitucional.

Palavras-chave

Controle de constitucionalidade; interpretação conforme a constituição; decisões manipulativas; linguagem dos documentos normativos.

Abstract

Ferreira, Rodolfo de Assis; Leite, Fábio Carvalho (Advisor). **Judicial review, interpretation and manipulation of the legislation through the constitution.** Rio de Janeiro, 2017, 140p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The interpretative decisions - interpretation according to the constitution, partial unconstitutionality (reductive manipulative decision), additive manipulative decision, substitutive manipulative decision - are present in Brazilian judicial review. They are treated indiscriminately and one aspect of it is linguistic: the difference between identifying a rule (interpretation¹) and following a rule (interpretation²). Semantic approaches allow this kind of differentiation, but pragmatic approaches seem to have greater difficulties. Within the law, this can be translated as the opposition between the identification of the literal meaning, the ordinary meaning and the identification of the intentional meaning, the purposivism meaning of legal texts. As for following legal rules, three models are possible: strong formalism, presumptive formalism, and rule-sensitive particularism. Of these, the latter two are more compatible with judicial review. However, criticisms of the lack of criteria present in these reach judicial review and especially the interpretative decisions because they lack precise parameters to justify why an interpretative decision should trump the simple declaration of (un)constitutionality. In addition, the distinction between interpretation¹ and interpretation² is also useful in applying the full bench clause because it allows us to differentiate when the fractional body is only identifying what the legal text says using the constitution as a reference and when the legal text says something unconstitutional.

Keywords

Judicial review; constitutional avoidance; manipulative decisions; language of legal texts.

Lista de casos jurídicos em ordem de aparição

ADC 43 e 44

Ashwander v. Authority

Rep 1417

RE 25265

ADI 2665

ADI 234

ADI 2642

ADI 319

ADPF 54

ADI 939

ADI 2652

RE 330817

Church of the Holy Trinity v. United States

Carcieri v. Salazar

Small v. United States

Ali v. Federal Bureau of Prisons

Zadvydas v. Davis

ADI 1371

ADI 4277

RE 658312

ADI 1586

ADI 2589

ADI 4815

ADI 3430

Reexame Necessário N 5009191-49.2012.404.7005/PR

Sumário

Introdução	11
1. As “Decisões Interpretativas”: Interpretação Conforme, Inconstitucionalidade Parcial Sem Redução de Texto e Decisões Manipulativas	15
1.1. Problemas sobre a estrutura de conceitos em geral	17
1.2. A compatibilidade da legislação com a constituição e a inconstitucionalidade em geral	19
1.3. “Decisões interpretativas”: a interpretação conforme a constituição e as decisões manipulativas	20
1.3.1. Paradigma das “decisões interpretativas” no controle de constitucionalidade americano	21
1.3.2. Paradigma das “decisões interpretativas” no controle de constitucionalidade brasileiro	24
1.3.3. O conceito de Interpretação Conforme a Constituição	25
1.3.4. O conceito de inconstitucionalidade (ou nulidade) parcial sem redução de texto (ou decisão manipulativa redutiva)	29
1.3.5. O conceito de decisão manipulativa	34
1.3.6. Estrutura comparativa das espécies	39
1.4. Conclusões parciais	42
2. Alguns aspectos da Linguagem relevantes para o Direito	43
2.1. Direito e o significado dos documentos normativos	43
2.2. Significado, semântica e pragmática	48
2.2.1. Da abordagem semântica	52
2.2.2. Da abordagem pragmática	57
2.2.3. Dos limites entre a semântica e a pragmática	61
2.3. Conclusões parciais	65

3.	A Interpretação ¹ como identificação do significado dos documentos normativos	67
3.1.	Significado dos documentos normativos	69
3.1.1.	Entre propriedades semânticas e inferências pragmáticas	70
3.1.2.	Do significado literal ao significado ordinário	72
3.1.3.	Do significado intencional ao significado finalístico	84
3.2.	Efeitos do modelo de interpretação ¹ no raciocínio do controle de constitucionalidade	94
3.3.	Conclusões parciais	98
4.	A Interpretação ² e considerações sobre o Controle de Constitucionalidade Brasileiro	100
4.1.	Vinculação dos oficiais às fontes (modelos de tomada de decisão) e a jurisdição constitucional	101
4.1.1.	Formalismo forte	102
4.1.2.	Particularismo sensível às regras	104
4.1.3.	Formalismo moderado	106
4.2.	Por que interpretação ¹ e interpretação ² (de novo)?	110
4.2.1.	Qual a relação entre interpretação ¹ , interpretação ² , o controle de constitucionalidade e as decisões interpretativas?	112
4.2.2.	“Co-texto” constitucional, elemento sistemático: entre um critério de identificação e um critério de tomada de decisão	114
4.3.	A problemática justificação das decisões interpretativas	117
4.4.	Reflexos da diferenciação entre interpretação ¹ e interpretação ² sobre o controle de constitucionalidade brasileiro	122
4.4.1.	O cabimento das decisões interpretativas no controle concentrado/abstrato e no controle difuso/concreto	123
4.4.2.	Cláusula de reserva de plenário e decisões interpretativas	126
4.5.	Conclusões parciais	129
5.	Considerações Finais	131
6.	Referências bibliográficas	133

Introdução

Um julgamento recente do Supremo Tribunal Federal (STF) ampliou a relevância de um mecanismo realizado pela corte em seus julgamentos: a interpretação conforme a constituição. Nas Ações Direitas de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44, julgadas em conjunto, a corte constitucional brasileira invocou esse mecanismo para decidir o caso de maneira bem questionável. Apesar do significado do artigo 283¹ do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), que determinava que a prisão decorrente da condenação somente poderia ocorrer após trânsito em julgado da decisão, o STF determinou, mediante interpretação conforme, que a norma era constitucional já que não proibia a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Além da interpretação conforme, outras categorias, tais como a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e as decisões manipulativas aditivas e substitutivas criam grande perplexidade, especialmente em razão da falta de clareza em que são apresentadas pelos autores e nas decisões do STF. Pode-se dizer que: i) não há uma explicação precisa sobre a definição de interpretação conforme a constituição, além de se fornecerem exemplos que poderiam ser enquadrados em várias espécies; ii) há uma² definição bastante recorrente sobre o que seria inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, mas quando são fornecidos exemplos, parece não se diferenciar de exemplos fornecidos de interpretação conforme; iii) as decisões manipulativas são tratadas como uma espécie diferente, mas, ao mesmo tempo, parecem abarcar parte dos casos que são tratados como interpretação conforme e parte dos casos que são tratados como inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Há, no mínimo, uma disputa verbal³ sobre o significado das expressões ou, no pior dos cenários, uma disputa aparentemente verbal, mas genuína⁴. Ao longo

¹ Art. 283 - Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

² Há também definições não recorrentes, como as Luiz Roberto Barroso e Dimitri Dimoulis abaixo especificadas.

³ Divergências ou disputas verbais são aquelas decorrentes de um desentendimento linguístico, em razão da ambiguidade dos termos (COPI, COHEN e MACMAHON, 2014, p. 79).

⁴ Divergências ou disputas aparentemente verbais, mas genuínas são aquelas que mesmo com a clarificação do termo, permanece a divergência a respeito e da aplicação (COPI, COHEN e MACMAHON, 2014, p. 80).

deste trabalho serão demonstradas as inadequações das definições e dos exemplos dos autores brasileiros e dos julgamentos da corte também. Ademais, parece não haver por parte das autoridades judiciais brasileiras, especialmente o STF, o cuidado de justificar quando essas técnicas são utilizadas em detrimento da simples declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade (SILVA, 2006). Outro ponto é se (e como) essas categorias podem eventualmente ser semelhantes ou não dentro da jurisdição constitucional brasileira. É que a existência de um modelo misto, em que há controle difuso e controle concentrado⁵, tem reflexos sobre os limites de utilização dessas categorias.

Uma tarefa tormentosa seria diferenciar essas espécies que hoje compõem parte dos questionamentos da teoria constitucional brasileira. A falta de diferenciação entre elas parece remontar ao que Virgílio Afonso da Silva chama de sincretismo metodológico (2007). Várias teorias, de diferentes origens, muitas vezes incompatíveis e em níveis distintos de análise do fenômeno jurídico, tais como linguagem, papel político da corte constitucional, papel do intérprete e considerações sobre a natureza do direito, parecem orientar a definição e utilização. O resultado é um emaranhado de questões e a falta de um desenvolvimento preciso sobre as propriedades de cada categoria, sobre a justificativa do seu uso, e sobre em quais casos e procedimentos elas devem ser utilizadas.

Considerado esse sincretismo metodológico, estabeleço um ponto de partida: a linguagem. Considerações sobre como a linguagem funciona podem ser bastante úteis para diferenciar, por exemplo, quais são os casos de indeterminação e quais são os casos em que sabemos o que os documentos normativos dizem, mas não concordamos. Nesse aspecto há uma divisão de trabalho que considero extremamente importante, mas que tem sido negligenciada pelos constitucionalistas e pela doutrina brasileira: a identificação do significado do documento normativo é diferente da decisão sobre a sua aplicação no caso concreto. A identificação do significado é relacionada ao conhecimento, está sujeita a problemas de indeterminação linguística. A decisão sobre esse significado, é relacionada à correção normativa, à justificação. Em outros termos, há casos em que os documentos normativos nos dizem o que deve ser feito, outros

⁵ A diferenciação entre controle difuso e concentrado será considerada no capítulo 4.

em que não sabemos o que eles nos disseram e aqueles em que não concordamos com o que foi dito.

Outro ponto importante é que não se trata de um trabalho sobre interpretação da constituição, mas de interpretação da legislação a partir da constituição. Assumo, hipoteticamente, que a lei superior estabelece parâmetros suficientes tanto para funcionar como co-texto dos documentos normativos infraconstitucionais quando necessário, quanto é um parâmetro para julgar a constitucionalidade ou não das normas derivadas desses documentos. Isso é uma estipulação pois o referido documento enquanto texto sofre dos mesmos problemas que os documentos normativos infraconstitucionais. Considerá-la em conjunto só ampliaria as variáveis e reduziria o foco.

No primeiro capítulo pretendo expor uma representação conceitual-argumentativa das categorias que chamo de decisões interpretativas⁶: interpretação conforme a constituição, inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (decisão manipulativa redutiva), decisão manipulativa aditiva, decisão manipulativa substitutiva. A interpretação conforme dirige-se a casos de indeterminação e as outras, que chamo de decisões manipulativas, a casos em que não concordamos com o que os documentos normativos dizem (tendo em vista a constituição como fundamento). Considero algumas inconsistências e dificuldades de categorização dessas espécies.

O segundo capítulo será dirigido a considerar elementos da linguagem que podem ser úteis ao direito. Se os agentes utilizam textos para compor a legislação, tomar decisões, parece necessário que o significado desses textos tenha alguma relevância sobre as decisões jurídicas. Isso não significa, entretanto, que as decisões estão vinculadas ao texto, mas que conhecer o significado do texto é um aspecto importante. No que tange ao significado, noções como elementos semânticos e elementos pragmáticos serão abordadas, mesmo que brevemente.

O terceiro capítulo retoma as considerações linguísticas e salienta a distinção entre identificar o que os documentos normativos dizem e decidir de acordo (ou não) com esses documentos. O foco do capítulo será na primeira etapa, ou seja, na identificação do significado dos documentos normativos. Dois

⁶ Toda decisão jurídica, de certa forma, é interpretativa, mas esse nome, por mais inadequado que seja, se relaciona com a possibilidade do órgão julgador lidar com o significado do documento normativo, ajustá-lo, especificá-lo etc.

conjuntos de teorias, separados por um contínuo, disputam como é (ou como deveria ser) a identificação do significado dos documentos normativos: um com foco nas propriedades semânticas, outro com foco nos elementos pragmáticos. Tento demonstrar que uma abordagem pragmática torna mais difícil a diferenciação entre as espécies de decisões interpretativas.

O quarto capítulo é dedicado ao aspecto da vinculação, ou tomada de decisão levando em conta o significado dos documentos normativos. São considerados diversos modelos de tomada de decisão em relação ao controle de constitucionalidade: aqueles em que os juízes estão vinculados, aqueles em que não estão vinculados e aqueles em que estão parcialmente vinculados. Trato, especificamente, da distinção entre as espécies de decisões interpretativas e da necessidade de sua diferenciação para relacioná-la a um instituto do controle de constitucionalidade difuso brasileiro: a cláusula de reserva de plenário.

1.

As “Decisões Interpretativas”: Interpretação Conforme, Inconstitucionalidade Parcial Sem Redução de Texto e Decisões Manipulativas

O controle de constitucionalidade é a atividade realizada por instituições, destinada a verificar a adequação entre determinados atos normativos e a constituição de uma determinada comunidade política. O referido controle pode ser exercido por diversos poderes, como legislativo em suas comissões, executivo, como no poder de veto, mas normalmente se refere ao controle exercido pelo judiciário (*judicial review*)⁷.

Especificamente quanto ao judiciário, se menciona como origem do controle o voto do Justice Marshal, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Marbury v. Madison*. Mesmo antes, em “Os Artigos Federalistas”, John Hamilton defendia abertamente o controle de constitucionalidade judicial, sob a razão de que todo ato exercido pelo legislativo em contrariedade à constituição é nulo (HAMILTON, 2009, p. 237). Conforme os próprios artigos federalistas, uma lei aprovada pelo legislativo que contraria a constituição é nula, ou inválida, já que a legislação é uma atuação delegada pela constituição (HAMILTON, 2009, p. 237). Nesse caso, o órgão judicial afasta a norma do sistema jurídico e não a aplica mais.

Mas essa não é a única possibilidade: em alguns casos, o judiciário, normalmente a corte constitucional, deixa de declarar a inconstitucionalidade e, dentre várias alternativas⁸, faz um ajuste no significado da legislação a fim de que seja interpretada e aplicada de maneira compatível com a constituição.

⁷ Quando se falar em controle de constitucionalidade ao longo desse trabalho, refere-se ao controle judicial. Para os outros controles irei especificar como controle de constitucionalidade administrativo ou controle de constitucionalidade legislativo.

⁸ O modelo dual, relacionado ao juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não é o único no controle jurisdicional. Pretende-se, nesse item, apresentar uma breve tipologia dessas outras possibilidades. Adverte-se, entretanto, que será apenas uma breve apresentação, pois nem todas as categorias são foco desse trabalho. Ressalta-se que classificações e categorizações em geral sofrem dos mesmos problemas que a estrutura dos conceitos, que são abordadas nesse estudo.

Há tipologias que vão muito além da que foram apresentadas nesse estudo até o momento. Carlos Blanco de Moraes, por exemplo, diferencia entre decisões de acolhimento simples e decisões com caráter intermédio ou manipulativo, sendo as primeiras decisões que implicam a eliminação de uma norma inconstitucional, e às segundas, que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento (MORAIS, 2011, p. 259-261).

As com caráter intermédio ou manipulativas poderiam ser subdivididas em: A) decisões que modulam a eficácia temporal e do direito que é objeto do julgamento; B) decisões interpretativas

condicionais; C) decisões com efeitos aditivos; D) decisões manipulativas de componente apelativa (MORAIS, 2011, p. 271-272).

Nas decisões que modulam a eficácia temporal, há uma restrição temporal, total ou parcial, dos efeitos retroativos da inconstitucionalidade, de modo a preservar situações jurídicas constituídas durante a vigência da norma inconstitucional (MORAIS, 2011, p. 337). A modulação de efeitos não é o objeto deste estudo e, portanto, não será considerada tal como as outras espécies.

Nas decisões interpretativas condicionais “*pele menos o texto ou a disposição impugnada é salva, seja mediante a adoção de uma interpretação compatível com a Constituição, seja através da rejeição de uma interpretação constitucional*” (MORAIS, 2011, p. 269). Elas poderiam ser subdivididas em interpretação conforme a constituição e inconstitucionalidade parcial qualitativa (MORAIS, 2011, p. 376). Em comum, elas atingem o significado do documento normativo, e não o documento normativo, determinando quais interpretações são válidas e quais não são em relação a um determinado preceito de documento normativo (MORAIS, 2011, p. 377). Mas enquanto a primeira, via de regra, seria uma sentença de rejeição (não inconstitucionalidade), e a segunda, uma decisão de acolhimento (inconstitucionalidade) (MORAIS, 2011, p. 377). A principal diferença, especificamente no Direito Português, seria a de que a interpretação conforme, como é uma decisão de rejeição, não teria eficácia erga omnes, e a inconstitucionalidade parcial, como é uma decisão de acolhimento, teria (MORAIS, 2011, p. 378).

Nas decisões com efeitos aditivos seriam de acolhimento (inconstitucionalidade) e que em decorrência desse geram a “*a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que conformou o objeto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição*” (MORAIS, 2011, p. 411). Elas poderiam ser subdivididas em i) sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos, ii) sentenças aditivas em sentido estrito, iii) sentenças aditivas de princípio e iv) sentenças substitutivas (MORAIS, 2011, p. 418). As sentenças demolitórias com efeitos aditivos (i) são redutivas com efeitos aditivos, e eliminam uma norma presente numa determinada disposição, ampliando o âmbito de aplicação de outra norma, cujo conteúdo se encontrava restringido pela primeira (MORAIS, 2011, p. 423). A restrição ocorre em relação à titularidade de um direito ou norma que subtrai explícita e injustificadamente um conjunto de pessoas de determinado benefício, e com a exclusão da norma, eles passam a ser atingidos, sem qualquer criação ou integração por parte do tribunal ou corte (MORAIS, 2011, p. 424). O exemplo é a Ac. nº 962/96, de 11-7, em que o Tribunal Português declarou a inconstitucionalidade de duas normas, no campo em que vedavam assistência judiciária a estrangeiros, e, em consequência disso, os mesmos passaram a ser beneficiados pelo regime geral de assistência judiciária (MORAIS, 2011, p. 425). As sentenças aditivas em sentido estrito (ii) julgam a inconstitucionalidade parcial de uma disposição e também reparam a lacuna em decorrência disso, identificando a norma aplicável, ou seja, reconstruindo de forma direta o significado da disposição atacada (MORAIS, 2011, p. 426-427). E reconstrói seja para preencher a omissão relativa presente no dispositivo, seja para preencher a lacuna gerada pela própria decisão, seja para reconstruir o sentido de um preceito afetado por uma decisão de inconstitucionalidade parcial que restringia direitos fundamentais (MORAIS, 2011, p. 428). O referido autor apresenta outras subclassificações das decisões aditivas em sentido estrito, mas para efeitos de exposição elas não serão consideradas. As sentenças aditivas de princípio (iii) eliminam de uma norma inconstitucional e enunciam limites para a reparação dessa inconstitucionalidade, sem proceder diretamente a essa reparação (MORAIS, 2011, p. 442). Elas são utilizadas em casos em que há mais de uma solução possível para reparação da inconstitucionalidade, deixando essa reparação a cargo dos tribunais e do legislador (MORAIS, 2011, p. 443). Como exemplo, há a Ac. nº 191/88, que julgou a inconstitucionalidade de norma discriminatória de viúvos, em que o tribunal considerou que a declaração da inconstitucionalidade não poderia restringir o direito do viúvo receber pensão por morte do outro cônjuge, mas também não estabeleceu em quais parâmetros continuaria recebendo, deixando isso a cargo do juiz comum e do operador administrativo (MORAIS, 2011, p. 445). A última subcategoria das aditivas, as sentenças substitutivas (iv), é aquela em que a corte declara a inconstitucionalidade de uma norma e a substitui por outra diversa, que deve ser conjugado com o segmento não julgado inconstitucional (MORAIS, 2011, p. 447).

No Brasil, grosso modo, assumo que são chamadas de, respectivamente, modulação de efeitos, interpretação conforme a constituição, decisões manipulativas e apelo ao legislador. Este trabalho se concentrará na interpretação conforme a constituição e decisões manipulativas.

Existem várias maneiras de realizar isso, tal como será abordado neste trabalho. Pretendo fornecer uma descrição do tratamento que a doutrina concede às espécies e representar esse tratamento em forma de premissas e conclusões, ou seja, argumentativamente. Ao final apresento conclusões parciais sobre o tema abordado.

1.1. Problemas sobre a estrutura de conceitos em geral

Antes de apresentar uma versão sobre os conceitos que são objetos deste trabalho, é importante mencionar diferentes maneiras pelas quais as questões conceituais podem ser abordadas. Diversos aspectos estão sujeitos a debate no campo filosófico, tais como: ontologia, estrutura, origem, relação com a linguagem natural e até a possibilidade de uma análise conceitual (MARGOLIS e LAURENCE, 2014). Especificamente sobre a estrutura dos conceitos, serão mencionadas a abordagem clássica, a dos protótipos e a pluralista, entre outras⁹.

Numa abordagem clássica, um “*conceito C teria uma estrutura de definição composta de conceitos mais simples que expressam condições necessárias e suficientes para serem enquadradas como C*” (MARGOLIS e LAURENCE, 2014). O conceito de contraditório¹⁰, por exemplo, é constituído da exigência de ciência e possibilidade de reação, de resposta de quem é imputado ou responsabilizado por algo. Sem que o demandado possa conhecer o que lhe atingirá através do processo, não há contraditório; sem possibilidade de responder, impugnar, também não há contraditório. Logo, para existência do contraditório existem duas condições ou propriedades necessárias: ciência e possibilidade de reação. Como essa abordagem parte de estruturas bem definidas, facilita o aprendizado a respeito dos conceitos, é extremamente útil à análise e construção de categorizações, além de simplificar a determinação de objetos como parte ou não da classe. Mas não é muito adequada para explicar fenômenos como a tipicidade, ou seja, o fato de cognitivamente alguns objetos serem mais representativos de determinadas categorias do que outros e serem categorizados

⁹ Margolis *et all* mencionam e tecem considerações sobre: teoria clássica, teoria dos protótipos, teoria das teorias conceituais, teoria do atomismo conceitual, teoria do pluralismo (2014).

¹⁰ Concepção bilateral de contraditório. Hoje substituída pela concepção contemporânea, em que o contraditório é a possibilidade de influir na decisão judicial. Para análise sobre o assunto, ver Humberto Santarosa de Oliveira **Fonte bibliográfica inválida especificada.**

mais rápido (MARGOLIS e LAURENCE, 2014). Por exemplo, pessoas tendem a identificar maçãs como frutas e ter dúvidas em relação a ameixas, apesar de ambas fazerem parte da categoria.

A questão da tipicidade é considerada com profundidade em abordagens prototípicas, em que um “*conceito não tem estrutura de definição mas tem estrutura probabilística e logo algo pode ser enquadrado em C desde que satisfaça um número suficiente de propriedades codificadas como constituintes de C*” (MARGOLIS e LAURENCE, 2014). Maçãs são mais facilmente consideradas frutas que ameixas porque o conceito de maçãs compartilha mais constituintes com o conceito de frutas do que o conceito de ameixas (MARGOLIS e LAURENCE, 2014). Como essa abordagem leva em conta aspectos cognitivos da categorização, é propícia para lidar com fenômenos psicológicos, mas tende a ter sua precisão comprovada apenas em julgamentos rápidos e não reflexivos, além de entrar em conflito com a noção composicionalidade¹¹ (MARGOLIS e LAURENCE, 2014).

De acordo com a abordagem pluralística, os conceitos têm várias estruturas associadas aos seus componentes, ou seja, têm diferentes funções e um universo variado de tipos de representações é necessário para preencher essas funções (MARGOLIS e LAURENCE, 2014). Há vários conceitos, cada qual com um tipo de estrutura (uns com estrutura clássica, outros com estrutura prototípica). Não haveria um conceito de fruta, e sim vários (fruta¹, fruta², fruta³, etc.). Mas como explicar que todos os conceitos se reúnem sob um conceito só (MARGOLIS e LAURENCE, 2014)?

Esse problema sobre a possibilidade da estrutura de conceitos, derivado da filosofia, fornece indícios para afirmar que os conceitos presentes no direito podem padecer dos mesmos problemas, como a falta de definição das suas propriedades, o reconhecimento de situações em que uma modalidade de decisão é mais reconhecida que a outra, apesar de ambas fazerem parte da mesma classe, ou então que não haveria um conceito, mas vários conceitos do mesmo, reunidos sob o mesmo signo. Enfim, às vezes temos conceitos que nos fornecem as propriedades necessárias para identificar quais casos se enquadram e quais casos

¹¹ Em termos simples, a composicionalidade é a característica de que uma linguagem pode ser compreendida e funciona a partir de um conjunto de regras e convenções, preexistentes ao ato de comunicar, e que possibilita que os usuários estruturam inúmeras frases de diversas maneiras diferentes, independentemente do contexto.

não se enquadram nos conceitos, às vezes não. Às vezes, mesmo sabendo dessas propriedades temos dificuldade de enquadrar os conceitos nas categorias.

Apesar do reconhecimento desse aspecto, neste trabalho a questão ainda será tratada de acordo com a primeira abordagem, a clássica. As decisões interpretativas são apresentadas como categorias distintas pela maioria dos autores, mas recebem tratamento confuso tanto na apresentação de exemplos quanto nos casos concretos. Isso é um problema, pois a tomada de decisão depende de categorias com estruturas bem definidas para ser precisa. Jennifer Zamzow demonstra que decisões baseadas em estruturas bem definidas permitem que as pessoas resolvam problemas corretamente, façam melhores previsões dos resultados e produzam decisões mais coerentes com suas preferências, além de, inclusive, produzir decisões melhores do que as realizadas por experts (2015).

Para tanto, a partir de agora, será feita uma abordagem conceitual das espécies, levando em conta a abordagem clássica, ou seja, considerando as propriedades necessárias e suficientes de cada categoria.

1.2.

A compatibilidade da legislação com a constituição e a inconstitucionalidade em geral

A inconstitucionalidade de uma lei é a relação de contrariedade entre normas da lei e da constituição. Nessa linha, o juízo de inconstitucionalidade depende: i) do que determina a constituição, ii) do que determina a lei e iii) da relação entre as determinações constitucionais e legais. Somado a isso, quando presente a inconstitucionalidade, é necessária alguma medida para sanar esse conflito. Para tal, vou expor premissas (P1, P2 etc.) e conclusões (C1) que podem ser deduzidas do juízo de inconstitucionalidade e em outras decisões¹². Pode-se demonstrar argumentativamente:

P1 – A constituição estabelece a norma W que determina X.

P2 – A lei Y estabelece a norma Z que determina não-X.

P3 – Z contraria a constituição.

P4 – Se houver contrariedade entre normas constitucionais e normas legais, alguma medida deve ser tomada.

¹² Essa demonstração argumentativa será apresentada não somente em relação à constitucionalidade em geral, mas também em relação às outras modalidades de decisão.

C1 – Logo, alguma medida deve ser tomada frente à incompatibilidade existente entre a norma W e a norma Z.

A medida ordinária para essa relação de contrariedade é a declaração de nulidade da norma e sua consequente exclusão do sistema. Tanto que dois autores relevantes para a jurisdição constitucional descreveram a declaração de inconstitucionalidade dessa maneira (HAMILTON, 2009; KELSEN, 2003), apesar de algumas divergências quanto ao efeito da sentença (retroativo ou prospectivo, respectivamente).

Por exemplo, a constituição brasileira proíbe todas as formas de tortura¹³. Imagine que determinada lei estabeleça que policiais podem realizar atos de tortura quando da investigação de crimes de tráfico de entorpecentes. Ou seja, a constituição brasileira estabelece que a tortura é proibida e a norma da lei autoriza a tortura em determinada situação. Há uma contrariedade. A solução ordinária para essa contrariedade é declarar nula a norma.

Mas nem sempre a solução é a declaração de nulidade. Baseando-se em várias razões, tais como a necessidade de segurança jurídica, o respeito ao legislador, entre outros, os juízos responsáveis pelo julgamento de constitucionalidade têm tomado outras medidas. Especificamente no Brasil, tal opção é decorrente tanto de fonte legislativa quanto da prática do STF: o artigo 28 da Lei nº 9868/99 prevê outras medidas relacionadas à nulidade parcial e ao tratamento do significado dos documentos normativos (MORAIS, 2011, p. 274); e anteriormente à referida lei o STF já tomava algumas decisões utilizando os mecanismos autorizados por ela, tal como no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade 1417 (LAURENTIIS, 2012, p. 49-55).

1.3.

“Decisões interpretativas”: a interpretação conforme a constituição e as decisões manipulativas

Julgamentos alternativos à declaração de inconstitucionalidade simples podem ser relacionados a duas influências: a doutrina do *constitutional avoidance* nos EUA, presente no voto do Justice Brandeis em *Ashwander v. Tennessee Valley Auth* (1936), além da Representação 1417 no Brasil. É possível reconhecer outras influências, tal como o direito italiano e o direito alemão, mas não as

¹³ Art. 5. (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

considerarei, já que as duas são suficientes para fornecer insights sobre as decisões interpretativas.

1.3.1. Paradigma das “decisões interpretativas” no controle de constitucionalidade americano

As decisões interpretativas nos EUA podem ser traçadas à doutrina de Thomas Cooley e ao voto de voto do Justice Brandeis no caso *Ashwander v. Tennessee Valley Auth. (Ashwander)*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1936.

Thomas Cooley elenca regras que deveriam ser utilizadas, afim de se saber quando a inconstitucionalidade pode ou não ser declarada, tais como quórum, necessidade, os legitimados, em quais condições a legislação pode ser afastada, a inconstitucionalidade parcial (COOLEY, 1903, p. 230-252). Ademais, em casos de dúvida quanto à inconstitucionalidade, a lei deveria ser mantida, em razão da presunção de constitucionalidade:

Quando os tribunais são chamados a pronunciar-se sobre a invalidade de um ato legislativo, depois de a lei ter preenchido todas os ritos e procedimentos para ter força, deverão abordar a questão com grande cautela, examiná-la em todos os aspectos possíveis e considerá-la enquanto qualquer deliberação ou atenção possa lançar nova luz sobre a questão e nunca declarar um ato nulo, a menos que a nulidade e a invalidez sejam colocadas além da dúvida razoável em seu julgamento. Qualquer dúvida razoável deve ser resolvida a favor da lei e o ato sustentado. (COOLEY, 1903, p. 253)¹⁴

As considerações de Cooley parecem influenciar ou embasar as considerações da Suprema Corte em *Ashwander*. No referido caso, um conjunto de acionistas minoritários com poder de voto ajuizaram uma ação para evitar a execução e continuidade de um contrato entre a empresa deles e uma agência governamental dos EUA, sob o argumento que o contrato era lesivo à empresa e inconstitucional. Havia uma represa, Wilson Dam, construída com o propósito de

¹⁴ Tradução livre de: when courts are called upon to pronounce the invalidity of an act of legislation, passed with all the forms and ceremonies requisite to give it the force of law, they will approach the question with great caution, examine it in every possible aspect, and ponder upon it as long as deliberation and patient attention can throw any new light upon the subject, and never declare a statute void, unless the nullity and invalidity of the act are placed, in their judgment, beyond reasonable doubt. A reasonable doubt must be solved in favor of the legislative action, and the act be sustained.

fornecer energia elétrica para a fabricação de munições em caso de guerra, e para garantir a navegabilidade do rio. O governo adquiriu completamente o território da represa, com todos os direitos, e a geração de energia elétrica se tornou uma consequência da construção da represa. A agência do governo federal americano Tennessee Valley Authority contratou com Alabama Power Company (Power Company) a compra de linhas de transmissão, subestações, propriedades auxiliares, venda de energia elétrica e delimitação das áreas servidas pela venda de energia. Os acionistas reclamantes alegavam que o referido contrato era contrário aos interesses da empresa e que a venda de energia elétrica estava fora das competências estabelecidas na constituição americana.

No voto relevante para esse trabalho¹⁵, Justice Brandeis afirmou que como não havia qualquer indício de fraude, coação, negligência, excesso de poderes por parte da administração, não caberia aos sócios interferirem na administração da companhia. E mesmo que fossem legitimados ou que a companhia tivesse o direito de reclamar, caberia demonstrar de maneira robusta a violação e no prazo correto, o que não ocorreu. Ademais, caberia à corte rejeitar a inconstitucionalidade, exceto quando clara, como um resultado da presunção de constitucionalidade das leis, expressão tanto de contenção judicial quanto de deferência ao trabalho do legislador democrático. A corte deveria seguir um conjunto de regras que evitariam lidar com várias questões de constitucionalidade:

1. A Corte não avançará à questão da constitucionalidade de legislação em um processo amistoso, não litigioso, rejeitando-as porque decidir tais questões "só é legítimo em última instância e como uma necessidade na determinação de uma controvérsia real, séria e vital entre os indivíduos. (...)
2. A Corte não "avaliará uma questão de direito constitucional antes de ser necessário decidi-la. (...)

¹⁵ Justice Hughes afirmou que a questão era sobre constitucionalidade da autoridade da construção da barragem, e da alienação, decorrente do contrato, da energia elétrica ali produzida. Quanto à autoridade da construção da barragem, entendeu que o mesmo ocorreu no exercício de competências constitucionais do governo federal. Já quanto à autoridade da alienação da energia elétrica produzida na barragem, afirmou que a aquisição da barragem foi legal, que a competência para dispor de propriedade era prevista no 3º do artigo IV da constituição americana, e que, portanto, o ponto era sobre os limites e extensão de tal competência. Sobre esse aspecto, afirmou que a prerrogativa para dispor de propriedade era discricionária do congresso, inclusive para a energia elétrica em específico, independente se alienada para fabricação de munições, navegabilidade do rio, ou outros propósitos, desde que público.

Justice McReynolds, em voto dissidente, afirma que o governo federal não teria prerrogativa de produzir, distribuir e vender energia hidroelétrica, e especialmente no caso, isso seria feito com o propósito de colocar o governo no mercado de distribuição e venda de energia elétrica e retirar as companhias do mercado, propósito contratual ilegal.

3. O Corte não "formulará uma regra de direito constitucional mais ampla do que a exigida pelos fatos precisos a que se será aplicada. (...)
4. A Corte não avançará à questão constitucional, embora devidamente apresentada nos autos, se houver também algum outro fundamento sobre o qual o caso possa ser resolvido. (...)
5. A Corte não avançará à validade de uma legislação se a parte autora falhar em demonstrar que é lesada pela incidência.
6. A Corte não avançará à constitucionalidade de uma legislação em prol de quem aproveitou dos benefícios da legislação. (...)
7. "Quando se põe em causa a validade de um ato do Congresso, e mesmo que surja uma dúvida séria sobre sua constitucionalidade, é um princípio fundamental que a Corte verifique primeiro se uma construção da legislação sob a qual a questão pode ser evitada é razoavelmente possível,¹⁶

Frederick Schauer questiona duas das várias heurísticas formuladas: a de que a questão da constitucionalidade não deveria ser avaliada quando se pode resolver o caso a partir de outros aspectos e a de que não se deveria se invalidar nenhuma legislação que pudesse ser interpretada (construída) de outra maneira (SCHAUER, 1995, p. 72). A primeira objeção é de que ocorre uma mudança do significado do documento normativo, substituindo a decisão do legislativo pelo que o órgão judicial pensa que deveria ser. Essa mudança seria decorrente da falta de delimitação precisa sobre em quais casos a interpretação alternativa é impossível e e razoavelmente possível (*fairly possible*) (SCHAUER, 1995, p. 85). A segunda objeção é de que não há deferência do judiciário ao legislativo com o uso do cânone, mas uma intervenção judicial, uma decisão sobre a constitucionalidade disfarçada (NOLAN, 2014). É uma decisão de constitucionalidade já que a constituição é utilizada como parâmetro para a interpretação (o que seria completamente desnecessário caso a legislação estivesse

¹⁶ Tradução livre de:

1. The Court will not pass upon the constitutionality of legislation in a friendly, nonadversary, proceeding, declining because to decide such questions "is legitimate only in the last resort, and as a necessity in the determination of real, earnest and vital controversy between individuals. (...)
2. The Court will not "anticipate a question of constitutional law in advance of the necessity of deciding it. (...)
3. The Court will not "formulate a rule of constitutional law broader than is required by the precise facts to which it is to be applied. (...)
4. The Court will not pass upon a constitutional question, although properly presented by the record, if there is also present some other ground upon which the case may be disposed of. (...)
5. The Court will not pass upon the validity of a statute upon complaint of one who fails to show that he is injured by its operation. (...)
6. The Court will not pass upon the constitutionality of a statute at the instance of one who has availed himself of its benefits. (...)
7. "When the validity of an act of the Congress is drawn in question, and even if a serious doubt of constitutionality is raised, it is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided.

apenas sendo interpretada ordinariamente). Tanto que a casa legislativa tem poder para ajustar a legislação após o julgamento, mas provavelmente não o faz porque já tem conhecimento da posição da corte (SCHAUER, 1995, p. 86-88).

1.3.2.

Paradigma das “decisões interpretativas” no controle de constitucionalidade brasileiro

Na Representação 1417 questionava-se a constitucionalidade do §3º do art. 65 da Lei Complementar 35/79¹⁷, face aos artigos 57, II e 200 da Constituição de 1969¹⁸. A lei complementar autorizava os tribunais estaduais e federais concederem adicionais de auxílio-transporte e auxílio-moradia aos magistrados. Ocorre que tal atuação administrativa por parte dos tribunais violaria reserva de lei específica dos chefes do Poder Executivo, prevista na constituição. O Procurador Geral da República, entretanto, sustentava que haveria outro sentido para ser conferido à prescrição do documento normativo: a lei complementar previa a competência administrativa dos tribunais para tratar dos auxílios em concreto, mas dependeria de lei estadual ou federal prévia para fazê-lo.

De acordo com o relatório do Ministro Moreira Alves, relator do caso, o Procurador Geral da República afirmava que as “intenções do legislador” eram conferir competência aos tribunais para conceder os benefícios e isso era inconstitucional. Entretanto, o texto comportaria outra interpretação. Essa outra interpretação, constitucional, deveria prevalecer em razão de exigências normativas (presunção de constitucionalidade das leis, unidade do ordenamento) e práticas (lentidão do legislativo, problemas decorrentes de carência legislativa). Desconsiderou-se a vontade do legislador em razão da relação da norma “no

¹⁷ Art. 65 – Além dos vencimentos, poderão ser outorgados aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens: I – ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança; II – ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado; (...) §2º. É vedada a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias não previstas na presente lei, bem como em bases e limites superiores ao nela fixados. §3º. Caberá ao respectivo tribunal, para aplicação do disposto nos incisos I e II deste artigo, conceder ao magistrado auxílio-transporte em até 25% (vinte e cinco por cento), auxílio moradia em até 30% (trinta por cento), calculados os respectivos percentuais sobre os vencimentos e cessando qualquer benefício indireto que, ao mesmo título, venha sendo recebido.

¹⁸ Art. 57. É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que: (...) II - criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública (...) Art. 200. As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados.

contexto prático da ordem jurídica em que sua vigência a inseriu”¹⁹. O Ministro Moreira Alves, em seu voto, afirmou que a interpretação deveria ser utilizada em casos específicos, mas ao mesmo tempo se deveria respeitar o trabalho do legislador democrático, evitando uma postura positiva.

Do ponto de vista linguístico, a questão era sobre uma polissemia do termo conceder, podendo ser compreendido tanto como de criar um direito (tal como o legislativo) quanto de provê-lo administrativamente baseando-se numa lei prévia. Ademais, e nada ressaltado no voto, havia um problema de referência: a expressão “nos termos da lei”, que restringia a concessão dos benefícios elencados, referia-se a) à própria lei complementar ou b) à lei dos entes federativos ao qual os magistrados estariam vinculados? É que se fosse a), os tribunais poderiam conceder os benefícios com base em regulamentação própria; mas se b), os tribunais dependeriam de outra lei dos entes federativos. Utilizou-se a interpretação conforme a constituição para optar entre um significado constitucional e um significado inconstitucional.

Mas a interpretação conforme a constituição não é a única decisão interpretativa, e a decisão manipulativa redutiva já vinha sendo aplicada no direito brasileiro no controle difuso tal como afirma Gilmar Mendes e Gustavo Branco (2015, p. 1309), e se pode mencionar o Recurso Extraordinário 25265, sob a égide da Constituição de 1946.

1.3.3.

O conceito de Interpretação Conforme a Constituição

Entre as medidas possíveis para evitar a declaração de inconstitucionalidade da lei, há a Interpretação Conforme a Constituição²⁰. Os autores brasileiros definem a interpretação conforme como uma seleção entre duas ou mais possibilidades²¹ interpretativas do mesmo documento normativo: no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele

¹⁹ Interessante observar que a intenção, apesar de ser um elemento contextual, nesse caso, é desconsiderada em razão de outros elementos do contexto, o sistema.

²⁰ Desse ponto em diante será referido como interpretação conforme.

²¹ Essa conceituação parece indicar que a interpretação conforme está aliada a casos de ambiguidade. Mas a ambiguidade é apenas uma das espécies de indeterminação, que brevemente defino como fenômeno linguístico em que existe dúvida razoável sobre o significado, permitindo mais de uma determinação. Sou grato ao Prof. Fábio Shecaira por apontar esta falta de clareza na redação.

compatível com a Constituição (MENDES e BRANCO, 2012, p. 1820; BRUST, 2014; DIMOULIS e LUNARDI, 2013; LEAL, 2010; SAMPAIO, 2001)²².

É possível representar argumentativamente o raciocínio na interpretação conforme da seguinte forma:

P1 – A constituição estabelece a norma W que determina X.

P2' – A lei Y estabelece a norma Z, que tem como significados possíveis Z¹ e Z².

P3' – O significado Z² da norma Z é incompatível com a exigência de X.

P4 – Se houver incompatibilidade entre normas constitucionais e normas legais, alguma medida deve ser tomada.

C1' – Logo, alguma medida deve ser tomada frente à incompatibilidade existente entre a norma W que determina X e o significado possível Z² da norma Z.

P6 – Se há mais de um significado possível para uma norma, e um desses é incompatível com a constituição, o significado incompatível deve ser excluído, mas o outro não.

C2 – Logo, o significado Z² da norma Z deve ser excluído.

Imagine que a empresa X tem um regulamento estabelecendo as diretrizes, funções políticas gerais da empresa e, ademais, vários regulamentos setorializados, que estabelecem ações em cada setor da empresa. No referido regulamento geral está estabelecido que “regulamento específico estabelecerá os padrões de comportamento dos funcionários, estimulando que eles realizem várias tarefas ao mesmo tempo”.

No regulamento específico sobre a conduta dos funcionários consta: “Todo funcionário deverá, antes de iniciar o trabalho, realizar o registro, ligar e acessar o computador e despachar as cartas para envio, sob pena de ser advertido”. Se alguém levar em conta apenas o significado do regulamento específico, perceberia uma indeterminação relacionada à sequência dos atos: os atos deveriam ser realizados sucessivamente ou, independentemente da ordem, esses três atos devem ser os primeiros a serem realizados? Não é claro qual das duas opções é a correta, levando em conta apenas o significado do regulamento específico. Mas fica claro que há, de acordo com o texto do regulamento, pelo menos duas

²² Uma posição destoante seria a de Luiz Roberto Barroso, que afirma que a interpretação conforme seria um gênero que comporta 3 espécies: (i) leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração da não incidência da norma a uma determinada situação de fato; (iii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e na afirmação de uma interpretação alternativa compatível com a Constituição (BARROSO, 2012, p. 906). Como destoa muito das outras, decidi por não abordá-la.

possibilidades: execução em sequência obrigatória, ou execução prioritária, mas independente da sequência.

Para justificadamente optar entre uma ou outra, poderíamos nos socorrer de outras informações, tais como as práticas dos gestores na referida empresa, as notificações que já foram emitidas levando em conta esse regulamento etc. A ideia de multitarefas contida no regulamento geral indicaria que o significado da prescrição do regulamento específico determina que as três ações mencionadas deveriam ser as primeiras, independentemente da ordem. Alguém poderia inclusive dizer que se o documento determinasse que as ações deveriam ser realizadas em sequência obrigatória, tal sequência seria contrária à determinação do regulamento geral.

Para tornar o exemplo ainda mais próximo da realidade, imagine que um outro setor da empresa está encarregado de compatibilizar os regulamentos setoriais com os regulamentos gerais, tendo inclusive a prerrogativa de excluir regulamentos incompatíveis com o regulamento geral. Nesse caso, o órgão poderia simplesmente excluir o regulamento específico se ele fosse incompatível com o regulamento geral, mas no caso apresentado, poderia optar por “interpretar” o regulamento específico de acordo com o regulamento geral, evitando, assim, a exclusão da norma do sistema.

Um exemplo de interpretação conforme seria o caso da ADI 2655, julgada pelo STF em 2003. Na referida ação, a OAB alegava que o art. 7º da Lei nº 7603/2001 do Estado de Mato Grosso do Sul²³ estabelecia o salário mínimo como parâmetro para fixação de percentuais do cálculo das custas judiciais, o que seria inconstitucional, pois contrariava a proibição geral de vinculação do salário mínimo constante do art. 7º, IV da CF88²⁴. Mas essa não era a única alternativa: uma outra “interpretação” era de que o dispositivo determinava o cálculo das custas de acordo com o salário mínimo ao tempo da criação da lei e não ao tempo do ajuizamento das demandas. Se considerado o valor do salário mínimo ao tempo do ajuizamento, o valor das custas seria automaticamente corrigido toda

²³ Art. 7º - Nas causas de valor superior a mil (1000) vezes o salário mínimo, as custas relativas à parcela serão calculadas à base de 0,5% (meio por cento), não podendo ultrapassar o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

²⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

vez que o salário mínimo fosse reajustado, o que seria incompatível com a constituição. Se considerado o valor do salário mínimo ao tempo da elaboração da lei as custas não seriam corrigidas automaticamente com reajustes do salário mínimo, o que seria compatível com a constituição. O STF entendeu deveria ser levado em conta o valor nominal do salário mínimo ao tempo da edição da lei do Estado do Mato Grosso do Sul e o outro significado não poderia ser utilizado, porque seria contrário à constituição.

Se a interpretação conforme a constituição está relacionada a um documento normativo ter mais de um significado possível, é importante definir com alguma propriedade o que é significado em geral. Conceitos diferentes sobre as propriedades do significado poderiam gerar conceitos diferentes de interpretação conforme²⁵. Um tratamento adequado desse ponto poderia esclarecer melhor a interpretação conforme.

É importante salientar que essa abordagem talvez não seja suficiente, já que os autores variam entre não se posicionar se o significado realmente importa, permitindo inclusive uma postura corretiva por parte do judiciário (BARROSO, 2009, p. 301-302); identificar limites nos significados decorrentes do texto (DIMOULIS e LUNARDI, 2013, p. 265; BRUST, 2014, p. 150; SOUSA FILHO, 2016, p. 115); identificar limites nos significados decorrentes do texto e da vontade objetiva do legislador (LAURENTIIS, 2012, p. 113-116); afirmar que o estabelecimento dos limites não é possível (ou não é simples), pois a maioria dos textos padece de indeterminação semântica, ou seja, todo texto está sujeito a vários significados possíveis (MENDES e BRANCO, 2012, p. 1825).

Além disso, há casos em que se afirma que houve interpretação conforme, mas ela não era necessária. O STF, por exemplo, menciona a interpretação conforme quando fornece explicações sobre as propriedades de determinadas expressões claras em documentos normativos, tal como na ADI 234 (SILVA, 2006, p. 202-203). No referido caso questionava-se, entre outras coisas, o caput do art. 69 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que determinava que a alienação de ações de sociedades de economia mista do Estado estava condicionada a autorização legislativa. Esta necessidade de autorização prévia foi questionada por violar a separação de poderes, já que retirava poder do executivo

²⁵ Para tratar disso com detalhes, ver o segundo capítulo.

em detrimento do legislativo e, ademais, era incompatível com o regime de direito privado imposto às sociedades de economia mista previsto na seção da “Ordem Econômica”. Entretanto,

o tribunal, em nenhum momento, usou a constituição como parâmetro. A única referência legal, em sentido amplo, foi à lei 8031/1990 que, em grande medida, serviu de parâmetro para a interpretação do art. 69 da Constituição Fluminense. (SILVA, 2006, p. 203)

Enfim, uma definição precisa da interpretação conforme necessariamente passa pela identificação do que é significado dos documentos normativos e os limites da interpretação, que serão tratadas no terceiro capítulo.

1.3.4.

O conceito de inconstitucionalidade (ou nulidade) parcial sem redução de texto (ou decisão manipulativa redutiva)

Os autores em geral definem a inconstitucionalidade parcial sem redução como a declaração de inconstitucionalidade de determinada *aplicação* da lei, com manutenção do dispositivo (MENDES e BRANCO, 2012, p. 1819; DIMOULIS e LUNARDI, 2013, p. 270-71; BRUST, 2014, p. 166)²⁶.

Uma maneira de representar argumentativamente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto seria:

P1 – A constituição estabelece a norma W que determina X.

P2’ – A lei Y estabelece a norma Z, que tem como aplicações possíveis “a”, “b”, “c”.

P3’ – a aplicação “a” da norma Z é contrária à norma X da constituição.

P4 – Se houver incompatibilidade entre normas constitucionais e normas legais, alguma medida deve ser tomada.

C1’ – Logo, alguma medida deve ser tomada frente à incompatibilidade existente entre a norma X e a aplicação “a” da norma Z.

P6’ – Se apenas a aplicação de uma norma é incompatível com a constituição, apenas essa aplicação deve ser excluída, mas a outra não.

C2’ – Logo, apenas a aplicação “a” da norma Z deve ser excluída do ordenamento.

Mas o que seria uma aplicação da lei? Para responder a essa pergunta seria interessante remontar alguns *insights* de noções básicas da filosofia analítica.

²⁶ Importante registrar a posição de que a inconstitucionalidade parcial também ocorreria, v.g., na exclusão de aplicação de determinada hipótese de incidência legal para algumas pessoas objetivamente definidas, normalmente grupos de cidadãos (LEAL, 2010, p. 34). Essa versão não é completamente incompatível com as outras, porém mais restrita.

Normalmente utilizamos definições para estabelecer o significado de um termo. Há termos que são gerais, ou seja, quando utilizados, referem-se a mais de um objeto (COPI, COHEN e MACMAHON, 2014, p. 91). Por exemplo, quando utilizamos o termo “animal” podemos nos referir a vários objetos como macacos, ratos, cachorros, gatos, elefantes, golfinhos, etc. O conjunto de todos os objetos que constituem o significado do termo é chamado de significado extensional (COPI, COHEN e MACMAHON, 2014, p. 91). Mas todos esses objetos, atingidos pelos termos, a princípio, têm características, atributos, critérios que permitem identificarmos se um objeto faz ou não parte dos abarcados por aquele termo geral. A partir de uma simples busca pela internet seria possível afirmar que animais são “*seres vivos pluricelulares, eucariontes, heterotróficos, cujas células formam tecidos biológicos, com capacidade de responder ao ambiente (possuem tecido nervoso) que os envolve ou, por outras palavras, pelos animais*” (WIKIPÉDIA, 2016). Essa definição, independentemente se correta ou não, se verdadeira ou não, fornece critérios para identificarmos quais objetos são ou não são animais para efeitos dessa exposição. Imagine que nos deparamos com um objeto que se move, mas que não tem tecido biológico nem terminação nervosa, não é constituído por várias células e tecidos biológicos, cujas formas e cores são muito parecidas com os animais que conhecemos: um robô feito de ligas de aço. Certamente, mesmo se parecendo muito com um animal, seria fácil explicar que não o é, pelo fato de não reunir as propriedades e características dos animais acima descritas. Esses critérios ou atributos são chamados de significado intensional (COPI, COHEN e MACMAHON, 2014, p. 91).

Mas o que o conceito de animais, significado intensional e extensional têm a ver com a nulidade parcial sem redução de texto? É que os documentos normativos, especialmente por se utilizarem de termos gerais, também têm um aspecto extensional e um aspecto intensional. Ou seja, é possível levar em conta qual é o grupo de objetos atingidos por um determinado termo, ou então, quais são os atributos que aquele termo estabelece como parâmetros para julgarmos que um objeto é atingido por ele ou não.

Imagine que há apenas um sanitário no térreo de uma determinada escola de 3 (três) andares, sem elevador. Imagine que na porta do referido sanitário encontra-se a seguinte regra: “Esse sanitário é destinado às mulheres. Os homens que utilizarem o sanitário serão punidos de acordo com o regimento da escola.”

Imagine, entretanto, que há um aluno do sexo masculino, cadeirante, que estuda no térreo. Quando se avalia o comando, ele atinge todos os homens e mulheres, autoriza as mulheres e proíbe os homens de utilizarem o sanitário. Imagine que o regimento da escola previsse que todas as regras da escola e o seu funcionamento do estabelecimento teria o respeito à acessibilidade e o respeito às diferenças como uma diretriz. Seria possível criar uma exceção ao comando do uso do sanitário em que a regra atingiria todos os homens, mas não o aluno cadeirante. Este não estaria sujeito nem à proibição nem à penalidade.

Não se discute, no exemplo hipotético acima, se o cadeirante é ou não homem. O que se discute, entretanto, é se, levando em conta as exigências de acessibilidade constantes do regimento da escola, o aluno cadeirante deveria ser atingido ou não pela proibição. O significado do dispositivo atingia o cadeirante. Mas seria possível excluir a aplicação da proibição ao referido aluno, ou seja, excluir ou afastar uma das aplicações da regra levando em conta uma norma superior.

No caso da ADI 1642, julgada em 2008, questionava-se a constitucionalidade da alínea “d” do inciso XXIII do art. 62²⁷ da Constituição do Estado de Minas Gerais. O referido dispositivo condicionava o provimento de cargos de presidentes das entidades da administração pública indireta estadual à aprovação por parte da assembleia legislativa. O governador do Estado de Minas Gerais sustentou a inconstitucionalidade desse dispositivo, já que caberia ao chefe do executivo estadual, e não à assembleia legislativa, definir o provimento de cargos das entidades que compõem a administração pública. Essa determinação seria derivada dos arts. 2º e 60, §4º, III da CF/88²⁸. O STF determinou que se aplicasse a exigência de aprovação a apenas alguns órgãos da administração indireta, no caso às autarquias e fundações públicas, e às sociedades de economia mista e empresas públicas que prestassem serviço público, excluindo, portanto, as sociedades de economia mista e as empresas públicas que desempenhassem atividade estritamente econômica.

²⁷ Art. 62 – Compete privativamente à Assembléia Legislativa: (...) XXIII – aprovar, previamente, após arguição pública, a escolha: (...) d) dos Presidentes das entidades da administração pública indireta, dos Presidentes e dos Diretores do sistema financeiro estadual;

²⁸ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (...)

Art. 60 - § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
III - a separação dos Poderes;

Quando um documento normativo utiliza a expressão administração indireta, refere-se às pessoas jurídicas que têm o objetivo de desempenhar atividades administrativas de forma descentralizada, ou seja, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas (CARVALHO FILHO, 2016, p. 464-465). Nesse caso, o significado intensional seria composto por dois atributos: i) ser pessoa jurídica e ii) com o propósito de desempenhar atividades administrativas de forma descentralizada. O significado extensional seria composto por autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Importante ressaltar que as empresas públicas e sociedades de economia mista poderiam ser subdivididas em quatro grupos (ou subclasses): empresas públicas prestadoras de serviço público, empresas públicas que exercem atividade estritamente econômica, sociedades de economia mista que prestam serviço público e sociedades de economia mista que realizam atividade estritamente econômica.

Não há problemas ou qualquer discussão sobre quais são os atributos das entidades da administração indireta (significado intensional). Não há também qualquer divergência de que os objetos atingidos pelo uso do termo são as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas são aplicações (compõem o significado extensional) do termo administração indireta. E o STF decidiu que duas aplicações, ordinariamente reconhecidas do termo, eram inconstitucionais. Dimoulis e Lunardi, entretanto, afirmam que o referido caso é um exemplo de interpretação conforme a constituição (2013, p. 269). Reitere-se não há qualquer ambiguidade quanto ao significado da expressão “administração indireta”, não há a disputa sobre significados possíveis do documento normativo. Ao invés da eliminação de uma indeterminação, o que houve foi uma redução dos objetos atingidos, o que configuraria nulidade parcial sem redução de texto e não interpretação conforme.

Não seria uma exclusão de aplicação uma mera interpretação conforme também? Uma opção entre significados possíveis do documento normativo? Se não houver diferença entre determinação das propriedades de um termo e decisão sobre a ocorrência ou não de hipóteses contidas dentro de um termo cujas propriedades são comumente reconhecidas, realmente não faz qualquer sentido diferenciar interpretação conforme de inconstitucionalidade parcial sem redução.

E parece que é exatamente essa a posição do STF, ao invocar, por exemplo, uma “interpretação conforme a constituição sem redução de texto” (SILVA, 2006, p. 200). Gilmar Mendes afirma que na ADI 319 poderia ter sido aplicável tanto a interpretação conforme quanto a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (2012, p. 1819). O estranho é que Gilmar Mendes, tal como mencionado acima, afirma que nesse caso seria possível tanto a inconstitucionalidade parcial como a interpretação conforme, ou seja, que seriam intercambiáveis, mas não fornece nenhuma justificativa ou explicação para esse possível intercâmbio.

Na ADI acima mencionada, questionava-se, entre outros, o parágrafo 5º do art. 2º da Lei Federal 8039 de maio de 1990²⁹, que estabelecia critérios de reajustes de mensalidades escolares face ao princípio da irretroatividade da lei contido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. A Medida Provisória 183/1990 (MP), posteriormente convertida na Lei 8039 estabeleceu os critérios de reajustes das mensalidades foi promulgada ao final de março. A MP, publicada nos últimos dias de março, estabeleceu limites para reajuste não somente para os meses de abril, maio e subsequentes, mas também para o mês de março (praticamente finalizado). E em razão do dispositivo questionado, as mensalidades escolares cobradas em março e dos meses subsequentes que fossem incompatíveis com os parâmetros de reajuste deveriam ser compensadas na mensalidade de junho. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do dispositivo em relação a março, mas não aos outros meses.

Virgílio Afonso da Silva afirma que a interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto seriam diferentes em 4 (quatro) aspectos, respectivamente: aos juízes competentes para o controle difuso caberia realizar a interpretação conforme e não a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; a interpretação conforme é técnica de interpretação e a inconstitucionalidade parcial é resultado do controle de constitucionalidade; a interpretação conforme não exclui casos ou destinatários da norma enquanto a inconstitucionalidade parcial sim; a interpretação conforme tenta evitar a inconstitucionalidade em abstrato da norma, e a inconstitucionalidade parcial se dirige a uma aplicação em concreto (2006, p. 200-202).

²⁹ §5º do art. 2º - Por ocasião do pagamento das mensalidades de junho de 1990, será feita a compensação dos valores cobrados em desacordo com o valor-teto homologado para os meses de março, abril e maio, se houver.

1.3.5. O conceito de decisão manipulativa

Para os autores brasileiros, as decisões manipulativas seriam aquelas em que o órgão julgante não se limita somente a declarar a inconstitucionalidade, mas também modifica o ordenamento com o objetivo de harmonizá-lo com a constituição (MENDES e BRANCO, 2012, p. 1827; BRUST, 2014, p. 160-61; DIMOULIS e LUNARDI, 2013, p. 273; STRECK, 2014, p. 763).

Sobre as decisões manipulativas há pelo menos três pontos problemáticos: a definição do conceito, a sua legitimidade e correção e a falta de produção intelectual sobre elas. Primeiro: o que que significa modificar o ordenamento? Decidir entre dois significados diferentes não seria também modificar o ordenamento? Excluir uma aplicação não seria modificar o ordenamento? Essas perguntas de certa forma expressam a vagueza da definição das decisões manipulativas. Além da indefinição, o uso delas é muitas vezes considerado como ativismo judicial, atuação do judiciário com déficit de legitimidade e violação da separação de poderes. Os que tentam justificar a legitimidade ou a correção dessa técnica lançam mão de argumentos em prol do controle de constitucionalidade como um todo, tais como evitar abusos por parte de maiorias e exclusão de minorias nas decisões tomadas em sede legislativa (VARGAS, 2014, p. 103). A produção sobre elas na academia brasileira ainda não ganhou amplitude considerável (BRUST, 2014, p. 173) e não se tem conhecimento de nenhuma decisão do Supremo Tribunal Federal que tenha admitido expressamente se tratar de uma sentença manipulativa (TASCHETTO, 2016, p. 173).

Apesar de não terem uma definição muito precisa, as decisões manipulativas normalmente são divididas em duas subespécies, estas com uma descrição mais detalhada: aditivas e substitutivas³⁰.

As decisões manipulativas aditivas agregam conteúdo ao significado do preceito sem alterar o texto e são associadas a omissões inconstitucionais, situações em que o legislador não produz uma norma que deveria ter produzido (BRUST, 2014, p. 173; DIMOULIS e LUNARDI, 2013, p. 273; ISRAEL, 2014, p. 20; MIRANDA, 2013, p. 92).

³⁰ Importante ressaltar que alguns também incluem entre as decisões manipulativas, qualificando-as como redutivas, a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (BRUST, 2014, p. 166)

Uma maneira de representar argumentativamente as decisões manipulativas aditivas seria:

P1 – A constituição estabelece a norma W que determina X.

P2''' – A lei Y estabelece a norma Z, que determina O.

P3''' – Da determinação de O não se infere P, e a falta de P é incompatível com a determinação X da norma W na constituição.

P4 – Se houver incompatibilidade entre normas constitucionais e normas legais, alguma medida deve ser tomada.

C1''' – Logo, alguma medida deve ser tomada frente incompatibilidade existente entre a determinação X em W e a falta de P em O.

P6''' – Se não é possível inferir uma norma de outra, e essa falta de incidência é inconstitucional, deve o judiciário incluir essa incidência.

C2''' – Logo, O deve passar a ser inferido de P.

Imagine que numa escola existe a regra “Os alunos que trajarem o uniforme da escola poderão participar de passeios e atividades extraclasse”. Naquela localidade os uniformes somente são produzidos pelo próprio colégio. É uma prática muito comum que alunos secundaristas somente possam fazer passeios de uniforme, pois isso facilita a identificação dos mesmos fora do recinto do estabelecimento estudantil. Determinada professora resolve levar os seus alunos secundaristas a um passeio no zoológico, mas vários garotos foram recém-transferidos, adquiriram seu uniforme, mas ainda não o receberam porque a escola não recebeu dos fornecedores a malha para confeccionar os novos uniformes. Descrita a situação, pergunta-se: de acordo com a regra, os alunos que solicitaram o uniforme, mas ainda não o receberam, estão autorizados para ir ao passeio? A resposta correta é que não estão autorizados. Alguém poderia então perguntar: a regra deveria permanecer sem exceções? Provavelmente não. Deveria ser criada uma exceção para permitir aos alunos recém-transferidos que já adquiriram seu uniforme, sem tê-lo recebido, de participar do passeio. Mas essa exceção não fazia parte da regra. Essa inclusão de novas abrangências na autorização poderia ser considerada uma adição de significado, pois com ela outros sujeitos passaram a ser atingidos pela regra que não os atingia antes. Ou seja, a inclusão da exceção seria uma decisão manipulativa aditiva.

Um exemplo jurídico controverso de decisão manipulativa aditiva seria a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) alegou que a proibição e criminalização do aborto de fetos anencefálicos, decorrente dos artigos

124, 126, e a não inclusão do caso nas exceções constantes do 128 do Código Penal Brasileiro³¹, que permitia as condutas em caso de risco de morte ou de gravidez decorrente de estupro, seriam contrárias à determinação de proteção da dignidade da pessoa humana, da liberdade e do direito à saúde, decorrentes dos arts. 1º, III, 5º, II, 6º e 196 da CF88³². Em outros termos, como não era possível inferir das proibições constantes dos arts. 124 e 126, e das permissões constantes do art. 128 que o aborto de feto anencefálico não era crime, haveria uma contrariedade às determinações constitucionais. O STF acolheu o pedido e determinou que a criminalização de interrupção de gravidez de feto anencefálico seria inconstitucional, excluindo, portanto, a criminalização nesse caso. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 1317) consideram esse um exemplo de invocação de interpretação conforme em que houve na verdade uma decisão manipulativa aditiva.

Para Léo Brust, outro exemplo seria a decisão na ADI 939, em que o STF declarou como inconstitucionais os arts 3º, 4º e 8º da Lei Complementar 77, por não excluir da incidência do Imposto sobre Movimentações Financeiras (IPMF) as pessoas jurídicas de direito público e as demais entidades imunes, cuja proteção contra tributação está prevista nas alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do inciso VI do art. 150³³ da Constituição Federal (2014, p. 175). Como a lei não excluiu as

³¹ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.(...)

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. (...)

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

³² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)

"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação anterior à EC 90) (...)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³³ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
b) templos de qualquer culto;

entidades imunes da tributação e o julgamento do STF o fez, teria havido a inclusão de nova exceção, ou seja, uma adição de significado.

Apresentados os dois exemplos acima, questiona-se: houve adição de significado ou redução? A questão poderia ser compreendida de duas maneiras: se há uma regra que se aplica a todos e há uma exclusão de que determinados sujeitos possam ser atingidos pela regra, isso é na verdade uma redução de aplicações (inconstitucionalidade parcial sem redução). Porém, pode-se também afirmar que houve uma ampliação dos casos de exceção e, portanto, isso caracterizaria uma adição de significado. Em outras palavras, se considerar o não atingimento das entidades imunes, isso pode ser tanto uma redução das aplicações da regra geral quanto uma inclusão de uma nova exceção. Nesse caso específico, a decisão manipulativa aditiva parece ser intercambiável com a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Tanto que há considerações no sentido de que o efeito redutivo pode tanto restringir quanto ampliar o âmbito de previsão da norma que subsiste agregada ao enunciado normativo, e que haveria uma nova subclassificação: decisões manipulativas redutivas puramente subtrativas (ou redutivas em sentido estrito) e sentenças redutivas com efeitos aditivos (MORAIS, 2011, p. 404). Independentemente dessa subclassificação ser útil ou não, adequada ou não, ela sugere que tratar as decisões redutivas (inconstitucionalidade parcial sem redução) e as decisões aditivas a partir da eliminação ou adição de significado não fornece critério seguro para diferenciá-las.

Alguns autores indicam que as decisões manipulativas aditivas teriam a finalidade de lidar com omissões inconstitucionais. Estas últimas são ordinariamente identificadas como falta ou ausência de lei ou atuação administrativa, essencial para a realização de norma constitucional ou de satisfação de direito fundamental (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015; MENDES e BRANCO, 2015)³⁴. Mas há versões que consideram omissão

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

³⁴ Mas há outras versões sobre o que seriam omissões de omissões constitucionais, que tornariam ainda mais amplo o âmbito de aplicabilidade das decisões manipulativas aditivas. Para Ademar Borges de Sousa Filho, a omissão legislativa inconstitucional não seria dependente do descumprimento de um dever expresso de legislar, mas sim da criação de uma situação jurídico-social contrastante com as normas constitucionais, com deficiência de proteção de direitos

inconstitucional toda e qualquer falta de atuação pública que gera consequências inconstitucionais (SOUSA FILHO, 2016). Se os atributos da omissão inconstitucional também são polêmicos, a identificação do mecanismo hábil para lidar com ela também se torna mais complexa.

Quanto às decisões manipulativas substitutivas, substituiriam o conteúdo normativo inconstitucional por outro, tornando a norma constitucional (BRUST, 2014, p. 177; DIMOULIS e LUNARDI, 2013, p. 276). Uma maneira de representar argumentativamente as decisões manipulativas substitutivas seria:

P1 – A constituição estabelece a norma W que determina X.

P2 – A lei Y estabelece a norma Z que determina não-X.

P3 – Z é contrária à constituição.

P4 – Se houver incompatibilidade entre normas constitucionais e normas legais, alguma medida deve ser tomada.

C1 – Logo, alguma medida deve ser tomada frente à incompatibilidade existente entre a norma X e a norma Z.

P6'''' – Se a exclusão de uma norma inconstitucional for mais prejudicial que a sua alteração, essa norma deve ser alterada.

P6.1 – A exclusão de Z é mais prejudicial que sua alteração.

C2'''' – Logo Z deve ser alterada e não excluída.

Imagine que em determinado condomínio habitacional com mais de 500 (quinhentas) unidades tem a seguinte regra em sua convenção: “Os moradores estão proibidos de utilizar a piscina no período noturno (das 22 às 6 horas).” Imagine que após várias reclamações e disputas entre os moradores sobre a adequação da regra às necessidades dos usuários, o conselho de condôminos, um órgão composto por moradores destinado a resolver conflitos e sem poderes para alterar a convenção altera o horário de proibição, decidindo que a piscina ficaria proibida aos moradores no período da tarde, entre 13 e 15 horas, para limpeza. O que ocorreu foi a substituição de uma proibição por outra completamente diferente. Não havia incerteza ou dúvida sobre o que a convenção determinava, mas sim um juízo de que a determinação inicial era inadequada e que deveria ser afastada. Entretanto, somente o afastamento da proibição não era suficiente, já que algum tipo de regramento deveria existir sobre o tema. Nesse caso, o conselho estabeleceu outro regramento no lugar, mesmo que não tivesse poderes para escrevê-lo na convenção.

fundamentais, ou seja, consequências normativas contrárias à constituição em razão de inércia legislativa (2016, p. 40)

O caso representativo de uma sentença substitutiva, de acordo com Leo Brust (2014, p. 180), seria a ADI 2652. A Associação Nacional dos Procuradores de Estado (ANAPE) alegava que o parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil de 1973³⁵, incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001, imunizava apenas os advogados que se sujeitavam “*exclusivamente ao estatuto da OAB*” quanto à aplicação de multa por obstrução de justiça, excluindo, portanto, os advogados públicos, já que esses se sujeitavam ao estatuto da OAB, mas também à lei regulamentadora dos seus cargos. Segundo a ANAPE, esse tratamento diferenciado não teria qualquer justificativa, já que as atividades processuais eram exatamente as mesmas, o que seria uma violação da exigência constitucional de isonomia presente no art. 5º caput e inciso I da Constituição Federal³⁶. O STF então estabeleceu que a imunidade também atingiria os advogados públicos, em detrimento de ressalva expressa na determinação no dispositivo. Ou seja, o referido dispositivo determinava que apenas os advogados vinculados exclusivamente à OAB seriam protegidos pela imunidade. O STF retirou essa exclusividade e ampliou a imunidade a outros advogados, no caso os advogados públicos.

1.3.6. Estrutura comparativa das espécies

Considerar as diferenças entre as espécies não é simples, pois a doutrina as confunde e a jurisprudência do STF as despreza. Isso prejudica o conhecimento e avaliação das decisões, além de dificultar a operacionalização de alguns institutos da jurisdição constitucional brasileira. O quadro abaixo foi construído a partir da diferenciação entre as espécies, decorrente das propriedades enunciadas nos itens anteriores.

³⁵ Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

³⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Inconstitucionalidade Simples	Interpretação conforme	Decisão Manipulativa Redutiva (Inconstitucionalidade parcial sem redução)	Decisão Manipulativa Aditiva	Decisão Manipulativa Substitutiva
P1 – A constituição estabelece a norma W que determina X.	P1 – A constituição estabelece a norma W que determina X.	P1 – A constituição estabelece a norma W que determina X.	P1 – A constituição estabelece a norma W que determina X.	P1 – A constituição estabelece a norma W que determina X.
P2 – A lei Y estabelece a norma Z que determina não-X.	P2' – A lei Y estabelece a norma Z, que tem como significado possível Z ¹ e Z ² .	P2'' – A lei Y estabelece a norma Z, que tem como aplicações possíveis “a”, “b”, “c”.	P2''' – A lei Y estabelece a norma Z, que determina O.	P2 – A lei Y estabelece a norma Z que determina não-X.
P3 – Z é contrária à constituição.	P3' – O significado Z ² da norma Z é incompatível com a exigência de X.	P3'' – a aplicação “a” da norma Z é contrária à norma X da constituição.	P3''' – Da determinação de O não se infere P, e a falta de P é incompatível com a determinação X da norma W na constituição.	P3 – Z é contrária à constituição.
P4 – Se houver incompatibilidade entre normas constitucionais e normas legais, alguma medida deve ser tomada.	P4 – Se houver incompatibilidade entre normas constitucionais e normas legais, alguma medida deve ser tomada.	P4 – Se houver incompatibilidade de entre normas constitucionais e normas legais, alguma medida deve ser tomada.	P4 – Se houver incompatibilidade e entre normas constitucionais e normas legais, alguma medida deve ser tomada.	P4 – Se houver incompatibilidade entre normas constitucionais e normas legais, alguma medida deve ser tomada.
C1 – Logo, alguma medida deve ser tomada frente à incompatibilidade existente entre a norma X e a norma Z.	C1' – Logo, alguma medida deve ser tomada frente à incompatibilidade existente entre a norma W que determina X e o significado possível Z ² da norma Z.	C1'' – Logo, alguma medida deve ser tomada frente à incompatibilidade existente entre a norma X e a aplicação “a” da norma Z.	C1''' – Logo, alguma medida deve ser tomada frente à incompatibilidade existente entre a determinação X em W e a falta de P em O.	C1 – Logo, alguma medida deve ser tomada frente à incompatibilidade existente entre a norma X e a norma Z.

P6 - Se uma norma é inconstitucional, ela deve ser excluída do sistema	P6' – Se há mais de um significado possível para uma norma, e um desses é incompatível com a constituição, o significado incompatível deve ser excluído, mas o outro não.	P6'' – Se apenas a aplicação de uma norma é incompatível com a constituição, apenas essa aplicação deve ser excluída, mas a outra não.	P6''' – Se não é possível inferir uma norma de outra, e essa falta de incidência é inconstitucional, deve o judiciário incluir essa incidência.	P6'''' – Se a exclusão de uma norma inconstitucional for mais prejudicial que a sua alteração, essa norma deve ser alterada.
P3 – Z é contrária à constituição.	P3' – O significado da norma Z ² é incompatível com a exigência de X.	P3'' – a aplicação “a” da norma Z é contrária à norma X da constituição.	P3''' – Da determinação de O não se infere P, e a falta de P é incompatível com a determinação X da norma W na constituição.	P6.1 – A exclusão de Z é mais prejudicial que sua alteração.
C2 - Logo W deve ser excluída do sistema	C2 – Logo, o significado Z ² da norma Z deve ser excluído.	C2'' – Logo, apenas a aplicação “a” da norma Z deve ser excluída do ordenamento.	C2''' – Logo, O deve passar a ser inferido de P.	C2'''' – Logo Z deve ser alterada e não excluída.

Ao observar o quadro acima, é possível perceber que a diferença entre a inconstitucionalidade simples, a interpretação conforme e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto reside na formulação de P2, P2' e P2''. Na inconstitucionalidade simples (P2) há uma relação de contrariedade entre o significado da norma infraconstitucional e o da constituição; na interpretação conforme (P2') há uma contrariedade entre um dos significados possíveis da norma infraconstitucional e a constituição; e na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (P2'') há uma contrariedade entre uma das aplicações da norma infraconstitucional e a constituição.

Mas como saber que há mais de um significado possível para um mesmo documento normativo? A depender do padrão de identificação do significado, do mecanismo que se identifica como significado e como ele pode ser verificado, é possível discernir quando há mais de um significado possível.

E especificamente quanto a P3, presente na inconstitucionalidade simples e nas decisões manipulativas substitutivas, e P3''', presente na decisão

manipulativa aditiva, não há qualquer questão. O problema não é o significado da legislação, mas a relação de contrariedade desse significado com a determinação da constituição e o que deve ser feito a partir disso, ou seja, como P6, P6'' e P6''' podem ser justificadas. O que poderia fundamentar a opção entre a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo por si só, ou a inclusão de novos fatos a serem abarcados pelo dispositivo, ou a substituição do significado do dispositivo por outro? Faltam considerações sobre se são justificadas e o que justifica ou não a opção entre as medidas.

1.4. Conclusões parciais

Até esse ponto, podem ser sintetizadas as seguintes questões a respeito da interpretação conforme, inconstitucionalidade ou nulidade parcial sem redução de texto, decisão manipulativa aditiva e decisão manipulativa substitutiva. Primeiro, não há uma definição muito precisa sobre o que seria significado da norma legal para caracterizar interpretação conforme. Segundo, a diferença entre interpretação e aplicação de norma, por mais que seja utilizada para diferenciar as categorias, parece não ser tratada com a devida relevância pelos tribunais e doutrina pátria. Terceiro, a opção entre a declaração da inconstitucionalidade, a decisão manipulativa aditiva e decisão manipulativa substitutiva não é adequadamente justificada. Quarto, a diferenciação entre decisão manipulativa aditiva e nulidade parcial sem redução de texto parece inexistir, pelo menos para alguns casos, quando se leva em conta a relação entre regra e exceção.

2. Alguns aspectos da Linguagem relevantes para o Direito

A partir das considerações feitas às espécies de decisões interpretativas no capítulo anterior, um aspecto deve ser ressaltado: o significado. Todas as espécies se relacionam, de alguma forma, com o significado. E para abordá-lo, algumas considerações se relacionam com a linguagem.

Irei considerar que os significados dos documentos normativos são relevantes para o direito, e em seguida, passo a tratar da identificação do significado na filosofia da linguagem, mesmo que superficialmente. O objetivo desse capítulo é fornecer elementos para considerações sobre o significado no direito, no capítulo seguinte.

2.1. Direito e o significado dos documentos normativos

A interpretação conforme é a opção entre dois ou mais significados normativos, eliminando aqueles que são incompatíveis com a constituição; a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é a exclusão de uma aplicação de determinada norma; e as decisões manipulativas são ajustes (ampliação ou substituição) da norma no caso concreto.

Alguns autores afirmam que a declaração da inconstitucionalidade da lei é a última solução (*ultima ratio*) e sofre de problemas de justificação do *judicial review*, especialmente quanto à separação de poderes³⁷, o que não ocorreria com as decisões interpretativas, já que estas manteriam a lei, objeto do legislador, e limitar-se-iam à atividade do juízo de interpretar a lei (ZAGREBELSKY e MARCENO, 2012, p. 341). Mas esse tipo de abordagem sofre um problema evidente: a falta de delimitação de método claro e preciso sobre os limites da identificação do significado dos documentos normativos e da vinculação do juízo na tomada de decisão.

No controle de constitucionalidade é possível identificar três etapas a serem realizadas pelo juízo: a identificação da norma³⁸, a apreciação da conformidade

³⁷ Noção de separação clássica, em que cabe ao juiz identificar a norma e ao legislador criá-la.

³⁸ Estou tratando identificação da norma e identificação do significado do documento normativo como sinônimos nesse caso. A similaridade é extremamente questionável, mas não há tempo hábil a desenvolvê-la.

com a constituição e decisão sobre a contrariedade ou não (MIRANDA, 2013, p. 71)³⁹. Se o juízo não tem limites ou critérios precisos para identificar qual é o significado do documento normativo, ou se cabe a ele definir esses limites, não faz muito sentido dizer que há uma manutenção da lei ou mesmo um respeito a ela. Parece ser por isso que há tanta confusão na identificação de quando se está diante de uma interpretação conforme a constituição, ou de uma inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ou uma sentença manipulativa aditiva, ou substitutiva.

Por exemplo, ao identificar o processo de tomada de decisão relativo a interpretação conforme, Dimoulis e Lunardi afirmam que deve-se primeiro, constatar a multiplicidade de interpretações da norma (tratamos como multiplicidade de significados), segundo, constatar a coexistência de interpretações contrárias e compatíveis com a constituição e terceiro, excluir interpretações incompatíveis (DIMOULIS e LUNARDI, 2014, p. 408). Para tanto, menciona a ADI 1642⁴⁰:

Poderiam estar englobados no processo de aprovação pela Assembleia Legislativa os Presidentes a) das empresas estatais prestadoras de serviço público, b) das sociedades de economia mista, c) das empresas que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito, d) das autarquias e fundações públicas. Respondendo afirmativamente em todos esses casos, teríamos a versão interpretativa mais ampla do termo “Administração Pública indireta”. Excluindo certas categorias temos interpretações mais restritivas.

O STF considerou que somente a categoria “d” deve ser incluída, pois uma interpretação mais ampla da cláusula “Administração Pública indireta” seria contrária à Constituição Federal. Utilizou para tanto dois argumentos. Primeiro, a interpretação ampla limitaria o poder do Chefe do Executivo estadual para escolher os mais indicados para cargos de chefia na Administração Pública, ferindo-se o mandamento da separação de poderes no aspecto da independência de cada Poder (artigos 2º e 60 §4º, da Constituição Federal).

Segundo, a aprovação obrigatória de todos os Presidentes das empresas relacionadas com o setor público conflita com o art. 173, §1º da Constituição Federal, que estabelece o regime jurídico privado para as empresas não estatais que exercem atividade econômica relacionada com o setor público.

Em razão da presença de múltiplas interpretações, algumas das quais conflitavam com a Constituição Federal, o STF recorreu à interpretação conforme. Julgou o pedido da ADIn parcialmente procedente, dando interpretação conforme a Constituição Federal ao mencionado artigo da Constituição estadual (DIMOULIS e LUNARDI, 2014, p. 413).

³⁹ Na verdade, o terceiro poder é o de não aplicar uma norma se após ela ser identificada, for desconforme. Entretanto, para efeitos de explicação, tratei como mais amplo porque a não aplicação será abordada adequadamente adiante.

⁴⁰ Abordada também no primeiro capítulo.

O autor argumenta como se “administração indireta” fosse um termo indeterminado, sobre o qual tivéssemos dúvida sobre o seu significado, ou seja, diferentes critérios para identificar o que está sendo dito. Isso não é adequado, tal como visto, pois ‘administração indireta’ não é um termo indeterminado no direito brasileiro⁴¹.

Em alguns casos, invocada a interpretação conforme, o que ocorre é, arbitrariamente, uma verdadeira substituição do significado do documento normativo pelo significado da decisão judicial, ou seja, uma substituição do significado que normalmente seria atribuído ao documento normativo por um outro que não seria tão evidente (MORAIS, 2011, p. 297; SCHAUER, 1995).

O julgamento das ADCs 43 e 44, decorrentes do *Habeas Corpus* (HC) 126.292 e julgadas pelo STF em 2016, pode demonstrar isso. O relator do processo era o Ministro Marco Aurélio, mas a decisão foi fundamentada pelos termos do voto divergente do Ministro Edson Fachin. Estava em questão a constitucionalidade da execução de sentença criminal antes do trânsito em julgado definitivo da sentença condenatória a partir da condenação em segunda instância. Um ponto fulcral do julgamento foi a afirmação de que, tal como no HC 126.292, a execução após segunda instância não seria contrária à determinação constante no artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)⁴². Para o Ministro Fachin, o art. 283 do CPP não proibiria todas as espécies de prisão, autorizando excepcionalmente as de flagrante, temporária, preventiva e decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. Isto porque outras espécies de prisão previstas em diferentes documentos normativos estariam permitidas, tal como a prisão em decorrência de inadimplemento de pensão alimentícia e a prisão administrativa decorrente de infração militar. Ademais, haveria exceções em outras regras, tal como no art. 637 do CPP em combinação com artigo 995 e §5º do artigo 1029 do Novo Código de Processo Civil, quais em conjunto confeririam apenas efeito devolutivo (e não suspensivo) aos recursos extraordinário e especial. A conclusão foi a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, conferindo-lhe

⁴¹ Se administração indireta fosse uma expressão indeterminada, por exemplo, juízes e demais aplicadores tenderiam a utilizar-se de critérios diferentes ou discordar em geral sobre o que ele significa, o que provavelmente gerariam decisões estipulando propriedades completamente diferentes pros termos.

⁴² Art. 283 - Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

interpretação conforme a constituição, e excluindo o entendimento de que proibiria a execução de pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

Parte dessa questão não tem qualquer relação com questões linguísticas, mas sim políticas, relacionadas ao ativismo judicial, judicialização da política e outros relevantíssimos fenômenos que não pretendo abordar. Outro ponto que desconsidero, pelo menos nesse ponto, é a incidência das regras do Novo Código de Processo Civil sobre os processos penais. Ressaltados esses aspectos que não serão abordados, soa trivial afirmar que, ao se realizar uma leitura do artigo 283 do Código de Processo Penal, o referido artigo veda a execução de pena enquanto pendente qualquer recurso.

Seria realmente possível afirmar que o referido dispositivo é compatível com a prisão por sentença condenatória após segunda instância, sem o trânsito em julgado? A resposta a essa pergunta é difícil por uma simples razão linguística (e metodológica): a invocação da interpretação conforme e das outras decisões manipulativas não se repousa em critérios muito bem definidos sobre qual significado é impossível de ser inferido do documento normativo, e qual é razoavelmente possível (SCHAUER, 1995). Não é possível extrair a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, essa não é uma interpretação⁽¹⁾⁴³ possível.

Como não existe esse cuidado por parte dos doutrinadores, uma incursão na filosofia da linguagem pode ser útil a desembaraçar a questão do que é e o que não é linguisticamente possível. E essa abordagem se torna mais relevante quando alguns autores afirmam que as fontes do direito, tais como os dispositivos legais, não são equiparados às normas jurídicas, que há uma “cisão entre disposição e norma” - doravante CDN (ZAGREBELSKY e MARCENO, 2012, p. 363; SHECAIRA, 2014).

Apesar da cisão, é importante delimitar se há e em caso positivo, qual é a relevância do significado dos textos na identificação da norma. Assumindo que existe realmente a cisão entre texto e norma, é possível formulá-la de duas maneiras: o significado dos documentos normativos não tem importância para identificar a norma jurídica aplicável ao caso (CDN1); ou o significado do documento normativo é importante para identificar a norma jurídica aplicável ao

⁴³ Tratarei da diferenciação entre interpretação¹ e interpretação² no terceiro capítulo. Resumidamente, a interpretação¹ é relacionada a identificação do documento normativo e a interpretação² à consideração se significado do documento normativo decidirá ou não o caso.

caso (CDN2). Não há outra possibilidade de explicação quanto à relevância do significado dos documentos normativos: ou são relevantes, ou não são. E eles são (ou seja, CDN1 é falsa). É que se CDN1 fosse verdadeira, a atividade do legislativo de produzir documentos normativos e todas as decisões judiciais que se fundamentam num documento normativo (mesmo que precariamente, em conjunto com outros fatores) seriam inúteis. A questão seria, portanto, quanto o significado do documento normativo interfere na decisão jurídica. Ou seja, apesar de os documentos normativos comunicarem algo, e poderem eventualmente ser relevantes para o estabelecimento das obrigações legais, a intensidade da sua relevância permanece como um problema ainda aberto.

O estudo da linguagem pode ser importante em ajudar e clarificar as distinções (o que o legislativo disse, o que comunicou, o que pretendia, o significado público do texto legislativo, e em que jeito o legislativo pretendia modificar o conteúdo do direito), mas além do papel de fornecer informações, não tem nada a dizer se e como a linguagem constitui a contribuição da legislação para o direito⁴⁴ (GREENBERG, 2011, p. 221).

E adiciono a isso uma consideração técnica: o controle de constitucionalidade brasileiro é realizado levando em conta a compatibilidade da legislação com a constituição⁴⁵. Como os documentos normativos são, pelo menos a princípio, o objeto do controle de constitucionalidade, a consideração sobre o seu significado pode levantar aspectos interessantes sobre o *judicial review* no Brasil.

Para determinar a sua relevância, entretanto, primeiro é necessário estabelecer o que é o significado. Não é nem poderia ser algo completamente arbitrário: se o sistema jurídico em parte opera a partir da linguagem dos documentos normativos, eventuais questões sobre a linguagem em geral vão refletir sobre o funcionamento do sistema (STRUCHINER, 2001). E o significado é exatamente um dos pontos centrais da análise da linguagem.

⁴⁴ Tradução livre de: The study of language can be important in helping us to make and clarify such distinctions, but beyond this information-providing role, it has nothing to say about which, if any, of these candidates constitutes a statute's contribution to the law. The communication theory therefore lacks the resources to say what any statute's contribution is.

⁴⁵ Existem muitas divergências sobre o que é o direito. Apesar de ser uma questão extremamente importante e relevante, não pretendo discuti-la. Isso não significa, entretanto, que não haja uma posição assumida quanto a isso. O direito é uma prática social normativa, mantida por instituições que conferimos autoridade para fazê-lo. De outra forma, ordinariamente, o direito é o conjunto de normas derivados dos documentos normativos (legislações, decretos e outros regulamentos, decisões judiciais), produzidos pelos oficiais que concedemos poder para isso (legislativo, executivo, judiciário).

Porém, o tratamento da identificação do significado é algo completamente problemático ao se levar em conta as teorias jurídicas. Imagine a regra “São proibidos veículos no parque” (HART, 1958, p. 606; SCHAUER, 2008). O que essa regra nos diz? Patinetes e bicicletas estão proibidos de entrar no parque? O automóvel do guarda do parque pode ficar estacionado dentro do parque enquanto ele trabalha? E um cadeirante, poderia passear no parque com sua cadeira de rodas ou somente poderia entrar sem ela? O que conta como veículo? Está se fazendo referência a todos os parques do mundo, aos parques de um país, ao parque de uma cidade, ou somente a um?

As pessoas poderiam responder a essas questões de maneiras diferentes, utilizando vários critérios e atingindo resultados diversos. Independentemente disso, quase todas elas se baseariam em alguma intuição ou conhecimento, mesmo que inconsciente, sobre como a linguagem funciona para responder. Ressalto, novamente, que a linguagem é um aspecto importante da avaliação sobre o que os documentos normativos nos dizem e conseqüentemente sobre a interpretação conforme e as decisões manipulativas.

Para estabelecer algum terreno comum sobre isso, será necessário tratar do significado em relação à linguagem e em relação aos documentos normativos. Mas a questão do significado e sobre como funciona a linguagem não é tão simples, e na verdade, talvez seja tão polêmica quanto (ou mais do que) a questão da atividade jurisdicional. Antes de tratar do significado e da interpretação jurídica, neste capítulo vou estabelecer algumas concepções triviais no campo da filosofia da linguagem sobre o significado e sobre a comunicação. Parte dessas considerações serão importantes para a abordagem da interpretação jurídica no próximo capítulo.

2.2. Significado, semântica e pragmática

Quando escrevemos determinados símbolos com tinta num papel, tipo “a”, “força”, “Humberto” ou produzimos determinados sons, normalmente através das nossas cordas vocais, podemos produzir alguma informação, alguma mensagem linguística ou não. Mas que significado é esse? Como identificá-lo?

Filósofos da linguagem abordam diversas questões relacionadas ao significado: sobre a possibilidade ou existência do significado, as condições de verdade, como explicá-lo etc. Dentre várias questões, os autores dividem-se entre atribuir conteúdo semântico às expressões de uma linguagem ou se preocupar com os fatos que produzem o conteúdo semântico dessas expressões em situações concretas, tal como o estado mental de agentes que as utilizam (SPEAKS, 2016).

A divisão do estudo da linguagem é classicamente tratada entre sintaxe, semântica e pragmática (MARCONDES, 2005, p. 12). De acordo com a divisão tradicional, *“a sintaxe examina as relações entre os signos, a semântica estuda a relação dos signos com os objetos a que se referem e a pragmática diz respeito à relação dos signos com seus usuários e como estes os interpretam e os empregam”* (MARCONDES, 2005, p. 12). De maneira mais específica, *“a semântica é o estudo do significado dos signos linguísticos, de seu modo de relação com os objetos a que se referem e do valor de verdade das sentenças em que se articulam e que se referem a fatos na realidade”*, ou seja, *“o conteúdo significativo dos signos”* (MARCONDES, 2005, p. 13).

Quando se menciona o aspecto do contexto, passa a ser inteligível a diferença clássica entre abordagens semântica e pragmática. A primeira estaria preocupada basicamente com o que os termos e as sentenças dizem, com as propriedades e tipos das expressões. A segunda, com os proferimentos, ou seja, o comportamento humano que envolve linguagem em determinados contextos (KORTA e PERRY, 2015).

Atuando nesses campos acima mencionados, filósofos da linguagem e linguistas muitas vezes utilizam a expressão “significado” de uma maneira completamente distinta, o que potencializa incompreensão e inúmeros debates. Podem, por exemplo, estar tratando do significado natural e não natural, do sentido ou da referência, do significado do falante (ou proferimento) ou do significado da sentença (BIRNER, 2013). Para efeitos de elucidação, considero essas diferenças daqui em diante.

Quanto à diferença entre significado natural e significado não natural, observe as seguintes sentenças (BIRNER, 2013, p. 22):

1. (A) A batida do trovão significa que a chuva está vindo.

(B) Indômito significa “arrogante e desdenhoso”.⁴⁶

No primeiro temos um significado natural, o fenômeno “batida do trovão” é um indício de chuva, e esse indício nos é transmitido independentemente de qualquer convenção ou intenção humana, uma correlação causal entre dois eventos; já no segundo, há uma convenção social e de acordo com essa convenção, o termo “indômito” deve ser utilizado para se dizer “arrogante e desdenhoso” (BIRNER, 2013, p. 22-23).

Quanto à diferença entre sentido e referência, observe as seguintes sentenças (BIRNER, 2013, p. 23):

2. (A) Indômito significa “arrogante e desdenhoso”.

(B) Quando a juíza solicita que o réu se levante, ela significa você.⁴⁷

O sentido, tal como na afirmação 2 (A), é relacionado à regra ou convenção de que usar a expressão “indômito” é o mesmo que usar as expressões “arrogante” e desdenhoso”, ou seja, os critérios para identificar o que significa indômito são, aparentemente, os mesmos que para as outras duas palavras. A referência, tal como em 2 (B), trata-se de qual entidade particular está sendo utilizada para se referir, para apontar ao se utilizar um determinado termo (BIRNER, 2013, p. 23). Geralmente o sentido é tratado como independente do contexto, enquanto a referência depende de informações contextuais (BIRNER, 2013, p. 23).

Quanto à diferença entre significado do falante e significado da sentença, observe as seguintes sentenças (BIRNER, 2013, p. 24):

3 (A) Eu estou com frio.

4 (A) Feche a janela.

(B) Traga-me um cobertor.

(C) Desligue o ar condicionado.

(D) Chegue mais perto.

(E) O aquecedor está quebrado de novo.

(F) Vamos pra casa.[proferido na praia]⁴⁸

⁴⁶ Tradução livre de: 1 (A) The clap of thunder means rain is coming.

(B) Supercilious means “arrogant and disdainful”.

⁴⁷ Tradução livre de: 2 (A) Supercilious means “arrogant and disdainful”.

(B) When the judge asks the defendant to rise, she means you.

⁴⁸ Tradução livre de: 3 (A) I’m cold.

4 (A) Close the window.

(B) Bring me a blanket.

(C) Turn off the air conditioner.

(D) Snuggle up closer.

Quando se leva em conta 3(A), o significado da sentença é que o falante está com frio, mas poderia também significar outra coisa além do significado da sentença, tal como as versões de 4 (A, B, C, D, E, F) (BIRNER, 2013, p. 24).

Independentemente dessa dificuldade de delimitação dos campos de investigação, percebe-se que existe uma diferença entre a delimitação dos conteúdos significativos das expressões e a análise do proferimento concreto, ou seja, da linguagem em uso. De maneira geral, a semântica se preocupa com os conteúdos significativos, e a pragmática, com a linguagem em uso.

Mas uma abordagem pragmática pode ser realizada de pelo menos duas maneiras: ressaltando os efeitos do contexto sobre o aspecto semântico, que se denomina contextualismo; ou abordando a linguagem enquanto ação, que se denomina performativa (MARCONDES, 2005, p. 15). É possível tanto explorar os significados, quanto o contexto e as intenções do falante e também é possível transmitir a mesma mensagem de várias maneiras diferentes, e levando em conta diferentes aspectos do dito.

Se levo em conta a regra “São proibidos veículos no parque”, questiona-se: em qual parque? Em todos os parques do mundo? Em todos os parques do Brasil? Do Rio de Janeiro? Do Catete? Ou um parque específico? E, ademais, quando utilizamos “os gregos derrotaram os persas em Plateia” e “os persas foram derrotados pelos gregos em Plateia”, apesar do conteúdo informacional ser o mesmo, a mudança gramatical parece sugerir uma diferença de intenções do falante: reforçar o aspecto de vitória dos gregos, ou o aspecto de derrota dos persas, respectivamente (PENCO, 2006, p. 129).

Apesar dessa ramificação, nada incontroversa da pragmática, reconhece-se que há a diferença entre o que é dito e o que se deixa a entender. Em abordagens clássicas, “o que é o dito” decorre do significado dos termos contidos nas expressões e das regras para estruturar esses termos em sentenças. “O que se deixa a entender” decorre de maiores informações, como as intenções do falante, aspectos contextuais, entre outros.

(E) The heater is broken again.

(F) Let's go home. [uttered, say, at the beach]

2.2.1. Da abordagem semântica

As abordagens semânticas repousam-se sobre as propriedades dos tipos de expressões, propriedades⁴⁹ essas que seriam comuns a inúmeros contextos (ou talvez todos).

Imagine o termo ‘‘livro’’. Nas abordagens semânticas as questões seriam relativas a quais propriedades são atribuídas ao termo, saber se um determinado objeto é ou não uma instância, um ‘‘livro’’. Quando se fala de livros, trata-se de um objeto com os seguintes constituintes: conjunto de folhas impressas, reunidas em um volume encadernado ou brochado, que transmitem algum tipo de mensagem⁵⁰. Veja o quadro abaixo:

	Conjunto de folhas	Na forma de encadernação ou brochura	Transmite mensagem
Livro	+	+	+

Já os lembretes são uma mensagem transmitida através de uma folha. Se fôssemos, por exemplo, comparar livro com recado provavelmente essas propriedades (e outras) seriam relevantes:

	Conjunto de folhas	Na forma de encadernação ou brochura	Transmite mensagem
Livro	+	+	+
Lembretes	-	-	+

Como se pode observar, lembretes não têm duas propriedades que os objetos identificados como livros têm: não são um conjunto de folhas, reunidos sob a forma de encadernação ou brochura (apesar de ser algo que transmite uma mensagem).

⁴⁹ Assumo que essas propriedades são estabelecidas socialmente pela comunidade de falantes de determinada língua e geralmente têm uma certa estabilidade que pode ser observada em usos regulares. Desconsidero qualquer tipo de essencialismo quanto à essas propriedades.

⁵⁰ As propriedades atribuídas ao termo foram estipuladas de acordo com as minhas experiências, para efeitos do exemplo. Não significa que são as propriedades adequadas, ou que estão reunidas todas as propriedades.

Mas essa identificação de propriedades nem sempre é simples. Imagine a expressão “livro digital”⁵¹. Quais seriam suas propriedades? Poderia estabelecer que as propriedades dos objetos apontados quando se usa a expressão “livro digital” seriam: mensagem, em um conjunto de folhas, que pode ser lido em equipamentos eletrônicos. Logo poderíamos apresentar o quadro da seguinte maneira:

	Conjunto de folhas	Na forma de encadernação brochura	de ou Transmite mensagem	Lida em equipamentos eletrônicos
Livro	+	+	+	-
Lembrete	-	-	+	+
Livro Digital	+	-	+	+

Quando se observa o quadro, percebe-se que livro digital tem semelhanças com as propriedades dos objetos identificados por “livros”, mas também com as propriedades dos objetos identificados por “lembretes”. Alguns diriam que a expressão “livro digital” serviria apenas para identificar uma espécie de livro, enquanto outros diriam que é apenas mais uma forma de mensagem parecida, mas não igual ao lembrete, e que teve seu rótulo estipulado de maneira semelhante ao rótulo de outro objeto.

O exemplo acima remonta à ideia de semelhança de família, abordada por Wittgenstein no § 66 de *Philosophical Investigations* (2009, p. 36; PENCO, 2006, p. 146). Ao considerar o conceito de “jogo”, percebe-se que vários objetos chamados jogos têm similaridades, mas não o mesmo conjunto de propriedades.

Muitas vezes várias exemplificações de um conceito têm parentesco entre si como os membros de uma família: alguns têm certas características em comum com os outros, mas não se diz que haja uma característica comum a todos os membros da família. (PENCO, 2006, p. 146)

Além de relacionar com abordagens prototípicas, as semelhanças de família têm relação com um fenômeno importante: a polissemia, ou seja, quando o mesmo termo ou expressão tem dois ou mais significados, porém relacionados

⁵¹ A questão das propriedades do livro digital (ou eletrônico) será enfrentada pelo STF no RE 330817 RG, cuja repercussão geral já foi reconhecida em 2012. As propriedades do livro digital e a sua semelhança com livros têm relação com a extensão da imunidade de impostos dos livros, previstas no art. 150, VI, “d” da Constituição Federal: Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

(BIRNER, 2013, p. 11), tal como “letra” em “A letra da música é linda”, “O termo música tem 6 (seis) letras” e “Vi o seu caderno e adorei sua letra”. Todos estes usos do termo “letra” são uma forma de expressão humana, mas são diferentes. Já a ambiguidade é o fenômeno em que a mesma palavra tem dois ou mais significados distintos, tal como casa, que pode ser um verbo (de casar, contrair matrimônio, conjugado na terceira pessoa do singular) e um substantivo (morada, lar, etc.). A ambiguidade também deve ser diferenciada da vagueza, fenômeno em que os limites de onde o termo se aplica são indistintos (BIRNER, 2013, p. 11), tal como em algumas expressões que utilizamos, que se relacionam com conceitos que têm propriedades que não identificamos, tal como liberdade, justiça, amor. Nesse caso, apesar de termos noção sobre algumas propriedades daqueles termos, podemos ter alguma dificuldade de saber do que estamos falando.

Esses casos de indeterminação também atingem as sentenças. E é exatamente relacionado ao significado das sentenças que as abordagens semânticas enfrentam maiores objeções. Quando se avaliam as sentenças, os termos podem eventualmente adquirir diferentes funções relacionando entre si, e inclusive com todo um conjunto de informações que não são necessariamente decorrentes das propriedades dos termos.

Abordagens semânticas tendem a se basear no princípio da composicionalidade, que pode ser expresso da seguinte maneira: “*O significado de um enunciado é função do significado de suas partes e das suas regras de composição*” (PENCO, 2006, p. 61)⁵². Mas nem todas as partes constituem diretamente o significado da sentença, já que como há algumas partes de uma sentença que não têm significado próprio, tal como preposição “a”, o significado composicional de uma sentença é inferido a partir dos seus constituintes semânticos (CRUSE, 2000).

Os argumentos que justificariam a assunção da composicionalidade são: a produtividade e sistematicidade da linguagem e pelo fato da composicionalidade funcionar metodologicamente (SZABÓ, 2012). Quanto à produtividade, a ideia é de que falantes competentes da linguagem são capazes de entender expressões e sentenças complexas que nunca encontraram, isso acontece porque eles têm algum

⁵² Há uma disputa entre os filósofos sobre a existência, estrutura, e a formulação do princípio da composicionalidade. Para introduzir considerações mais específicas, ver Szabó (2012).

tipo de informação que permite esse entendimento, e o fazem independentemente de informações adicionais (SZABÓ, 2012). Quanto à sistematicidade, a composicionalidade deve ser considerada, já que há padrões definidos e previsíveis entre as sentenças que entendemos, mesmo em diferentes contextos (SZABÓ, 2012). E quanto à metodologia, a composicionalidade foi assumida por vários linguistas em diversas teorias e produziu explicações satisfatórias sobre vários fenômenos (SZABÓ, 2012).

Entretanto, a composicionalidade parece ser insuficiente, pelo menos em alguns casos. Primeiro, fenômenos como a combinação de termos sugerem que são necessárias mais informações que simplesmente o significado dos termos, tais como expressões idiomáticas, metáforas congeladas, colocações, clichés, nomes compostos, determinação da zona ativa, categorias complexas (CRUSE, 2000, p. 72-79). Segundo, que a noção de produtividade da composicionalidade funcione para a maioria dos casos, não é garantido que se entenda uma expressão que nunca se escutou antes apenas em razão da estrutura dos seus componentes, sempre sendo possível explicar isso em razão de outros fatores (SZABÓ, 2012). Terceiro, não é suficientemente explicativa em alguns casos, tal como abaixo, sobre a notação do xadrez:

As linhas do tabuleiro de xadrez são representadas pelos números 1, 2, ..., 8; as colunas são representadas pelas letras minúsculas a, b, ..., h. As casas são identificadas por coluna e linha: por exemplo b5 está na intersecção da segunda coluna e da quinta fileira. Letras maiúsculas representam as peças: R significa rei, D rainha (ou dama), T para torre, B para bispo e C para cavalo. Movimentos são tipicamente representados por um conjunto de 3 (três) símbolos, consistindo de uma letra maiúscula em pé para a peça que faz o movimento e um sinal de pé para o quadrado onde a peça se move. Há cinco exceções a isso: (i) movimentos feitos pelos peões não têm letras maiúsculas desde o início, (ii) quando mais de uma peça do mesmo tipo pode chegar à mesma casa, o sinal para a casa de saída é colocado imediatamente em frente ao sinal para a casa de chegada, (iii) quando um movimento resulta em uma captura, um x é colocado imediatamente à frente do sinal para a casa de chegada, (iv) o símbolo 0-0 representa roque, (v) o símbolo 0-0-0 representa roque maior. + Significa verificação e ++ para mate. O resto da notação serve para fazer comentários sobre os movimentos e não é essencial para compreendê-lo.⁵³ (2012)

⁵³ Tradução livre de: The rows of the chessboard are represented by the numerals 1, 2, ..., 8; the columns are represented by the lower case letters a, b, ..., h. The squares are identified by column and row; for example b5 is at the intersection of the second column and the fifth row. Upper case letters represent the pieces: K stands for king, Q for queen, R for rook, B for bishop, and N for knight. Moves are typically represented by a triplet consisting of an upper case letter standing for the piece that makes the move and a sign standing for the square where the piece moves. There are five exceptions to this: (i) moves made by pawns lack the upper case letter from the beginning, (ii) when more than one piece of the same type could reach the same square, the sign for the square of

Para o autor, a notação permite que se compreenda a descrição de jogos particulares, mas conhecê-la não é suficiente para saber qual peça está se movendo quando nos deparamos com o símbolo “Bb5” (Bispo, coluna B, linha 5). É que como existe mais de um bispo no jogo, seria necessário conhecer outros movimentos feitos naquele jogo para saber a qual bispo alguém está se referindo (poderiam ser bispos diferentes chegando à mesma casa). E mesmo que se considerasse que os componentes seriam indexicais⁵⁴ (termos cujo significado depende do contexto) e a notação significa movimento, e tão somente isso, precisaria de uma explicação de como os indexicais funcionam (o que é extremamente problemático), ou criaria uma lacuna entre o significado da expressão e o significado dos seus componentes (SZABÓ, 2012).

Tal como já mencionado acima, posso fazer a pergunta “Sabe as horas?”, e uma resposta “Sim, eu sei” por parte do ouvinte seria tida como completamente inadequada. O proferimento “Todas as portas estão fechadas” poderia significar uma mera afirmação, dependente apenas das propriedades dos seus termos constituintes; uma afirmação que depende de outras informações presentes no contexto de asserção, tal como “Todas as portas *do laboratório* estão fechadas”; uma solicitação de dispensa do trabalho “Já cumpri minhas funções, agora posso ir embora”; ou até mesmo o levantamento de uma questão “Será que o segurança já foi embora”?

Esses aspectos mais amplos das propriedades dos termos e das expressões, normalmente, são relegados a uma abordagem pragmática da linguagem, tal como irei brevemente descrever abaixo.

departure is placed immediately in front of the sign for the square of arrival, (iii) when a move results in a capture an x is placed immediately in front of the sign for the square of arrival, (iv) the symbol 0-0 represents castling on the king's side, (v) the symbol 0-0-0 represents castling on the queen's side. + stands for check, and ++ for mate. The rest of the notation serves to make commentaries about the moves and is inessential for understanding it.

⁵⁴ “Em geral, os indexicais são palavras ou expressões cujo valor semântico ou referencial, relativamente a dada ocasião de uso, depende sistematicamente de certas características do contexto extralinguístico em que são utilizadas. A cada termo indexical está associada a uma regra semântica que permite determinar, para cada contexto de uso, qual é o objeto referido pelo indexical nesse contexto (se esse objeto existir). Tais regras fazem parte do significado linguístico do indexical, no sentido em que são aquilo que é conhecido, pelo menos de maneira implícita, por qualquer utilizador competente do indexical”. (BRANQUINHO, MURCHO e GOMES, 2006, p. 407)

2.2.2. Da abordagem pragmática

Partindo da premissa de que a pragmática é o estudo da comunicação de acordo com o contexto e com os falantes, tal como asseverado acima, temos duas perspectivas: a abordagem contextualista e a abordagem performática.

Na abordagem contextualista existe um foco nas expressões indexicais, aquelas que dependem do contexto para ter significado, sem o qual não poderiam ter sua referência determinada, tais como os pronomes demonstrativos, advérbios de tempo e lugar (“ela”, “aqui”, “agora”), entre outras (MARCONDES, 2005, p. 16). Preocupa-se com expressões que lhes tomam a função nas sentenças, e o contexto é a categoria dominante (MARCONDES, 2005, p. 16).

Na abordagem performativa considera-se a linguagem como uma forma de ação, um campo de ação humana (MARCONDES, 2005, p. 17). O significado não é um conjunto de propriedades abstratas, mas uma função que a expressão linguística exerce num contexto específico, nos *jogos de linguagem*⁵⁵ (MARCONDES, 2005, p. 17-18). A noção de *jogos de linguagem* remonta a Wittgenstein, especialmente no livro *Investigações Filosóficas* (*Philosophical Investigations*, 2009), em que o mesmo trata a linguagem como uma forma de uso, o exercício de uma função específica num contexto (MARCONDES, 2005, p. 17).

A mesma expressão “A porta está aberta”, dentre vários usos, pode ser uma ordem, uma pergunta, uma condicional (se a porta estivesse aberta), funcionando de maneiras diferentes a depender do uso. Para tanto, a linguagem seria como um jogo de xadrez e as palavras e expressões linguísticas como as peças, que somente poderiam funcionar efetivamente como peças se fossem movimentadas e combinadas de acordo com as regras do jogo. Peão e torre teriam suas definições estabelecidas de acordo com as regras do jogo, e aprendidas pelos jogadores iniciantes. Ou seja, “o significado de uma palavra é o uso da palavra em um contexto dado (PENCO, 2006, p. 135). Mas como explicar então que as pessoas reconhecem o significado de uma expressão, se ele é dependente do contexto? Dentro da abordagem de Wittgenstein isso pode ser explicado através de regras que governam qual uso é correto e qual não é (LYCAN, 2008, p. 78). Pode-se

⁵⁵ “Um jogo de linguagem é um contexto de ações e palavras no qual uma expressão pode ter seu significado.” (PENCO, 2006, p. 135)

afirmar então que o significado é uma construção social e a linguagem um conjunto de convenções sociais. Apesar de Wittgenstein não se utilizar do termo pragmática, ele explora noções que podem ser enquadradas dentro de uma noção clássica de pragmática.

Uma outra abordagem que considera aspectos pragmáticos é a de John Austin, que faleceu antes de completar sua teoria dos atos de fala (MARCONDES, 2005, p. 19). Austin trata o uso da linguagem como uma forma de ação considerada em três dimensões⁵⁶: atos locucionários, atos ilocucionários e atos perlocucionários (MARCONDES, 2005). A dimensão do ato locucionário é “o dizer algo”, e constituída dos sons (aspecto fonético), determinadas palavras (aspecto fático), e sentido e referência (aspecto rético) (AUSTIN, 1962, p. 95). A dimensão do ato ilocucionário é o que fazemos com o que dizemos, tal como perguntar ou responder uma questão, fornecer informação, dar um conselho, dar um aviso, anunciar um veredito ou uma intenção, pronunciar uma sentença, marcar um compromisso ou apelar à crítica, identificar algo ou fornecer uma descrição (AUSTIN, 1962, p. 98). A expressão “A porta está aberta” pode ser tanto uma afirmação sobre a porta, uma sugestão de fechar a porta em razão do frio, uma ordem do chefe dirigida ao subordinado, uma ironia proferida pelo subordinado após ter batido a porta tão bruscamente e ela ter quebrado, etc. A dimensão do ato perlocucionário são os efeitos gerados nos sentimentos, pensamento ou ações da audiência, do falante ou de outras pessoas, intencionais ou não (AUSTIN, 1962, p. 101). Exemplificar o ato perlocucionário é mais fácil ao compará-lo com os outros dois:

Ato (A) ou Locução: Ele me disse “Atire nela!”, significando por “atirar” atirar e referindo-se por “ela” a *ela*. Ato (B) ou Ilocução: Ele me encorajou (ou aconselhou, ordenou, etc.) a atirar nela. Ato (C.a) ou Perlocução: Ele me persuadiu a atirar nela. Ato (C. b) Ele me fez atirar nela.⁵⁷ (AUSTIN, 1962, p. 101)

Há abordagens performativas que se preocupam mais com o estado mental dos sujeitos da comunicação, com as intenções do falante. O exemplo mais paradigmático e provavelmente mais relevante desse tipo de abordagem é a obra

⁵⁶ Isto em sua versão mais desenvolvida, que foi retirada de um conjunto de notas de conferências feitas antes de seu falecimento (MARCONDES, 2005).

⁵⁷ Tradução livre de: Act (A) or Locution: He said to me ‘Shoot her!’ meaning by ‘shoot’ shoot and by ‘her’ to *her*. Act (B) or Illocution: He urged (or advised, ordered, &c.) me to shoot her. Act (C.a) or Perlocution: He persuaded me to shoot her. Act (C. b) He got me (or made me, &c.) shoot her.

de Paul Grice, especialmente em *Studies in the way of words* (1989). A teoria de Grice trata como primordial o significado do falante, ou seja, “*a intenção de produzir um efeito – uma crença – e fazer de tal modo que o ouvinte seja capaz de reconhecer essa intenção*” (PENCO, 2006, p. 166). Logo, o significado das sentenças seria fundado no significado dos falantes e estes, fundados em um complexo de estados psicológicos com um tipo específico de intenção (LYCAN, 2008, p. 87). Grice marca a diferença entre o dito e o que se dá a entender, sendo que o primeiro seria o que se chama de significado literal, e o segundo, o significado implícito ou entendido (PENCO, 2006, p. 168). O significado implícito ou o que se deixa a entender com o que se fala é chamado de implicação ou implicatura. Um entre os vários exemplos é o seguinte:

Suponha que ‘A’ e ‘B’ estão falando sobre um amigo mútuo, ‘C’, que agora está trabalhando em um banco. ‘A’ pergunta a ‘B’ como ‘C’ está se saindo em seu trabalho, e ‘B’ responde “Oh muito bem, eu acho; Ele gosta de seus colegas, e ainda não foi preso”. Neste ponto, ‘A’ poderia muito bem perguntar o que ‘B’ estava sugerindo, ou mesmo o que ele quis dizer sobre ‘C’ ainda não estar na prisão. A resposta pode ser qualquer uma dessas coisas tal como ‘C’ é o tipo de pessoa que provavelmente cederá à tentação proporcionada por sua ocupação, que os colegas de ‘C’ são realmente pessoas muito desagradáveis e traiçoeiras, e assim por diante. Poderia, naturalmente, ser completamente desnecessário para ‘A’ fazer tal pergunta a ‘B’, se a resposta estivesse claramente adiantada no contexto. Eu acho que é claro que o que ‘B’ sugeriu, significou, etc., neste exemplo, é diferente do que ‘B’ disse, que foi simplesmente que ‘C’ não tinha sido preso ainda.⁵⁸ (GRICE, 1989, p. 24)

Mas como a linguagem pode ser algo efetivamente compreensível se sujeita a intenções completamente aleatórias dos falantes? Em outros termos, como saber o que se deixa a entender, se o que está sendo comunicado é ou não o expresso pelos termos linguísticos? A resposta de Grice é que o uso da linguagem, como várias outras formas de ação humana, é racional e cooperativa, ou seja, seria guiada por um princípio de cooperação, expresso através de algumas máximas que guiaríamos racionalmente a ação do falante. Em geral, o princípio da cooperação

⁵⁸ Tradução livre de: Suppose that A and B are talking about a mutual friend, C, who is now working in a bank. A asks B how C is getting in his job, and B replies, Oh quite well, I think; he likes his colleagues, and he hasn't been to prison yet. At this point, A might well inquire what B was implying, what he was suggesting, or even what he meant by saying that C had not yet been to prison. The answer might be any one of such things as that C is the sort of person likely to yield to the temptation provided by his occupation, that C's colleagues are really very unpleasant and treacherous people, and so forth. It might, of course, be quite unnecessary for A to make such an inquiry of B, the answer to it being, in the context, clear in advance. I think it is clear that whatever B implied, suggested, meant, etc., in this example, is distinct from what B said, which was simply that C had not been to prison yet.

exige: “*Faça sua contribuição à conversa de acordo com o necessário, quando ela ocorre, através dos propósitos ou direções da interação em que está inserido*” (GRICE, 1989, p. 26). E as máximas não seriam convenções linguísticas, mas padrões seguidos racionalmente pelas pessoas quando atuando cooperativamente, sendo a comunicação apenas um caso dessa cooperação.

São as máximas: de quantidade, qualidade, relação e modos (GRICE, 1989, p. 26). Primeiro, a máxima da quantidade é relativa a duas exigências: a) faça sua contribuição tão informativa quanto é necessário (para os propósitos da interação); e b) não faça sua contribuição mais informativa do que é necessário (GRICE, 1989, p. 26). Um exemplo de atuação de acordo com a máxima seria: se um falante afirmasse “A gasolina do carro está acabando” e o ouvinte se manifestasse e afirmasse também “Olhe aquele posto, embaixo do grande outdoor verde e amarelo!”. Nesse caso o ouvinte responde com informações sucintas e suficientes para que o falante possa abastecer o carro. Se o ouvinte fala que há postos na cidade, ele viola a máxima por não fornecer informação suficiente e se ele fala onde estão todos os postos da cidade, ele viola a máxima, por fornecer informações em excesso.

Segundo, a máxima da qualidade, “*faça sua contribuição com verdade*” pode ser subdividida em duas: a) não diga o que você acredita ser falso; e b) não afirme aquilo para que lhe falta adequada evidência (GRICE, 1989, p. 27). Um exemplo de efeito da máxima seria o caso de uma conversa em que o falante afirma “A festa está acabando” e o ouvinte completa “Alguns convidados, inclusive John, foram embora”. Nesse caso, se o ouvinte responde depois de ter se despedido de algumas pessoas e ter, por exemplo, visto John saindo, ele estará atuando de acordo com a máxima (tanto na perspectiva da verdade quanto da evidência), mas se ele não se despediu de ninguém e não viu John saindo, ele a está violando.

Terceiro, a máxima da relação exige “*Seja relevante*” (GRICE, 1989, p. 27). Imagine que determinado casal está a decidir qual carro comprar e a esposa faz a seguinte afirmação: “São tantas opções, e vários critérios, espaço, torque, economia de combustível e peça”. O esposo responde: “O carro mais espaçoso para as crianças é o vermelho”. Neste caso, ele não afirma explicitamente mas indica implicitamente qual é o critério que acha mais importante e qual carro está se referindo. Se ele começa a falar da foto atrás de um carro, sem salientar

qualquer desejo naquele carro, ele estará mudando o assunto, e conseqüentemente, violando a máxima.

Quarto, a máxima dos modos é relacionada à maneira de dizer e exige: a) Evite obscuridades; b) Evite ambigüidade; c) Seja breve (evite proselitismos desnecessários); d) fale ordenadamente (GRICE, 1989, p. 27). Imagine que dois amigos estão conversando sobre um jogo de futebol e o primeiro diz “O jogo do Atlético-Mineiro e do Cruzeiro foi na última quarta”, o segundo afirma “O jogo foi muito bom”, este último estará atuando de acordo com a máxima. Mas se, ao contrário diz “Havia 22 (vinte e dois) jogadores correndo atrás de uma bola no campo”, ele estará violando a máxima, a não ser que esteja implicando que não quer falar do jogo, ou algo do tipo.

Em suma, Grice estressa as intenções do falante como um aspecto contextual determinante para a identificação do significado. Mesmo que se considere o significado das palavras utilizadas pelo falante, a questão é que o significado depende, em verdade, da intenção do falante ao proferir aqueles termos. Não são todas as intenções dos falantes que contam e estes deveriam seguir ou seriam limitados (mesmo que inconscientemente) pelas máximas para se comunicarem de maneira inteligível (racional).

2.2.3. Dos limites entre a semântica e a pragmática

Qual é a relevância ou influência dos termos linguísticos utilizados e qual é a relevância do contexto (e das intenções do falante) para o significado dos proferimentos? Em outros termos, qual é o papel dos atributos semânticos e pragmáticos? Grande parte do debate entre filósofos da linguagem, linguistas e outros é a delimitação desses campos, e os autores tendem a estressar os aspectos semânticos ou pragmáticos a depender do tipo de análise.

Apesar da divisão tradicional considerar que a semântica se preocupa com o dito (com as propriedades das sentenças, as informações compostas pelos significados de todos os componentes somado às sentenças) e a pragmática se preocupa com o proferimento das sentenças (com o que se deixa a entender, com o significado no contexto) os semanticistas reconhecem influência do contexto, e autores da abordagem pragmática não afirmam que o significado é apenas uso no

contexto (RECANATI, 2004, p. 3). É como se o dito fosse composto pelos elementos semânticos dos termos contidos nas sentenças, com eventuais elementos de enriquecimento contextual, e o inferido fosse decorrente do contexto e das intenções do falante. Mas essa divisão não é incontroversa, e autores que trabalham em ambos os campos tendem a estressar os elementos semânticos ou pragmáticos da linguagem.

Stephen Levinson, por exemplo, assevera que há na verdade 3 (três) níveis de significado: o da sentença, o do falante e o tipo-enunciado (1995, p. 93). Ou seja, haveria sim o conteúdo semântico das sentenças, a presença das intenções do falante, e ademais, uma dimensão intermediária. Essa dimensão intermediária seria composta de expectativas generalizadas sobre como a linguagem é normalmente utilizada (LEVINSON, 1995, p. 93). Levinson retoma Grice quanto às implicaturas, ressaltando a diferença entre implicaturas conversacionais particulares (ICP) e as implicaturas conversacionais generalizadas (ICG) (LEVINSON, 1995, p. 92). Considere a seguinte conversa como exemplo:

- a. Contexto 1:
 A: “Que horas são?”
 B: “Alguns dos convidados já estão saindo.”
 ICP: ‘Deve ser tarde.’
 ICG: ‘Nem todos os convidados estão saindo.’
- b. Contexto 2:
 A: “Onde está John?”
 B: “Alguns dos convidados já estão saindo.”
 ICP: ‘Talvez John já esteja saindo’
 ICG: ‘Nem todos os convidados estão saindo.’⁵⁹ (LEVINSON, 1995, p. 92)

Analisando as particularidades do contexto, o que se deixa a entender poderia ser tanto que está tarde (Contexto 1), ou que John está saindo (Contexto 2), ou até mesmo uma outra opção. Mas observando as possibilidades semânticas, quando se afirma “Alguns x são G” (Alguns convidados já estão saindo), o falante

⁵⁹ Tradução livre de:

- a. Context 1:
 A: “What time is it?”
 B: “Some of the guests are already leaving”
 PCI: ‘It must be late.’
 CGI: ‘Not all of the guests are already leaving.’
- b. Context 2:
 A: “Where’s John?”
 B: “Some of the guests are already leaving.”
 PCI: ‘Perhaps John is already leaving.’
 CGI: ‘Not all of the guests are already leaving.’

ordinariamente diz que “Nem todos x são G”, apesar de logicamente ser possível ter dito “Todos x são G”. “Nem todos x são G” seria o uso ordinário por duas razões: primeiro, porque ao se levar em conta a máxima da quantidade de Grice, ela exigiria que somente se fale o que é necessário, e para indicar o grupo inteiro de convidados, a expressão compatível com a máxima seria “todos”; segundo, porque o uso de “alguns” poderia ser perfeitamente negado expressamente (como em *Alguns, de fato todos, os convidados já estão saindo*) (LEVINSON, 1995, p. 92). Levinson defende que ICG, apesar de não ser semanticamente ativada, é um padrão, uma inferência generalizada. Ou seja, certas expressões se comportarão de uma maneira sistemática em várias interações humanas, funcionando como uma convenção de uso e não como uma convenção linguística (LEVINSON, 1995, p. 93-94).

Recanati, entretanto, afirma que o significado da sentença é decorrente de valores semânticos, mas o que é dito e o que se deixa a entender são estabelecidos por elementos pragmáticos. Haveria então uma oposição, entre o que é dito depender ou não de aspectos pragmáticos. Nessa oposição, caberia aos literalistas afirmar que o que é dito é acontextual, independente do contexto de fala (exceto em alguns casos) e aos contextualistas afirmar que o que é dito depende do contexto (e não somente o que se deixa a entender) (RECANATI, 2004, p. 3). Haveria uma limitação semântica da sentença, mas o que é dito (proposição) e o que se deixa a entender (implicatura) dependeria de aspectos pragmáticos (RECANATI, 2004, p. 6).

Uma razão para isso seria o equívoco em relação à saturação. Esta característica semântica de alguns termos (tal como os indexicais) exigirem complementação do contexto para poder ter seu significado completo não seria necessariamente disparada pelas propriedades semânticas dos termos, mas sim por considerações pragmáticas (RECANATI, 2004, p. 10). Considere os proferimentos:

Eu já tomei café-da-manhã.
Você não irá morrer.
Está chovendo.
A mesa está coberta de livros.
Todos foram a Paris.

John tem três filhos.⁶⁰ (RECANATI, 2004, p. 8)

Ao se considerar o significado dos termos “Eu já tomei café-da-manhã”, significa, minimamente, que o falante tomou café da manhã em algum momento do passado. Para Recanati, quando o falante profere essa sentença significa que ele tomou café no dia em que a expressão foi proferida e esse significado considera informações extralinguísticas. Ao se considerar o significado dos termos de “Você não irá morrer”, dito por uma mãe a um filho, significa, minimamente, que o filho não irá morrer jamais. Entretanto, considerando elementos extralinguísticos (ninguém vive para sempre), na verdade o que a mãe diz é que o filho não irá morrer naquele momento. Ao se considerar “Está chovendo”, esse proferimento significa, minimamente, que está chovendo em algum lugar mas não indica em qual lugar está chovendo.

O ponto de Recanati é que a necessidade de informações extralinguísticas não ocorre por razões linguísticas, mas pragmáticas (RECANATI, 2004, p. 9). Caso o fosse, todos os proferimentos de “Está chovendo” dependeriam de informações do contexto, especificamente informações espaciais (o local onde está chovendo). Entretanto, o próprio autor fornece um contraexemplo: se as chuvas tivessem se tornado extremamente raras e importantes, e detectores de chuvas fossem espalhados no território para tocar um sino quando chovesse, mas não afirmasse onde, quando o sino tocasse o meteorologista poderia simplesmente dizer “Está chovendo” e esse proferimento poderia ser completamente compreensível sem depender de qualquer informação sobre o contexto (RECANATI, 2004, p. 9). Nessa perspectiva, o conteúdo do que é ordinariamente dito, e que possibilita a implicatura, é também ativado pragmaticamente (RECANATI, 2004, p. 21). Retomando a pergunta “Você está com fome?”, a resposta do falante “Já tomei café da manhã” seria possível inferir que o falante não está com fome. Mas para chegar a essa inferência, o ouvinte deveria não só reconhecer que o falante já tomou café em algum momento do passado, mas também que ele tomou café naquele dia e em razão disso, inferir que o falante não está com fome.

Ao se contrapor Levinson e Recanati, pode-se perceber que até as considerações sobre a relevância dos elementos pragmáticos é polêmica: Levinson

⁶⁰ Tradução livre de: I've had breakfast. You are not going to die. It's raining. The table is covered with books. Everybody went to Paris. John has three children.

argumenta que pelo menos parte desses elementos são padronizados, com uso regular, enquanto Recanati argumenta que esses elementos pragmáticos estão sempre à disposição do falante, e, conseqüentemente, são dependentes do contexto de fala.

Como, então, estabelecer o significado dos documentos normativos? Levando em conta apenas as propriedades dos termos, uma abordagem semântica? Mas o que fazer com termos que ordinariamente são abertos aos contextos? E as sentenças? Seria o caso de levar em conta aspectos pragmáticos? Qual seria a influência do contexto? Apenas nos termos abertos ao contexto ou se deveria levar em conta as intenções de quem elaborou o documento normativo?

Não pretendo delimitar qual abordagem linguística é mais adequada: abordagens semânticas tendem a salientar o caráter composicional da linguagem, as convenções e regras que permitem que identifiquemos a informação independentemente do contexto; abordagens pragmáticas tendem a salientar a influência de fatores extralinguísticos, tais como domínio espaço e tempo, intenções do falante e outros aspectos. Esse foco também ocorre na identificação do significado dos documentos normativos. Pode-se inclusive afirmar que há um contínuo que varia entre dar relevância às propriedades semânticas e dar relevância aos aspectos pragmáticos, o que considerarei no próximo capítulo.

2.3. Conclusões parciais

A linguagem importa ao direito, mesmo que não seja determinante. Não faz sentido ter um sistema jurídico que funciona a partir de textos que são produzidos por esses agentes, se esses textos não tiverem relevância alguma para, por exemplo, a decisão de casos.

Entretanto, antes de determinar a relevância dos textos, primeiro é necessário considerar o que esses textos dizem. Considerações provenientes da filosofia da linguagem e da linguística podem ser úteis para a identificação do significado em geral, e em consequência, do significado dos documentos normativos.

Dentro da filosofia da linguagem é possível destacar a preocupação com aspectos semânticos, como as propriedades ativadas pelos termos ou a

preocupação e com aspectos pragmáticos, tais como o contexto de comunicação, as intenções do falante etc. Teorias sobre a linguagem disputam a predominância e relevância de alguns desses aspectos sobre outros.

3.

A Interpretação¹ como identificação do significado dos documentos normativos

Apresentada a opção (controversa) entre abordagens sobre a linguagem que salientam aspectos semânticos e aquelas que salientam aspectos pragmáticos do significado, transporto-a para o campo jurídico.

Quando os autores do direito tratam de significado, afirmam que este é decorrente da interpretação. Ou seja, ao se levar em conta as perguntas “O que o documento normativo diz?”, “Qual é o seu significado?”, o “O que a lei exige?”, “Como decidir essa questão?”, afirma-se que é preciso realizar uma interpretação para obter respostas.

Mas a menção à “interpretação” não é satisfatória, pois o termo é polissêmico e existem, pelo menos⁶¹, quatro tipos de uso para o termo “interpretação”: interpretação-processo em oposição à interpretação-produto, interpretação-em-abstrato em oposição à interpretação-em-concreto, interpretação- cognição em oposição à interpretação-decisão, interpretação-propriadamente-dita em oposição a interpretação-construção. Interpretação-processo é a atividade, o fazer, o conjunto de etapas para identificar algo, e pode ser evidenciada na seguinte frase: “Esse dispositivo precisa de interpretação”. Interpretação-produto é o resultado do processo, a conclusão do raciocínio jurídico: “Das duas opções, essa é a minha interpretação escolhida” (GUASTINI, 2014, p. 32). Interpretação-em-abstrato é a identificação do significado do documento normativo, é compreender o que significam as palavras, tal como em: “O texto T tem o significado F”. Interpretação-em-concreto é a qualificação de um fato concreto, é correlacioná-lo à norma jurídica (abstrata), tal como: “O ato X constitui homicídio” (GUASTINI, 2014, p. 33). Interpretação-cognição é relacionada a um ato de conhecimento, é a identificação do(s) significado(s) possível(s) em um texto normativo, como em: “Segundo a interpretação do juiz há quatro possíveis significados para o dispositivo” (GUASTINI, 2014, p. 45). Interpretação-decisão está relacionada à seleção de um entre vários significados

⁶¹ Uma outra possibilidade de demonstração dessa polissemia seria Julie Dickson, por exemplo, que afirma que “interpretação” poderia ter 3 (três) significados diferentes: interpretação como identificação material jurídico já existente, interpretação enquanto decisão sobre o que fazer com esse material jurídico prévio, e interpretação como tomada de decisão levando em conta todos os fatores relevantes (all-things-considered) (2014).

possíveis, como em “A interpretação do juiz foi pela versão ampliada do dispositivo” (GUASTINI, 2014, p. 45). Esta pode ser subdividida na última oposição (interpretação-propriadamente-dita em oposição à interpretação-construção) sendo que na primeira há seleção de um significado possível (quando há vários) e na outra cria-se um novo significado (GUASTINI, 2014, p. 49). Interpretação-atribuição de significado pode ser evidenciada na seguinte frase: “Os termos desse dispositivo permitiam essa interpretação”. Interpretação-construção está relacionada a várias possibilidades de estabelecimento de uma norma para o caso, tal como em: “Na falta de um dispositivo que regulasse o caso, realizei uma analogia para finalizar a interpretação” (GUASTINI, 2014, p. 49).

Reconhecida essa polissemia, estipulo que o termo interpretação neste trabalho é relacionado ao processo ou atividade de determinação em abstrato, seja enquanto cognição (ou identificação do significado) seja enquanto decisão a partir desse significado. Esta decisão pode ser tanto a seleção de um significado possível quanto uma criação de novo significado. Para representar essas possibilidades, o termo interpretação será utilizado de duas maneiras: a identificação do significado dos documentos normativos (interpretação¹) e a decisão sobre a vinculação ou não a esse significado (interpretação²). Ou seja, as questões apresentadas serão consideradas a partir dos aspectos linguísticos que interferem na identificação da norma relacionada com o caso e sobre quais são as razões e elementos que o tomador de decisão leva em conta para avaliar se decidirá ou não conforme a norma (a partir do modelo de tomada de decisão ao qual está vinculado).

Os tomadores de decisão tendem a considerar interpretação sem distinguir as considerações sobre a identificação do significado do documento e as considerações sobre se esse significado decide o caso, fundindo-as em algo único. Esse tipo de tratamento indistinto gera dificuldades compreender o processo de decisão e controlá-lo. A diferenciação entre as etapas, entretanto, não é nova e remonta a vários autores (WITTGENSTEIN, 2009, p. 87; HART, 2012, p. 129-136; SCHAUER, 1991; STRUCHINER, 2011) e favorece a compreensão da diferença entre questões linguísticas e normativas.

Cada um desses dois aspectos da interpretação será considerado, entretanto, em partes distintas desse trabalho. Este capítulo se concentrará na interpretação¹ e seus efeitos na distinção entre as espécies de decisões interpretativas no controle

de constitucionalidade. Sobre o primeiro aspecto, importam questões como qual é o modelo para a identificação do significado, e entram em disputa opções entre identificação do significado literal (ou textual), significado ordinário, significado intencional (ou do falante) e o significado finalístico. Na segunda parte deste capítulo pretendo demonstrar como a escolha do modelo de identificação pode é relevante para diferenciar as espécies de decisões interpretativas. No quarto capítulo é que estarão as considerações sobre interpretação² e os efeitos da distinção (interpretação¹ X interpretação²) sobre os institutos do controle de constitucionalidade brasileiro.

3.1. Significado dos documentos normativos

Abordar a interpretação¹ não é simples porque não há cuidado em diferenciar qual é o tipo de informação mais importante para a identificação do significado. Alguns repousam suas considerações em aspectos semânticos, tais como o significado das palavras contidas no documento normativo ou o significado das sentenças; outros focam em aspectos pragmáticos e contextuais, tais como o co-texto da sentença do documento normativo em foco, intenções do órgão legislativo que proferiu o documento, os propósitos que eventualmente justificariam a aplicação do documento normativo⁶², circunstâncias do caso sob análise, momento histórico, aspectos culturais etc.

Como as posições variam e fazem concessões mútuas, apresento-as dentro de um contínuo que opõe aspectos semânticos a aspectos pragmáticos. Irei fornecer uma descrição dos modelos de identificação do significado dos documentos normativos a partir do contínuo semântica-pragmática, entre propriedades e convenções de uso da linguagem e influência do contexto. E irei realizar tal abordagem considerando a maior influência de um ou de outro na identificação do significado normativo, além de benefícios e problemas que isso pode trazer. Teríamos numa ponta, textualistas (ou preocupados com o significado

⁶² Além dessa oposição ou contínuo, outros elementos poderiam adicionar mais variáveis, tais como questões relacionadas ao significado do documento normativo quando ele foi elaborado, ou o significado atual, aspectos do contexto de elaboração ou do contexto de aplicação, etc. A questão do momento da existência do significado (se da elaboração do documento) e da possibilidade de mudança do significado ao longo tempo (independente do seu modelo de identificação) não será considerada neste trabalho, apesar de ser relevante.

literal), passando por posições de identificação do significado ordinário, posições de identificação do significado intencional, e na outra ponta, posições finalísticas. Apresento como se fossem modelos puros desse contínuo, mas ressalto que não há pureza e os autores eventualmente (e implicitamente) fazem concessões aos outros modelos de identificação. Esses quatro modelos são utilizados muitas vezes sem qualquer tipo de padrão, variando de acordo com “as necessidades do caso”. Cada um desses modelos sofre de objeções relacionadas tanto ao funcionamento da linguagem quanto do direito. Como proponho uma abordagem mais focada no aspecto linguístico, as questões sobre a natureza do direito ficam suspensas (apesar de extremamente relevantes).

O meu objetivo é estabelecer brevemente o papel das propriedades semânticas dos termos e do contexto na identificação o significado e, na segunda parte do capítulo, demonstrar como esse tipo de consideração afeta a diferenciação entre as decisões interpretativas.

3.1.1.

Entre propriedades semânticas e inferências pragmáticas

Alguns autores se preocupam com as propriedades semânticas dos termos sem excluir considerações pragmáticas; outros com aspectos pragmáticos (contextuais ou de racionalidade) apesar de eventualmente reconhecerem a propriedades semânticas dos termos. Os primeiros se concentram sobre as propriedades e convenções linguísticas e os segundos sobre os processos de inferência e atribuição levando em conta todas as informações possíveis. Como estão focados nos processos de tomada de decisão, intencionalistas e finalistas parecem não diferenciar a interpretação¹ da interpretação².

Antes de abordar a interpretação² e os modelos que discutem se o significado identificado deve ou não ser seguido, tratarei da importância do modelo de identificação para os conceitos analisados neste trabalho. Minha tese é: assumindo uma abordagem concentrada em aspectos semânticos é possível diferenciar melhor as espécies de decisões interpretativas, e ao se assumir uma abordagem mais pragmática a diferença praticamente não existe. É importante ressaltar que reiteradamente o STF confere interpretação conforme para declarar a inconstitucionalidade parcial de texto, desconsiderando qualquer distinção.

No primeiro capítulo considerei a regra da escola: “Somente os alunos trajando o uniforme do colégio estão autorizados a participar dos passeios”. Enfrentava-se a situação de alunos que haviam comprado seus uniformes da própria escola, mas ainda não o haviam recebido. Em relação a esse caso, é possível identificar tanto a questão “*O que a regra determina?*” quanto a questão “*A regra deve ser obedecida?*”. Nesse ponto, seria possível identificar uma diferença entre autores preocupados com aspectos semânticos e autores preocupados com aspectos pragmáticos.

Tomadores de decisão preocupados com aspectos semânticos iriam se repousar sobre as expressões contidas no comando e avaliá-las de acordo com a situação posta. Provavelmente, iriam concluir que a exigência seria absurda para o caso concreto, mas não diriam que a regra de alguma forma autoriza alunos sem uniforme a participarem do passeio. Ao mesmo tempo considerariam inadequado afirmar que a regra determina que os alunos que compraram uniforme e não o receberam por atraso da escola estavam autorizados a ir ao passeio. Não, a regra diz que a autorização depende de trajar uniforme e ponto. Poderíamos ter inúmeras razões para descumprir a regra, mas essa é uma outra questão, avaliada em uma outra etapa, o que não torna inexistente a preocupação com aspectos semânticos. Em outras palavras, a identificação dos aspectos semânticos é independente da consideração das razões de justiça e das razões prudenciais para se seguir a norma derivada do documento normativo.

Já os tomadores de decisão preocupados com aspectos pragmáticos consideram mais a racionalidade e os elementos contextuais do que as expressões contidas no comando. Antes de afirmar o que a regra diz, atentariam para os regulamentos da escola que exigem a inclusão dos alunos, o regimento da escola a respeito dos uniformes e várias outras regulações possíveis. Fariam isso com o intuito de identificar não quais eram as palavras ou seu significado, mas a inferência que poderia ser realizada racionalmente a partir daquele conjunto de palavras e do contexto. Retomando o exemplo do filho que escuta do pai “Avance no sinal” e infere que o pai disse “Aguarde o sinal abrir e depois siga direto”, eles considerariam não somente a sentença proferida, mas todo um conjunto de informações para ao final do raciocínio. Ao final, afirmariam que a regra diz “Somente os alunos trajando o uniforme do colégio estão autorizados a participar

dos passeios, mas aqueles que já solicitaram e não o receberam por atraso da escola também estão autorizados”.

Feita essa distinção de possibilidades, parece ser perfeitamente possível para os tomadores de decisão preocupados com aspectos semânticos reconhecerem situações de indeterminação, tais como vagueza, ambiguidade (que habilitam interpretação conforme) e as situações em que o documento normativo é claro mas gera um resultado ruim, um resultado que não deveria prevalecer ao ser comparado com a constituição (inconstitucionalidade parcial, decisão manipulativa aditiva, decisão manipulativa substitutiva). Enfim, a questão do significado do documento normativo é diferente da questão de ele ser (ou não) aplicado ao caso concreto.

Mas como os tomadores de decisão preocupados primordialmente com aspectos pragmáticos poderiam fazer essa diferenciação? Parece que não é possível fazê-lo e talvez a diferenciação seja desnecessária. É que eles tendem a explorar ou ressaltar os casos em que o significado não é claro e salientar os processos de raciocínio em detrimento das propriedades semânticas. Afirmam, por exemplo, que “*interpretar é aplicar*”, ou que “*é possível dizer que um texto normativo somente é claro quando nos colocamos de acordo com o sentido que lhe é atribuído*” (STRECK, 2014, p. 749), e que “*os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações*” (MENDES e BRANCO, 2015, p. 1316).

3.1.2. Do significado literal ao significado ordinário

Os autores preocupados com significado literal podem tratar de usos diferentes para o termo (polissemia)⁶³, tal como o termo “interpretação”. Apesar disso, a preocupação com a identificação do significado literal está relacionada à identificação do significado dos termos contidos numa frase ou expressão,

⁶³ No campo jurídico, inúmeras são as possibilidades de identificação do significado literal: mera reprodução do texto, significado base, significado decorrente de interpretação restritiva, premissas explícitas, usos consolidados na prática jurídica, significado semântico-gramatical com elementos pragmáticos, uma interpretação meramente linguística, uma tradução ou uma interpretação correta (SESMA, 2014, p. 53-62); significado *prima facie*, significado aparente, significado expressado por um enunciado idêntico, significado não-corretivo, significado obtido se empregando o argumento a contrário e, por último, o significado semântico gramatical, que é derivado das regras semânticas e sintáticas do idioma, o significado das palavras e a conexão sintático-gramatical entre ambos (POGGI, 2007, p. 621-632).

levando em conta apenas as convenções de linguagem (normalmente ressaltando a noção de composicionalidade da linguagem) e sem qualquer informação contextual adicional (SESMA, 2014, p. 38). Esse significado seria mais estável e cogente, já que seria compartilhado pelos usuários da linguagem. Ressalta-se aqui a noção de composicionalidade, de que as palavras têm seu significado estabelecido independente do contexto e que o significado das sentenças é formado pelo significado das expressões que a compõem. Considere o seguinte fragmento do documento normativo retirado de Antonin Scalia (1997, p. 19), autor preocupado com a identificação do significado literal:

É ilícito que qualquer pessoa ajude ou incentive de qualquer forma a importação ou migração de qualquer estrangeiro ... para os Estados Unidos, ... por contrato ou acordo...feito antes da importação ou migração desse estrangeiro..., para realizar trabalho ou serviço de qualquer tipo nos Estados Unidos.⁶⁴

No caso *Church of the Holy Trinity v. United States*, julgado pela Suprema Corte Americana, era questionado se dispositivo acima tornava ou não ilegal a contratação de um inglês para ser pastor e diretor da Holy Trinity Church. O ponto era que a legislação proibia qualquer contratação (ou ato auxiliar e similar à contratação) de estrangeiro que fosse prévia à sua entrada no território americano. Nas instâncias inferiores, considerou-se que o referido dispositivo proibia, e a igreja foi multada por ter agido em desconformidade. Mas a Suprema Corte Americana estabeleceu que o documento normativo não era inconstitucional pois não atingia contratos de trabalho tais como o da igreja, mas tão somente trabalhos manuais. Scalia critica a decisão no sentido de que, apesar de absurdo, “*o ato estava dentro da letra do documento normativo, e, portanto, atingido por ele*”⁶⁵ (SCALIA, 1997, p. 20). Scalia não se aprofunda em considerações linguísticas, mas parece supor que todo e qualquer tipo de incentivo, importação ou contratação de mão de obra estrangeira era proibido. Apesar de essa escolha ser eventualmente ruim (e até mesmo irracional) por parte do legislador, era a opção que havia feito, era o significado do documento normativo.

⁶⁴ Tradução livre de: it is unlawful for any person to in any way assist or encourage the importation or migration of any alien...into the United States,...under contract or agreement...made previous to the importation or migration of such alien..., to perform labor or service of any kind in the United States.

⁶⁵ Tradução livre de: the act was within the letter of the statute, and was therefore within the statute.

Convenções sociais estabeleceriam qual informação um determinado termo linguístico fornece e a partir dessas informações seria possível identificar o que o texto nos diz. Esse tipo de raciocínio sobre linguagem transportado ao direito poderia fornecer elementos para identificarmos uma regra. Schauer, ao descrever a estrutura das regras, afirma que são generalizações compostas por uma hipótese e uma consequência. A hipótese seria construída por simplificações, categorias que permitiriam identificar quais objetos são abarcados pela regra e quais não são. De certa forma, essas categorias remontam a noção de propriedades dos termos, em que um termo (tal como livro, recado, livro digital) denota um conjunto de propriedades que são ativadas independentemente do contexto particular de uso (SCHAUER, 1991, p. 55). Isso não significa a exclusão de elementos pragmáticos, já que é o uso socialmente reconhecido do termo, ou seja, as convenções de linguagem, é que estabelecem quais são as propriedades ativadas.

Um modelo de interpretação focado na identificação do significado literal sofre inúmeras críticas. Uma primeira, seria a de que a utilização do significado literal poderia gerar julgamentos indesejáveis, decisões com resultados absurdos (SINNOTT-ARMSTRONG e BRISON, 1993, p. 5). Essa objeção parece desconsiderar a diferenciação entre identificar o significado e tomar uma decisão vinculada ao significado identificado. Como pressuponho que a identificação do significado, mesmo que literal, não determina necessariamente o resultado da tomada de decisão, ela não se sustenta face ao modelo de identificação do significado literal.

A segunda seria que a preocupação com o significado literal seria uma ignorância ou negação de fenômenos linguísticos tal como a ambiguidade ou a vagueza. Entretanto essa crítica não se sustenta, já que há autores que conferem relevância ao significado literal e reconhecem fenômenos como a vagueza e ambiguidade (HART, 2012, p. 128; SCHAUER, 2009, p. 158).

A terceira seria que a preocupação com o significado literal seria uma ignorância face à necessidade de elementos contextuais para a identificação do significado das sentenças dos documentos normativos, inclusive em casos em que os termos são claros. Mesmo que se saiba qual é o significado das expressões “veículos” e “parque” contida em “São proibidos veículos no parque”, ou que se eliminem eventuais indeterminações quanto às propriedades dos termos, isso seria insuficiente para determinar, por exemplo, a referência, ou seja, quais são os

parques atingidos pela regra. Mas há posições que reforçam a importância do significado acontextual dos termos, sem afirmar que são o único critério, ou que seria o fator preponderante (SINNOTT-ARMSTRONG, 2005). Ademais, Antonin Scalia (1997, p. 146), um dos autores mais representativos da defesa da identificação do significado literal no direito, reconheceu a influência do contexto para a determinação do significado dos documentos e até mesmo determinadas finalidades, mas tão somente para termos cujo significado é indeterminado ou ambíguo.

É importante ressaltar que há autores que mesclam a abordagem do significado literal mas reconhecem a importância de elementos pragmáticos em alguns casos. Um bom exemplo de análise que considera questões contextuais sem negar a existência de propriedades decorrentes dos termos da linguagem e sem rechaçar a noção de composicionalidade (ambos aspectos semânticos) é H. L. A. Hart, em *“The Concept of Law”* (2012). Hart trata da interpretação jurídica, focando no fenômeno linguístico da indeterminação potencial ou “textura aberta”:

Em todos os campos da experiência, e não apenas nas regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, à orientação que a linguagem geral pode proporcionar. Haverá casos simples, constantemente recorrentes, em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis ("Se algo é um veículo, um automóvel é um"), mas haverá também casos em que não está claro se aplicam ou não (" O veículo usado aqui inclui bicicletas, aviões, skates?")⁶⁶ (HART, 2012, p. 126).

Hart reconhece que há casos em que um termo é indeterminado, mas ao mesmo tempo, salienta casos em que é perfeitamente possível identificar o que os termos dizem, visto que *“termos gerais seriam inúteis para nós como um meio de comunicação, a menos que existissem casos familiares e geralmente não contestados”*⁶⁷ (HART, 2012, p. 126). A análise de Hart reconhece fenômenos linguísticos relacionados à indeterminação. Considerações sobre o núcleo duro, a área de penumbra e os casos de certeza negativa seriam um caso paradigmático,

⁶⁶ Tradução livre de: In all fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent in the nature of language, to the guidance which general language can provide. There will be plain cases constantly recurring in similar contexts to which general expressions are clearly applicable ('If anything is a vehicle a motor-car is one') but there will be also cases where it is not clear whether they apply or not ('Does "vehicle used here include bicycles, airplanes, roller skates?').

⁶⁷ Tradução livre de: general terms would be useless to us as a medium of communication unless there were such familiar, generally unchallenged cases.

um exemplo adequado para rechaçar tanto o ceticismo quanto o essencialismo sobre a linguagem. Nesses casos de indeterminação, parece ser imprescindível se recorrer a elementos pragmáticos para identificar o significado. Autores mais atuais com influências hartianas parecem continuar a abordar a relação entre propriedades semânticas e contexto nos mesmos termos.

Identificar o fenômeno do significado acontextual não é negar que fatores contextuais são pressupostos em atribuir até mesmo o mínimo de significado a uma expressão. Eu entendo o que alguém diz não simplesmente porque eu entendo o significado literal das palavras que ela usa, mas também porque eu interpreto essas palavras à luz de inúmeras compreensões contextuais não contidas nas definições dessas palavras. Mas alguns números desses entendimentos contextuais, um número suficiente para que a comunicação ocorra, são igualmente entendidos pelo orador e ouvinte apenas porque eles habitam o mesmo planeta e falam a mesma língua. A identificação do significado acontextual não envolve a negação da necessidade do contexto, mas o reconhecimento de que um grande número de entendimentos contextuais serão assumidos por todos os falantes de uma língua. (SCHAUER, 1991, p. 56-57)⁶⁸

Mas essas abordagens são insuficientes quanto a dois aspectos: a amplitude dos fenômenos de indeterminação e a influência do contexto. Quanto à amplitude dos fenômenos de indeterminação, a polissemia e a vagueza provavelmente sejam o exemplo mais representativo de falta de determinação linguística, mas podem ser mencionados outros que eventualmente atingem os termos (expressões idiomáticas, metáforas congeladas, colocações, clichés, nomes compostos, determinação da zona ativa, categorias complexas). É importante salientar que nem todos esses fenômenos têm relação com o direito, e são necessários posteriores trabalhos sobre quais deles têm impacto e quais não têm. Assumo que é possível que estes problemas da linguagem natural podem ser encontrados também nos documentos normativos.

E quanto à influência do contexto, mesmo que assumida, não é suficientemente explicada, (EKINS, 2012, p. 187). Muitas vezes, a sentença (e não seus termos singularmente analisados) dificulta a identificação de o que o

⁶⁸ Tradução livre do autor de: to identify the phenomenon of acontextual meaning is not to deny that contextual factors are presupposed in attributing even the barest amount of meaning to an utterance. I understand what someone else says not simply because I understand the literal meaning of the words she uses, but also because I interpret those words in light of numerous contextual understandings not contained in the definitions of those words. But some number of these contextual understandings, a number sufficient for communication to take place, are similarly understood by both speaker and listener just because they inhabit the same planet and speak the same language. The identification of acontextual meaning involves not the denial of the necessity of context, but the recognition that a large number of contextual understandings will be assumed by all speakers of a language.

texto disse. Há inúmeros fenômenos linguísticos em que as sentenças dependem de mais informações do que as contidas nos termos (temporalidade, relacionamento, ordem, sequência, referência, domínio de quantificadores, etc.) (BACH, 2005, p. 28-29; EKINS, 2012, p. 200):

Alice não tomou banho (hoje).
 Barry e Carrie foram a Paris (juntos).
 Eles tiveram um filho e casaram-se (nessa ordem)
 Robin comeu o camarão e (como resultado) e pegou intoxicação alimentar.
 A mesa (nessa sala) está coberta de livros.
 Eve não tem nada (adequado) para vestir.⁶⁹

As especificações presentes entre parênteses são uma qualificação da sentença, mesmo que os significados dos termos não sofram de indeterminação.

Uma premissa comum entre quase todos os autores que aceitam a influência de elementos pragmáticos na formação e identificação do significado é que muitas vezes os elementos semânticos são insuficientes. Seja porque na comunicação diária os usuários da linguagem se utilizam de informações extralinguísticas para atribuir significado, seja porque há termos linguísticos cujas propriedades são abertas ao contexto.

Uma abordagem mais recente, que tenta reconhecer a importância da propriedade dos termos, mas também a existência de interferências pragmáticas é a de Brian G. Slocum em *“Ordinary Meaning: A Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation”* (2015). Em geral, argumenta que *“o significado ordinário é o significado semântico (...) mas deveria ser determinado com base em fatos do campo do contexto mais restrito”*⁷⁰ (SLOCUM, 2015, p. 31,94). Slocum considera como importantes para identificação do significado: os valores semânticos dos termos, a sentença e elementos do contexto mais restrito.

O respeito às propriedades semânticas é importante em razão de considerações normativas, tal como a noção de *“fair warning”*, pela dificuldade que intérpretes poderiam ter de identificar os elementos contextuais fora do significado ordinário do documento e de legitimidade democrática do órgão legislativo que confecciona os documentos normativos (SLOCUM, 2015, p. 97-

⁶⁹ Tradução livre de: Alice hasn't taken a bath (today). Barry and Carrie went to Paris (together). They had a baby and they got married (in that order). Robin ate the shrinmp and (as result) got food poisoning. The table (in this worn) is covered with books. Eve had nothing (suitable) to wear.

⁷⁰ O autor utiliza a expressão *“narrow context”* que pode ser retomada ao trabalho de Kepa Korta e John Perry (2015; 2011)

98)⁷¹. Mas o significado da sentença⁷² importa (SLOCUM, 2015, p. 106). Deve-se ressaltar que há, entretanto, sentenças insuficientemente determinadas, que de certa forma dependeriam do contexto para sua determinação. Como há um número infinito de variações e há inúmeras sentenças que jamais foram proferidas, não bastaria reconhecer as sentenças mais utilizadas, ou o significado com maiores regularidades (SLOCUM, 2015, p. 110). Mesmo sendo possível compreender uma sentença isolada, isso não significa que a atribuição de significado é decorrente apenas de significado linguístico (SLOCUM, 2015, p. 119). Entre alguns exemplos, Slocum menciona “Corte a grama” e “Corte o bolo”, cujos significados são semelhantes, mas o verbo “cortar” faz diferentes contribuições ao significado de ambas, tanto que os ouvintes são capazes de diferenciar os tipos de corte a depender do objeto cortado. Em razão disso, o contexto seria um aspecto relevante, mas não seria o aspecto mais determinante, já que tem amplitude variável (restrita ou ampla) e é sujeito a várias posições divergentes e razoáveis (SLOCUM, 2015, p. 111). Seria o foco na sentença que permitiria *“mitigar a tensão entre a inerente natureza das considerações contextuais por parte do intérprete e a necessidade de definições gerais”*⁷³ (SLOCUM, 2015, p. 107).

E, além do aspecto contextual em sentenças com termos não problemáticos, haveria ainda os casos de termos que funcionam com abertura ao contexto, tal como os indexicais (“Eu”, “agora”, “aqui”, “hoje”), os quantificadores e as preposições temporais.

Quanto aos indexicais, esses têm um significado semântico fixo, um sentido fixo mas dependem de informação contextual para ter a sua referência determinada. Estão presentes na comunicação tanto de forma expressa quanto elíptica. Quando se utiliza esses termos, a identificação do significado dependeria de uma saturação, de considerações contextuais⁷⁴ (SLOCUM, 2015, p. 121).

⁷¹ Em argumentação semelhante sobre a importância do uso das propriedades acontextuais das expressões ver Sinnott-Armstrong (2005), Frederick Schauer (1991) e Noel Struchiner (2011).

⁷² Nesse aspecto o trabalho de Slocum parece ser um desenvolvimento de uma consideração derivada de Lon Fuller (1958, p. 662).

⁷³ Tradução livre de: “helps to mitigate the tension between the inherent nature of contextual consideration by an interpreter and the necessity of definitional generalizability”.

⁷⁴ Slocum retira a definição de saturação de Recanati (2004, p. 7): Saturação é o processo em que o significado da sentença completo se torna proposicional através da atribuição contextual de valores semânticos aos constituintes da frase cuja interpretação é dependente do contexto (e, possivelmente, através da provisão contextual de constituintes proposicionais “não articulados”, ao

Slocum inclusive apresenta dois exemplos em que os indexicais “Eu” e “agora” não funcionariam com o um conjunto de propriedades bem definidas (SLOCUM, 2015, p. 126-128). O primeiro exemplo seria o caso de um executivo, Collen, que ficará fora durante duas semanas. Seu secretário, Bill, grava na secretária eletrônica de Collen “Eu não estou aqui agora⁷⁵”. Nesse caso, apesar de se afirmar, classicamente, que o indexical “Eu” refere-se ao falante do proferimento, não é o caso, pois o falante é Bill, mas o proferimento refere-se a Collen. O segundo exemplo seria o uso do “agora”, quando um professor abordando a invasão nazista a Paris afirma “Agora Hitler passa a controlar Paris”. Apesar de se afirmar que a expressão “agora” refere-se ao momento da fala, esse é um exemplo que ela é utilizada para se referir ao passado, não ao presente, e, ademais, é possível utilizá-la também para se referir ao futuro. Mesmo assim, os indexicais teriam um significado padrão (“*default*”) decorrente de certas convenções (SLOCUM, 2015, p. 131). A abertura dos indexicais ao contexto seria apenas àquele contexto mais próximo, tão apenas para determinar o referente, ou seja, para se estabelecer o agente (fixar a referência do “Eu”), o tempo (fixar a referência do “agora” e “hoje”), lugar (fixar a referência do “aqui”, “lá”), o demonstrativo (fixar a referência do “esse” e “aquele”) e o mundo possível (fixar a referência do “atual”) (SLOCUM, 2015, p. 135). Enfim, mesmo se considerando a variabilidade contextual dos indexicais, disso não se infere que todo significado é particular, estabelecida completamente pelo contexto e independentemente das convenções linguísticas. O exemplo de indexical no direito para Slocum é o caso *Carcieri v. Salazar*, julgado pela Suprema Corte Americana em 2009. O *Indian Reorganization Act*, promulgado em 1934, autorizava o Secretário do Interior a comprar e proteger terras com o propósito de fornecê-las à população indígena⁷⁶,

se assumir, como alguns filósofos fazem, que tais constituintes são por vezes necessários para tornar a sentença totalmente proposicional).

Tradução livre de: Saturation is the process whereby the meaning of the sentence is completed and made propositional through the contextual assignment of semantic values to the constituents of the sentence whose interpretation is context-dependent (and, possibly, through the contextual provision of ‘unarticulated’ propositional constituents, if one assumes, as some philosophers do, that such constituents are sometimes needed to make the sentence fully propositional).

⁷⁵ Tradução livre de: “I am not here right now”

⁷⁶ O Secretário do Interior é autorizado, a seu critério, a adquirir, por meio de compra, renúncia, doação, troca ou cessão, qualquer interesse em terras, direitos de água ou direitos de superfície de terras, dentro ou sem reservas existentes, incluídos administração ou outras formas de gestão, se o condômino está vivo ou falecido, com a finalidade de prover terra para índios.

Tradução livre de: § 465 The Secretary of the Interior is authorized, in his discretion, to acquire, through purchase, relinquishment, gift, exchange, or assignment, any interest in lands, water rights,

sendo que seriam beneficiários todos os membros de qualquer tribo sobre jurisdição Federal⁷⁷. Em 1970 a tribo dos Narrangasett ajuizou um processo para recuperar uma terra ancestral, sob a justificativa de que teriam sido desapropriados ilegalmente pelo estado de Rhode Island. A tribo recebeu o título de 1800 (mil e oitocentos) acres de terras. Entretanto, o reconhecimento pelo governo federal aos Narrangasett ocorreu somente em 1983. Em 1988, o Secretário do Interior assumiu a função de depositário das terras que seriam dirigidas à tribo e conseguiu notificar essa ação às autoridades de Rhode Island efetivamente em 1998. Logo após a notificação, o governador de Rhode Island questionou a autoridade do Secretário para realizar tal ato, eis que a legislação que conferia poderes ao Secretário continha a expressão “agora”, e conseqüentemente fazia referência somente às tribos indígenas já reconhecidas pelo governo federal em 1934. O Secretário afirmou que “agora” era um termo ambíguo, que permitiria ser depositário ao tempo que a terra é aceita como depósito. A Suprema Corte afirmou que o termo “agora” significava ao tempo da promulgação da legislação, no momento da promulgação. Mas como afirmado acima, o uso do indexical está sujeito a considerações extralinguísticas, o que não foi devida ou expressamente considerado no julgamento.

Outro exemplo de termos abertos ao contexto seriam os quantificadores, especificamente quanto à restrição do seu domínio (SLOCUM, 2015, p. 153). Quando alguém afirma ao seu chefe “Estarei aqui *todos* os dias”, não se refere a todos os dias de todos os anos indefinidamente. A expressão “*todos*” regularmente tem um domínio restrito. No caso, o empregado provavelmente afirma que estará à disposição em todos os dias úteis, ou todos os dias contratados para trabalhar, excluindo, por exemplo, os feriados. Esse tipo de fenômeno, também ocorre no direito, e algumas vezes os órgãos julgadores restringiriam o domínio de um

or surface rights to lands, within or without existing reservations, including trust or otherwise restricted allotments, whether the allottee be living or deceased, for the purpose of providing land for Indians.

⁷⁷ O termo “índio”, tal como é usado nesta lei, deve incluir todas as pessoas de ascendência indiana que sejam membros de qualquer tribo indígena reconhecida agora sob jurisdição federal e todas as pessoas que são descendentes de tais membros que, em 1 de junho de 1934, residiam dentro dos limites atuais de qualquer reserva indígena, e deve incluir todas as outras pessoas de metade ou mais de sangue indiano.

Tradução livre de: § 479 The term “Indian” as used in this Act shall include all persons of Indian descent who are members of any recognized Indian tribe now under Federal jurisdiction, and all persons who are descendants of such members who were, on June 1, 1934, residing within the present boundaries of any Indian reservation, and shall further include all other persons of one-half or more Indian blood.

quantificador por considerações estritamente jurídicas, tal como em *Small v. United States*. No referido caso o domínio da expressão “condenado em qualquer corte” ficou restrito somente a condenações em cortes domésticas, excluídas as cortes estrangeiras. Mas em outros casos os órgãos julgadores restringiriam o quantificador por questões linguísticas, tal como *Gutierrez v. Ada*. A questão era se a legislação que disciplinava a eleição para governador exigia a realização de nova eleição quando um grupo de candidatos recebesse a maioria dos votos para governador e vice-governador, mas não a maioria do número total de votos na eleição. Essa questão surgiu porque a legislação determinava que se nenhum candidato recebesse a maioria de votos em qualquer das eleições, um novo pleito deveria ser realizado. Neste caso a Suprema Corte restringiu a expressão “*em qualquer eleição*” para atingir apenas eleições para governadores e vice-governadores, desconsiderando portanto as eleições gerais. O fundamento foi linguístico: parte da lei continha expressão explícita à eleição para governador e vice-governador (e não à eleição geral) em mais de seis vezes. Considerando o aspecto linguístico, Slocum retoma Recanati e apresenta o proferimento “*A maioria dos estudantes é homem*”⁷⁸ (SLOCUM, 2015, p. 157; RECANATI, 2004). É perfeitamente possível identificar as propriedades dos termos dessa sentença, e ela pode ser compreendida perfeitamente sem qualquer outra informação adicional. Entretanto, quando essa sentença é proferida por alguém, normalmente, “A maioria” dos estudantes se refere a um grupo específico, tal como a classe do falante. Uma abordagem contextualista radical afirmaria que a determinação do domínio não seria dependente da linguagem da sentença, mas de outras informações contextuais. Para Slocum (2015, p. 159), esse tipo de explicação não é razoável, pois não fornece informações suficientes sobre como a expressão e a linguagem funcionam sistematicamente. É que a restrição do domínio dos quantificadores ocorreria através do contexto mais restrito, estabelecido a partir de noções linguísticas como as sentenças mais próximas, e até mesmo, conhecimento compartilhado por falante e ouvinte (SLOCUM, 2015, p. 163). Um exemplo hipotético seria se a lei do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) do estado “X” da federação do Brasil determinasse “*O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA - incide, anualmente, sobre a*

⁷⁸ Tradução livre de: Most students are male.

propriedade de veículo automotor de qualquer espécie”. A partir desse dispositivo e do significado das expressões contidas no texto, seria possível afirmar que todos os veículos estariam sujeitos ao IPVA. Apesar de não estar expressa a restrição de domínio, esse dispositivo atinge apenas os veículos com vínculo com o órgão estadual. Considere, por exemplo, o art. 384 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.” Apesar de esse dispositivo, em algum momento mencionar as mulheres, a regra é dirigida às mulheres, e não a todos os trabalhadores, já que consta do título “Da Proteção ao Trabalho da Mulher” na legislação. Ou seja, há uma restrição de domínio das pessoas referidas pelo dispositivo, que é feita não pelo dispositivo, mas por elementos co-textuais contidos na própria legislação. O próprio documento normativo fornece critérios seguros para lidar com essa restrição. Reconhecer-se-ia aqui uma elipse, uma delimitação de domínio que provavelmente é reconhecida pelos usuários da linguagem dos documentos, mas que não estava expressa no documento. O exemplo de Slocum seria o caso da Suprema Corte Americana, *Ali v. Federal Bureau of Prisons*, em que Ali, um prisioneiro federal, teve vários de seus itens pessoais extraviados durante uma transferência de penitenciárias. Havia legislação que autorizava (parágrafo 1346 “b” I)⁷⁹ que o estado americano fosse sujeito à responsabilidade civil em razão de atos de seus agentes, *Federal Trade Commision Act* (FTCA), mas também restringia essa responsabilidade (parágrafo 2680 “c”)⁸⁰. Ali teve seu pedido negado com base numa exceção de responsabilidade do estado, no caso de detenção de bens por qualquer autoridade. Para Slocum, esse caso teve um tratamento inadequado, já que a corte não reconheceu que na linguagem ordinária normalmente quantificadores são

⁷⁹ (parágrafo 1346 “b” I) demandas contra os Estados Unidos, por danos pecuniários...de violação ou perda de propriedade... causadas por ato negligente, ilícito ou omissão de qualquer funcionário do Governo enquanto age no âmbito do seu cargo ou emprego.

Tradução livre de: claims against the United State, for money damages...for injury or loss of property...caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment.

⁸⁰ (parágrafo 2680 c) qualquer reclamação relativa à avaliação ou cobrança de qualquer imposto ou direito aduaneiro ou à detenção de quaisquer bens, mercadorias ou outros bens por qualquer funcionário da alfândega ou qualquer outra autoridade

Tradução livre de: Any claim arising in respect of the assesment or collection of any tax or customs duty, or the detention of any goods, merchandise, or other property by any officer of customs or any other law enforcement office.

utilizados de forma mais restrita, com um domínio menos amplo do que o termo permite (SLOCUM, 2015, p. 164). E isso facilmente é feito através das sentenças mais próximas, conectadas com o a sentença cujo significado se pretende identificar.

Mas a análise de Slocum sobre os quantificadores parece não ser suficiente. É que os documentos normativos normalmente têm sentenças utilizando termos gerais, tal qual considerado por Hart (2012) e Schauer (1991). Quando o autor trata da restrição do domínio de quantificadores, o ponto parece não ser a identificação das propriedades semânticas, mas as suas implicaturas. E isso contrasta com o uso dos termos em documentos normativos, em que estes se referem não a um particular específico, mas a todos os particulares da categoria utilizada, como se a expressão “todos” estivesse implícita nas sentenças. Se nos deparamos com a regra “São proibidos veículos no parque”, em geral, é como se na verdade fosse “São proibidos [todos] os veículos no parque”. Se a restrição do domínio de quantificadores é um fenômeno linguístico comum, ou seja, que ocorre sistematicamente na linguagem, essa restrição de domínio ocorreria não somente quando a expressão “todos” está presente, mas também quando é implícita, ou seja, em relação a todas as categorias de objetos presentes numa afirmação por exemplo. Nesse caso, o tratamento de Slocum sobre os quantificadores depende de um tratamento mais amplo, para não se tornar o significado tão indeterminado quanto os contextualistas mais radicais.

Outro caso de termos que são abertos ao contexto, mas que também funcionariam de uma maneira padronizada seriam as preposições temporais (SLOCUM, 2015, p. 167). Quando se afirma “Maria beijou João⁸¹”, trata-se de um acontecimento que ocorreu num período determinado, que é muito mais restrito que todo o passado já existente, e essa restrição de domínio ocorre inclusive para frases com período de tempo estabelecido, tal como “Maria beijou João durante todos os encontros”⁸² (SLOCUM, 2015, p. 168). Slocum trata do caso *Zadvydas v. Davis*, julgado pela Suprema Corte Americana. O referido caso era sobre a prisão de Zadvydas - um estrangeiro residente, filho de pais lituanos e nascido num campo de desabrigados na Alemanha, em 1948 - e Ma, outro estrangeiro residente, nascido no Camboja em 1977. Ambos deveriam ser deportados em

⁸¹ Tradução livre de: Mary kissed John.

⁸² Tradução livre de: Mary kissed John during every meeting.

razão de terem cometido vários crimes, mas o serviço de imigração americano tinha dificuldades de encontrar um país que os recebesse. Os sujeitos em questão eram mantidos presos enquanto não se decidia o seu destino. O governo afirmava que tinha autoridade para deter indefinidamente os deportáveis, de acordo com parágrafo 1231, “a” seção 6 da legislação⁸³, já que a mesma determinava que o estrangeiro que não fosse aceito poderia ser detido além do período de afastamento para deportação. Apesar de autorizar a ampliação da detenção, o dispositivo não determinava o seu final. A Suprema Corte entendeu que, apesar do termo contido não delimitar o tempo que o agente a ser deportado deveria ser detido, somente poderia fazê-lo no prazo máximo de seis meses, exceto se houvesse uma probabilidade alta de deportação no futuro próximo (SLOCUM, 2015, p. 170). Para Slocum, ao invés de identificar o significado restrito a um período temporal, a corte partiu para a avaliação e correção do dispositivo (interpretação²) desconsiderando que a solução linguística seria suficiente.

Os autores preocupados com a identificação do significado literal e com o significado ordinário se preocupam bastante com as propriedades semânticas e com as convenções que estabelecem os usos mais comuns para determinados termos. Eles reconhecem a importância do contexto para a identificação do significado, mas apenas em situações de indeterminação, tais como ambiguidade, vagueza, termos indexicais, restrição de domínio de quantificadores, preposições temporais, referência textual, etc.

3.1.3. Do significado intencional ao significado finalístico

Alguns autores ressaltam que o significado dos documentos normativos é relacionado (ou derivado) às intenções dos agentes que os proferiram. Para os intencionalistas, as intenções do falante seriam um aspecto muito relevante na

⁸³ Um estrangeiro ordenado deportado [1] que é inadmissível ... [2] [ou] removível [como resultado de violações dos requisitos de status ou condições de entrada, violações da lei penal, razões de segurança ou política externa] ou [3] tenha sido considerado pelo Procurador-Geral como um risco para a comunidade ou que provavelmente não cumpra a ordem de remoção, pode ser detido além do período de afastamento e, se liberado, estará sujeito a [determinados] termos de supervisão.

Tradução livre de: An alien ordered removed [1] who is inadmissible ... [2] [or] removable [as a result of violations of status requirements or entry conditions, violations of criminal law, or reasons of security or foreign policy or [3] who has been determined by the Attorney General to be a risk to the community or unlikely to comply with the order of removal, may be detained beyond the removal period and, if released, shall be subject to [certain] terms of supervision.

identificação do significado. Apesar de essa ser a premissa comum, a intensidade da relevância é variada, sendo que alguns afirmam que as intenções têm um papel relevante e outros que as intenções são o significado, independentemente das expressões linguísticas contidas nas sentenças. Irei considerar alguns intencionalistas moderados, intencionalistas mais radicais, e finalmente, as posições finalistas, que são as que mais consideram aspectos pragmáticos.

Jeffrey Goldsworthy argumenta que as intenções dos órgãos legislativos são relevantes para a identificação do significado dos documentos normativos, mas não suficientes, sendo que outros fatores também seriam importantes, tais como os indícios fornecidos à audiência, convenções linguísticas, elementos contextuais etc. (GOLDSWORHTY, 2005, p. 670). O exemplo fornecido pelo autor seria relacionado à audiência de leitores, que com base em informações (textuais e contextuais) identificam o significado X no texto de uma autora, mas depois descobrem através de seu biógrafo que autora deixou em seu diário que pretendia que texto tivesse o significado Y. O significado do texto, para Goldsworthy seria X, porque intenções não disponíveis seriam irrelevantes para a identificação do significado (2005, p. 671). Transpondo para o direito, pode-se concluir que, o que deveria ser identificado nos documentos normativos seria o significado das expressões linguísticas contidas nesses documentos, exceto quando estivesse disponível para o ouvinte (ou leitor) que a intenção do falante era outra.

Richard Ekins, numa abordagem com mais aspectos linguísticos, ressalta a existência das implicaturas de Grice e afirma que o “*significado de um proferimento linguístico é o significado que o falante pretende emitir*” (2012, p. 195). Nesse aspecto, parece se aproximar de intencionalistas puros, e afirma que o significado são as intenções do falante. O exemplo utilizado, retirado de Grice, é o do professor que, perguntado sobre as habilidades do seu orientando em filosofia responde “John é gentil e tem um ótimo inglês” (GRICE, 1989, p. 33; EKINS, 2012, p. 195). Nesse caso, não estaria em questão qual é o significado semântico das expressões contidas na frase, mas sim qual a intenção de dizer isso e não responder à pergunta, o que provavelmente significaria, na verdade, que “John não é um bom filósofo” (EKINS, 2012, p. 195). O uso da linguagem não seria necessário para transmitir informações, como se pode observar em ações humanas tais como acender uma lanterna para pedir socorro, levantar uma arma para ameaçar um invasor, sendo apenas uma possibilidade de ação racional de

transmitir uma mensagem (2012, p. 194). Ou seja, seria então perfeitamente possível que determinado falante tenha a intenção de transmitir uma informação diferente do que diz (EKINS, 2012, p. 194) ou até mesmo independente de dizer algo. Contudo, não significa que as expressões linguísticas não têm significado, mas sim que o significado semântico de uma sentença, apesar de relevante, é insuficiente para determinar o que o falante disse ao proferir uma frase (EKINS, 2012, p. 197).

Alguns aspectos da análise se aproximam dos intencionalistas moderados, pois considera casos em que o significado dos termos contidos na sentença existe, mas é insuficiente. Dada essa insuficiência, a identificação das intenções do falante solucionaria vários problemas enfrentados por abordagens semânticas, tais como a utilização de sentido figurado, referência, uso de termos indexicais, ambiguidade, indeterminação, elipses, números ou quantificadores, sentenças que não respeitam as regras de linguagem, determinações relativas à temporalidade, relacionamento, ordem e sequência (EKINS, 2012, p. 196-205). As intenções funcionariam, portanto, para especificar o padrão vago ou elaborar o que está incompleto (EKINS, 2012, p. 255). Somada a essa insuficiência dos elementos semânticos, haveria a insuficiência do contexto como determinante do significado pois este é o conjunto de todos os aspectos salientes para o falante e o ouvinte e há explicação suficiente de como se dá a sua interação com as convenções linguísticas (EKINS, 2012, p. 208-209). Entretanto, o contexto seria relevante especialmente no direito, em que seria formado por preâmbulo do documento, por outros documentos normativos sobre a mesma matéria (noção de coerência), pelas situações que a legislatura pretendia regular, consequências previsíveis, história legislativa, princípios legais que fazem parte da ordem constitucional, entre outros (EKINS, 2012, p. 261).

Mesmo os termos tendo propriedades semânticas, o foco nesses aspectos seria contraintuitivo, pois apesar de logicamente possível serem utilizados para a produção de documentos normativos, tanto os legisladores quanto intérpretes desconsiderariam essa diferença entre aspectos semânticos e pragmáticos, além de utilizarem comumente linguagem natural (EKINS, 2012, p. 213-214). Muitas das vezes, o órgão legislativo poderia deixar a entender um significado que não é idêntico ao que diz, seja quando se expressa de maneira imprecisa, seja quando

deixa a cabo dos intérpretes inferirem corretamente o que foi dito para evitar que o proferimento se tornasse complicado de ser entendido (EKINS, 2012, p. 216).

Em suma, para Ekins, apesar de existir o significado literal, este não é necessário nem suficiente para transmitir informações, e, mesmo que relevante, levar em consideração apenas as propriedades semânticas seria como desconsiderar como as pessoas normalmente se comunicam.

Autores como Larry Alexander e Emile Sherwin (2008), Stanley Fish (2005), Steven Knaap e Walter Benn Michaels (2005), chamados intencionalistas fortes (ou puros), afirmam que as intenções do falante são o único critério para a identificação do significado. Um exemplo dessa posição seria um pai se dirigir ao filho, enquanto o último dirigia e se aproximava de um semáforo com sinal vermelho, e dizer “Vá direto no sinal”⁸⁴ (FISH, 2005, p. 629). Seria uma ordem para violar as leis de trânsito? Fish afirma que o significado do proferimento é decorrente das intenções do falante e uma orientação para a violação da regra de trânsito não seria adequado. O significado (derivado das intenções) seria, por exemplo: “Aguarde o semáforo abrir e siga adiante, em frente”. O ponto, entretanto, não seria o reconhecimento de que as intenções são importantes ao uso da linguagem, mas sim que as intenções são o significado a ser identificado. E, ademais, a negativa de que as convenções linguísticas tenham qualquer relevância para o significado. Em suma,

palavras sozinhas não podem transmitir significado, porque o significado variará quando forem atribuídas intenções diferentes às palavras, e porque as palavras não podem recusar a intenção que lhes foi atribuída (se elas pudessem realmente conter ou encarnar o significado por si mesmas) e porque nenhuma quantidade de palavras, nenhum grau de explícito necessariamente protegerá as palavras da intenção que você as atribui⁸⁵ (FISH, 2005, p. 634)

Essa versão forte do intencionalismo é rechaçada inclusive por autores que se reconhecem como intencionalistas, tal como Jeffrey Goldsworthy. É que as intenções, mesmo relevantes e eventualmente guiando o falante, podem não ser suficientes para produzir significado. Imagine que um sujeito pretende propor a namorada em casamento e tem a clara intenção de fazê-lo. Para tal, leva a futura

⁸⁴ Tradução livre de: “Go through the light”.

⁸⁵ Tradução livre de: words alone cannot deliver meaning, because meaning will vary when different intentions are assigned to the words, and because words cannot refuse the intention assigned to them (if they could they would indeed contain or embody meaning all by themselves) and because no amount of words, no degree of explicitness will necessarily protect words from the intention you assign them

noiva (ou candidata) a um restaurante especial e vista roupas para a ocasião. Se no momento propício para isso, por estar nervoso expressa “Hoje comeremos risoto de camarão”, ao invés de “Quer casar comigo?” (ou algo do tipo), por mais que ele tenha a intenção de realizar o pedido, ele não diz o que pretendia dizer. Isso demonstra que intenções não são suficientes e a comunicação depende de outros fatores.

Outra objeção forte ao intencionalismo é relacionada a identificação das intenções. Os intencionalistas normalmente são acusados de não conferirem critérios seguros para diferenciar vários níveis de intenção⁸⁶ (SINNOTT-ARMSTRONG e BRISON, 1993, p. 10-11). É possível tratar como intenção as intenções manifestas na linguagem que utilizou, o que efetivamente comunicou, o resultado que pretendia atingir e especificamente, quanto ao direito, como pretendia alterá-lo (GREENBERG, 2011; SLOCUM, 2015, p. 38).

Mesmo que se considere como racional o procedimento de elaboração e de promulgação de um ato legislativo, parece ser difícil explicar como essa presunção de racionalidade interfere na identificação do significado e como essa presunção poderia ser eventualmente reconhecida e utilizada de maneira precisa pelos intérpretes. Parece existir uma crença, tal como a de Fish (2005), de que as intenções seriam previsíveis e reduziriam a discricionariedade da atividade de interpretação. Mas não é uma presunção justificada porque a atividade legislativa nem sempre é cooperativa, e nem sempre o órgão legislativo comunica suas intenções de maneira clara (MARMOR, 2014, p. 43-59; POGGI, 2016, p. 240-244). Não irei considerar essa objeção porque ela está diretamente relacionada a questões sobre a natureza do legislativo e o seu comportamento, questões que são relevantes, mas que fogem do aspecto mais linguístico deste trabalho.

Ademais, os intencionalistas têm dificuldades para estabelecerem diferenças entre intenções do corpo legislativo e supostas razões pessoais do intérprete (SINNOTT-ARMSTRONG e BRISON, 1993, p. 12). Ekins, por exemplo, afirma que são diferentes, (EKINS, 2012, p. 250), mas não fornece nenhum critério suficientemente claro para diferenciá-las. Apresenta como exemplo da diferença o *The Fair Employment Act 1976*, que em seu artigo 16, item I (a), tratava como

⁸⁶ Quanto a referência singular, por exemplo, Korta y Perry (2011, p. 40-41) estabelecem que há quatro níveis de intenção: intenção gramatical, intenção direcional, intenção de alvo e intenção de trajeto.

ilegal (proibido) que empregadores discriminassem os empregados “*com base em crenças religiosas ou opiniões políticas*”⁸⁷ (EKINS, 2012, p. 252). Ao se considerar tão somente as expressões contidas no referido dispositivo, seria possível afirmar que estavam proibidos atos de discriminação com base em crenças religiosas ou opiniões políticas, ou proibidos atos de discriminação com base em crenças ou opiniões político-religiosas. Para Ekins, o *Fair Employment Tribunal* (corte com atribuição para o caso) equivocou-se ao afirmar que o propósito do ato legislativo seria proibir discriminações religiosas, reconhecendo, portanto, a proximidade entre religião e política (EKINS, 2012, p. 252). É que a intenção do documento seria proibir discriminação trabalhista com base tanto em crenças religiosas quanto em opiniões políticas, quaisquer que fossem. É difícil diferenciar, nesse caso, as intenções políticas concretas e razões mais abstratas, por mais que o autor afirme a diferença entre ambas e que uma é correta. O segundo exemplo sofre do mesmo problema, e é relativo ao artigo 34, item I⁸⁸ do *Evidence Amendment Act 1980*. Ekins inclusive afirma que, dado que os documentos normativos devem ser interpretados como um conjunto racional, visto que são proferidos pelo legislativo com a intenção racional de produzir o bem comum, o intérprete deveria evitar resultados absurdos (EKINS, 2012, p. 257-258). É nesse ponto que a identificação do significado se mostra completamente confundida com a tomada de decisão, ou seja, uma vez identificado o significado, decidir se ele “deveria” ou não, regular o caso (interpretação²).

Essa falta de diferenciação entre interpretação¹ e interpretação² não atinge apenas Ekins. Scott Soames, ao tratar das intenções, as diferencia em dois níveis: intenções ilocucionárias e intenções perlocucionárias (SOAMES, 2014, p. 307). As primeiras seriam relacionadas a afirmar ou estipular algo, possibilitando que o ouvinte reconheça a intenção de fazer isso; e a segunda seria relacionada a causar

⁸⁷ Tradução literal de: on the ground of religious belief or political opinion.

⁸⁸ Um advogado de patentes não deve divulgar em qualquer processo, qualquer comunicação entre ele e um cliente ou entre ele e qualquer outra pessoa agindo em nome do cliente, feita com a finalidade de obter ou dar qualquer informação protegida ou aconselhamento, exceto com o consentimento do cliente ou, caso o cliente esteja morto, com o consentimento de seu representante pessoal.

Tradução literal de: a registered patent attorney shall not disclose in any proceeding any communication between himself and a client or any other person acting on the client's behalf made for the purpose of obtaining or giving any protected information or advice, except with the consent of the client or, if he is dead, the consent of his personal representative.

algo como consequência do dito, afirmado ou estipulado⁸⁹ (SOAMES, 2014, p. 307). As intenções perlocucionárias somente seriam necessárias nos casos de vagueza, contradição entre diferentes documentos normativos ou então contradição de um determinado documento normativo com os propósitos evidentes que justificam esse documento (SOAMES, 2014, p. 308). Considere o seguinte exemplo hipotético de documento normativo:

é considerada contravenção contra a cidade de Planinsboro que alguém, excluídos os familiares ou confiáveis amigos dos familiares, forneça transporte de automóvel a qualquer criança da escola para o lar da criança ou para qualquer outro lugar⁹⁰ (SOAMES, 2014, p. 308).

A referida contravenção teria sido criada para reduzir o crescimento de agressões sexuais cometidas por homens que davam caronas a garotas após a escola. A senhora Gasparete oferece carona a uma garota da escola, Susan, até o mercado onde essa última trabalha. Gasparete é uma viúva que trabalha na cafeteria da escola e que vive próxima ao mercado em que Susan trabalha, mas que não é amiga de Susan e é desconhecida do resto da família. Nesse caso o magistrado provavelmente não puniria a senhora Gaspareti e desconsideraria o significado literal do documento normativo para não produzir uma decisão injusta no caso. Essa questão, entretanto, não é de seleção entre significados possíveis, mas de decisão quanto a seguir ou não a norma derivada do documento normativo.

Tratando de outro exemplo, Soames menciona parte da Primeira Emenda à Constituição Americana⁹¹ e afirma que não existiria nenhum sério argumento capaz de justificar que o que a emenda exige seja o que suas palavras literalmente significam, ou seja, que não poderá haver qualquer restrição ao discurso ou ao que a imprensa pode publicar (SOAMES, 2014, p. 310). Haveria então uma assimetria entre o significado da sentença no documento normativo e o significado jurídico

⁸⁹ Tradução livre de: to say, assert, or stipulate that P, by enabling one's audience to recognize one's intention to do so—and (...) —to cause or bring about something as a result of one's having said, asserted, or stipulated that P.

⁹⁰ Tradução livre de: It shall be a misdemeanor in the Township of Plainsboro for anyone other than close family members or trusted family friends to provide any child with transportation by automobile from school to that child's home or elsewhere.

⁹¹ Congress shall make *no law* respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or *abridging the freedom of speech, or of the press*; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

da Primeira Emenda, entre o significado da sentença e o significado asseverado por aqueles que elaboraram e aprovaram a Emenda (SOAMES, 2014, p. 311)

E é exatamente em razão dessa falta de diferenciação que muitas vezes o intencionalismo é confundido ou fundido em outro modelo de identificação do significado: o finalismo. O expoente mais reconhecido do finalismo é Lon Fuller, que afirma que o propósito ou razão(es) subjacente(s) à emanção do documento normativo é um elemento essencial na identificação do que o documento diz (FULLER, 1958). Uma das razões seria a interferência do contexto na identificação do significado de termos que ele parece considerar inequívocos: ao encontrarmos a frase “Toda melhora precisa ser prontamente informada a ...”⁹², o tipo de melhora a que se está referindo varia de acordo com a quem deve ser informada: “enfermeira chefe” ou “a Autoridade de Planejamento da Cidade” (FULLER, 1958, p. 664-665). Ou seja, a “melhora” a ser comunicada a enfermeira é uma evolução positiva na saúde de um paciente; a “melhora” a ser comunicada a autoridade de planejamento da cidade é uma ampliação ou alteração que aumenta o valor de um determinado imóvel.

Além da influência do contexto, para identificar o que a regra diz, segundo Fuller, normalmente nos perguntaríamos “Qual propósito da regra?”, “Que tipo de mal ela pretende proibir?”, “Qual é o benefício que ela pretende promover?” (FULLER, 1958, p. 655). Em suma, Fuller afirma que a identificação do significado depende de elementos contextuais e dos propósitos almejados com o estabelecimento do documento normativo. Um exemplo seria a regra “É proibido dormir na estação” presente nos regulamentos e anexadas às faixas das estações de trem do país X. Para Fuller, ao se levar em conta apenas as expressões contidas na sentença, tanto uma cochilada quanto alguém que leva travesseiro, colchão e cobertor seriam atingidos pela proibição. Mas isso seria um absurdo, já que várias pessoas que chegam à estação de trem, o fazem cedo ou no final de um dia de trabalho e extremamente cansadas. A regra não teria sido projetada para afastar os trabalhadores do uso do trem ou para puni-los por uma cochilada após um dia cansativo, mas para evitar que pessoas utilizassem a estação como abrigo. Em razão disso, ao se considerar as justificações, os propósitos que fundamentam a

⁹² Tradução livre de: All improvements must be promptly reported to...

regra, ela não atinge as cochiladas, mas tão somente as pessoas que vão para estação com a intenção de lá dormir.

É possível apresentar duas objeções a Fuller: uma sobre o papel do contexto e outra sobre a necessidade dos propósitos para a identificação do que os documentos normativos dizem. Sobre a primeira, Fuller parece defender que o significado é determinado pelo uso num determinado contexto, o que é uma noção problemática de uso. “Se o significado somente existisse no contexto particular em que as palavras e sentenças são usadas, é difícil ver como poderíamos conversar uns com os outros”⁹³ (SCHAUER, 2008, p. 1120). Ou seja, ou Fuller desconsidera o caráter composicional da linguagem, a capacidade que temos para compreender frases e palavras novas que jamais vimos antes, ou ele funde identificação do significado e tomada de decisão jurídica. Sobre a segunda, é perfeitamente possível tomar uma decisão sobre um determinado caso sem levar em conta os propósitos subjacentes a uma regra. Levando em conta esta noção distorcida sobre como funciona a linguagem e essa exigência normativa, Fuller confunde a questão se um tanque memorial de guerra ou um patinete são ou não veículos com a questão se a regra que proíbe veículos deveria ser aplicada, confunde o que os documentos normativos dizem com a questão do que deveríamos fazer quando eles dizem algo que não deveriam dizer (STRUCHINER, 2011).

Diferentemente dos autores preocupados com a identificação do significado literal e com o significado ordinário, os autores intencionalistas e os finalistas em geral, tendem a ressaltar o papel do contexto e as intenções do falante, salientando os processos de raciocínio e as inferências para a identificação do significado, tal como as máximas de Grice. De certa forma, podem até, tal como os intencionalistas moderados, reconhecer que os termos têm propriedades semânticas, mas se preocupam mais com o raciocínio e as justificações do que com a identificação das propriedades.

Um exemplo da diferença entre foco nas propriedades dos termos e foco nos aspectos pragmáticos e inferências seria a interpretação¹ do artigo 7º, XXI do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, qual determina:

⁹³ Tradução livre de: if meaning only existed in the particular context in which words and sentences are used, it is hard to see how we could talk to each other.

Art. 7º São direitos do advogado: (...) XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos.

Haveria nulidade ou não quando um procedimento administrativo disciplinar fosse instaurado e uma decisão fosse proferida sem que um advogado representasse o acusado? Há duas posições a respeito: que, a partir do dispositivo, a nulidade existe quando o advogado é impedido de atuar no processo administrativo disciplinar, que a nulidade existe em todos os processos administrativos disciplinares em que não houve a participação de advogado. Autores preocupados com significado literal ou até mesmo com o significado ordinário se repousariam sobre a questão tentando identificar quais as propriedades dos termos contidos na sentença e eventualmente, aspectos contextuais. Provavelmente reconheceriam a polissemia do termo “direito”⁹⁴ presente no caput do dispositivo e a partir daí iniciariam um processo de raciocínio para identificar quais os limites e a extensão dos direitos dos advogados, a fim de justificar eventualmente o que entendem como direito naquele documento normativo. Mas se o uso para a palavra “direito” tivesse um conteúdo específico, razoavelmente estável, com propriedades claras, não entrariam nesse tipo de avaliação. Autores preocupados com o significado intencional e também significado finalístico iriam eventualmente adentrar às inferências sobre a nulidade ou validade de processos administrativos disciplinares sem a participação de advogado, sem mesmo considerar a polissemia do termo “direito”. Mesmo que “direito” fosse um termo bem delimitado, nesse caso, eles não se furtariam a estabelecer a racionalidade do dispositivo para identificar o seu significado.

A partir dessa perspectiva irei abordar o próximo item deste capítulo. Os aspectos semânticos parecem facilitar a distinção entre interpretação conforme a constituição, inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, sentenças manipulativas aditivas e sentenças manipulativas substitutivas.

⁹⁴ Uma boa análise sobre a polissemia do termo direito pode ser encontrada em Carlos Santiago Nino (2010, p. 11-72).

3.2.

Efeitos do modelo de interpretação¹ no raciocínio do controle de constitucionalidade

Alguns institutos da jurisdição constitucional brasileira parecem depender da diferenciação entre interpretação¹ e interpretação² tal como a cláusula de reserva de plenário e serão considerados no próximo capítulo. Ressalto que, além de questões institucionais, a diferenciação entre interpretação¹ e interpretação² pode auxiliar na diferenciação dos casos de interpretação conforme e decisões manipulativas.

Na ADI 1371, julgada em 1998 pelo STF, questionava-se a constitucionalidade dos artigos 80 e 237, V da Lei Complementar 75/1993⁹⁵ em contraposição aos artigos 127 §1º e 128 §5º, II, “e”⁹⁶ da Constituição. Em suma, alegava-se que os dispositivos da lei complementar proibiam o exercício de atividade político-partidária, mas autorizavam a filiação partidária, o afastamento para concorrer a pleito (disputar eleição) ou exercer cargo eletivo, além da previsão de um tempo de desincompatibilização entre a atividade partidária e o exercício de funções eleitorais como membro do MP. Esses dispositivos violariam tanto a exigência de independência funcional do MP e seus membros quanto seriam excesso face à reserva legal constante da alínea “e” do §5º do art. 128.

Se consideramos a redação do artigo 237, V da lei, poderia ser expressado da seguinte maneira: “*Ao membro do MP é vedada a atuação político-partidária, autorizadas a filiação partidária e o afastamento para concorrer e exercer cargo eletivo.*” Em relação a esse artigo, o STF, no dispositivo da decisão, afirmou que conferia interpretação conforme para que a filiação partidária somente pudesse

⁹⁵ Art. 80. A filiação a partido político impede o exercício de funções eleitorais por membro do Ministério Público até dois anos do seu cancelamento. (...)

Art. 237. É vedado ao membro do Ministério Público da União: (...) V - exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e o direito de afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer.

⁹⁶ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

(...)

Art. 128. § 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (...) II - as seguintes vedações: (...) e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei. (Redação até a EC 41/2004). Após a EC 41 o texto passou a constar: e) exercer atividade político-partidária.

ocorrer com afastamento de funções institucionais, mediante licença. O que houve na verdade foi a imposição de uma restrição à autorização de filiação, condicionando a filiação ao afastamento. Ao se levar em conta o texto do documento normativo, estavam autorizadas todas as filiações de membros do MP, sem qualquer limitação. Após o julgamento, estavam autorizadas somente as filiações quando o membro do MP tivesse solicitado afastamento e licença.

Se formos levar em conta as propriedades semânticas dos termos e da sentença derivada do documento normativo e a definição de interpretação conforme considerada no primeiro capítulo, a menção à esta última foi inadequada. Não é um caso de indeterminação dos termos ou da sentença, ou seja, não há ambiguidade, preposição temporal ou qualquer outro tipo de fenômeno linguístico que exige por parte do intérprete qualquer tipo de processo de raciocínio mais complexo para identificar o que o órgão legislativo determinou. O que houve foi a identificação de um dispositivo cujo significado é incompatível com a constituição e decisão de redução da sua amplitude através da qualificação de uma de suas exceções. Essa qualificação da exceção, tal como visto no primeiro capítulo, pode tanto ser considerada uma decisão de redução de instâncias de extensão da exceção, quanto uma decisão manipulativa aditiva, uma ampliação da vedação a atividade partidária.

A diferença entre interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial sem redução, tal como colocada, parece não existir ou é mais difícil de delimitar quando se realiza uma abordagem com mais elementos pragmáticos, ou seja, quando se busca a identificação do significado intencional-finalístico. É que o STF considerou como duas interpretações possíveis, não um caso de indeterminação semântica da sentença, mas as inferências que poderiam ser deduzidas do dispositivo a partir de princípios estabelecidos na constituição. É como se a constituição fosse o padrão de racionalidade, a máxima griceana a ser seguida (para os intencionalistas), os princípios de justiça a serem utilizados como um padrão (para os finalistas) para identificar o significado. Pelo menos dois “significados” seriam possíveis: já que o MP deveria manter sua imparcialidade, “*Ao membro do MP é vedada a atuação político-partidária, autorizadas, após afastamento, a filiação partidária e a participação em pleito ou o exercício de cargo eletivo*”; ou, já que a constituição continha uma reserva de lei, dando poder à lei complementar para disciplinar os casos de atividade partidária, “*Ao membro*

do MP é vedado a atuação político-partidária, autorizadas a filiação partidária e o afastamento para concorrer e exercer cargo eletivo.”. E, realizando tal avaliação, o STF entendeu que, dentre os dois significados possíveis, somente o primeiro era compatível com a constituição, e invocou a interpretação conforme para estabelecê-lo. A identificação do significado seria dependente da intenção (ou propósito) que justifica a regra. Isso é um julgamento sobre o que documento normativo deveria dizer e não a identificação do que ele diz. O objeto a ser interpretado são as inferências racionais, a opção entre um raciocínio ou outro acerca da justiça do documento normativo.

Em momento algum estou discutindo o resultado da decisão proferida, mas tão somente os mecanismos de raciocínio para identificação do significado do documento normativo. O modelo de identificação que se concentra em aspectos semânticos parece ser mais útil e menos impreciso. É que categorias complexas e menos estáveis quando utilizadas para decidir tornam os tomadores de decisão mais suscetíveis a erros, influências emocionais, vieses e outros fatores cognitivos que prejudicam o julgamento (ZAMZOW, 2015; STRUCHINER e TAVARES, 2014). Ademais, o processo de deliberação sobre questões políticas é sujeito a desacordos razoáveis ou circunstâncias da política (BELLAMY, 2007; WALDRON, 1999). E, especificamente, a de deliberação de órgãos colegiados no Brasil é individual e é complexo identificar o fundamento de cada ministro, sem qualquer tipo de unificação ou diálogo verdadeiramente racional entre seus membros (MENDES, 2011), além da dispersão de fundamentos (LEITE e BRANDO, 2016). Com isso, um modelo de identificação do significado baseado em inferências a partir de diversos votos, em diferentes casos, parece ser bem menos útil e eficiente do que um modelo de identificação que se baseia nas propriedades das expressões contidas no documento normativo, ou seja, um padrão.

Assumido o primeiro modelo como mais adequado, considero a interpretação conforme a operação compatível com casos de indeterminação, tais como ambiguidade, vagueza, preposições temporais, indexicais, etc. Ressalto, entretanto, que em alguns casos, o próprio documento normativo fornece critérios para lidar com a indeterminação. A interpretação conforme seria necessária quando o documento normativo não fornecesse critérios para a identificação do significado do documento normativo sob análise, ou seja, quando a constituição

passa a ser o elemento que possibilita a identificação do que o documento normativo diz.

Mas há casos em que não se justificaria realizar a tal interpretação conforme. São casos em que não é necessário o enriquecimento contextual, seja porque não se está diante das expressões que ativam o contexto, seja porque o próprio documento normativo fornece critérios suficientes para isso. Tal como já afirmado, a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é utilizada quando algo atingido pelo documento normativo diz é incompatível com a constituição. Nesse caso, somente essa hipótese de aplicação é considerada inconstitucional, mas as outras não. O que o órgão decisor faz é identificar o significado do documento normativo a partir de suas propriedades, compará-lo com a constituição e rejeitar a aplicação do documento que é incompatível com a constituição. O STF mantém, entretanto, as outras hipóteses de aplicação. Esse tipo de raciocínio não é interpretação enquanto identificação (interpretação¹), mas interpretação enquanto tomada de decisão quanto a vinculação (interpretação²), que será abordada adiante.

As decisões manipulativas aditivas e substitutivas também são perfeitamente reconhecidas nesse caso, visto que é possível afirmar qual é o significado do documento normativo. A questão é que esse significado identificado gera um resultado subótimo se comparado às exigências constitucionais. Em razão disso, o órgão decide ampliar os casos abarcados pelo documento normativo, estender seu significado (decisão manipulativa aditiva) ou então substituir completamente o dispositivo, mudando o significado (decisão manipulativa substitutiva).

Em suma, quando o significado do documento normativo é identificado a partir das propriedades dos termos, ressaltado os casos de necessidade de enriquecimento contextual, é completamente possível diferenciar, interpretação conforme a constituição, inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, decisão manipulativa aditiva e decisão manipulativa substitutiva. Mas quando se determina o significado do documento normativo a partir das inferências racionais que dele podem ser derivadas, a diferenciação torna-se mais difícil. Tal qual no exemplo acima, do pai que diz ao filho “Avance no sinal”, o ponto não é entender quais são as categorias e as propriedades semânticas do proferimento, mas raciocinar e identificar qual é o significado que está implícito nessa comunicação,

seja identificando as intenções do falante, ou especificamente, os valores e finalidades que justificam a emanação de determinado documento normativo.

E essa indistinção ocorre porque ao se presumir que o legislativo age apenas racionalmente, de maneira justificada numa ordem constitucional, o órgão nunca deixa a entender algo inconstitucional. Ao se presumir que o legislativo sempre age buscando o bem comum - tal como Ekins, ou racionalmente, tal como os outros intencionalistas, ou de maneira compatível com os propósitos subjacentes, tal como Fuller - e também se presumir que todo proferimento linguístico emanado pelo órgão legislativo respeita essa racionalidade, é praticamente impossível diferenciar os casos em que há mais de uma interpretação possível (em que se recorre ao contexto para se realizar interpretação¹) dos casos em que os juízes e outros agentes da tomada de decisão identificam o significado do documento normativo, mas rejeitam aplicá-lo (interpretação²).

3.3. Conclusões parciais

É importante diferenciar a identificação do significado (interpretação¹) da vinculação a esse significado (interpretação²), visto que é possível descobrir o que um documento normativo diz sem necessariamente se guiar por ele para tomar uma decisão. Tratando da identificação do significado do documento normativo, o contínuo semântica-pragmática é útil para caracterizar as posições existentes no direito. Numa ponta, autores preocupados com a identificação das propriedades dos termos e a composicionalidade, ou seja, aspectos semânticos, e na outra, autores preocupados com elementos pragmáticos, tais como as intenções dos órgãos legislativos, o contexto dos documentos normativos, entre outros aspectos. Na ponta mais semântica do contínuo, no direito, teríamos os autores preocupados com a identificação do significado literal (ou textualistas), passando por autores da linguagem ordinária, intencionalistas moderados, intencionalistas puros, na ponta mais pragmática, autores preocupados com a identificação do significado finalístico. Apesar da apresentação supostamente binária, autores de cada campo, eventualmente, fazem concessões a considerações da outra ponta, tal como textualistas reconhecendo influência do contexto, ou intencionalistas reconhecendo que os termos têm sim propriedades semânticas. A diferenciação

das espécies interpretação conforme, inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, sentenças manipulativas aditivas e sentenças manipulativas substitutivas, parece ser mais simples ao se levar em conta abordagens mais preocupadas com aspectos semânticos. Isto não significa, entretanto, que a diferenciação entre as espécies deva necessariamente existir.

4.

A Interpretação² e considerações sobre o Controle de Constitucionalidade Brasileiro

Nos capítulos anteriores, especialmente no último, eu asseverei e ressaltarei que há uma diferença entre identificar o significado de um documento normativo (interpretação¹) e decidir uma questão com base nesse significado (interpretação²). Até esse ponto, avalei apenas o primeiro aspecto, ou seja, a identificação do significado. Neste capítulo pretendo considerar aspectos da decisão com base em um significado e especialmente de como a diferenciação entre interpretação¹ e interpretação², possibilitada pela consideração semântica do significado dos documentos normativos, parece reduzir problemas de institutos da jurisdição constitucional brasileira.

Há um debate na teoria do direito sobre como modelar o sistema ou qual deveria ser a atitude de juízes face a regras. Ou seja, identificado o significado do documento normativo, estaria o tomador de decisão vinculado a ele? As posições variam entre entender que estão vinculados sempre (formalistas fortes), estão vinculados em alguns casos e em outros não (formalistas moderados) e que nunca estão vinculados, sendo o significado do documento normativo apenas um aspecto da tomada de decisão (particularistas sensíveis às regras) (STRUCHINER, 2011; STRUCHINER, 2005; SCHAUER, 1991; GOLDMAN, 2002; ALEXANDER e SHERWIN, 2001; HURD, 1999). A existência de uma jurisdição constitucional parece entrar em tensão com um formalismo forte (ou puro), restando, portanto, como menos problemáticas a opção por um formalismo presumido ou um particularismo sensível às regras jurídicas. Após considerar brevemente as características desse modelo e considerar porque ele não é compatível com o exercício de jurisdição constitucional, passo à consideração dos dois mais compatíveis, resumindo algumas críticas que são feitas a ambos. Acredito que as críticas podem ilustrar alguns problemas que o proferimento de decisões interpretativas gera, tais como: as razões que fundamentam o proferimento de uma decisão interpretativa, a possibilidade de utilização das espécies no controle difuso e no controle concentrado, a compatibilidade das espécies de decisões interpretativas com o controle difuso e o controle concentrado, e a incidência da cláusula de reserva de plenário.

4.1.

Vinculação dos oficiais às fontes (modelos de tomada de decisão) e a jurisdição constitucional

Imagine o seguinte escrito numa placa na entrada de um parque “São proibidos veículos no parque”⁹⁷. É possível discutir a questão em dois pontos: o que o escrito na placa diz e se a regra deveria ser seguida. Sobre a primeira parte questiona-se, por exemplo, quais objetos seriam atingidos pela norma? Carros, motos, patinetes, tanques memoriais de guerra, cadeiras de rodas, veículos? Sobre o segundo ponto: ao se assumir que uma cadeira de rodas é veículo, deveria a regra ser mantida nesses casos? Se o estacionamento do parque fosse numa parte interna e após a placa, deveriam os usuários serem proibidos de adentrar com seus carros para estacionar? É perfeitamente possível separar a discussão do que os documentos normativos significam das questões sobre quando eventualmente os tomadores de decisão estão ou não vinculados a esse significado para decidir. E mesmo que a identificação do significado deixe de ser um problema, permanece latente a dúvida se os oficiais que utilizam dos documentos normativos para julgar deveriam ficar adstritos ao significado dos documentos para tomar as decisões ou se poderiam considerar outros fatores. Devem os oficiais seguir a determinação das fontes legislativas em todos os casos? Ou eles deveriam considerar outros fatores? Quais? Estariam os juízes vinculados aos significados dos documentos normativos em todos os casos, em nenhum caso, ou em alguns casos estariam vinculados e em outros não? Se apenas em alguns, em quais? Sob quais condições? Esse questionamento pode ser identificado a partir do debate entre formalistas, particularistas sensíveis às regras e formalistas presumidos.

Brian Slocum fala, por exemplo, da posição *default* da identificação do significado ordinário, que poderia eventualmente, e fundamentadamente, ser afastada por outras considerações (SLOCUM, 2015, p. 99). Há outros autores que fazem a diferenciação tal qual apresento, como Mark Greenberg (2011), Andrei Marmor (2014, p. 32-33), Frederick Schauer (1991; 2008), Scott Soames (2014) e Noel Struchiner (2011). Para alguns, os decisores estariam limitados a reconhecer o material jurídico prévio (reconhecer o significado dos documentos normativos)

⁹⁷ O exemplo é retirado da discussão entre Hart e Fuller. Para uma boa análise desse debate, ver Schauer (2008).

e não poderiam se furtar a esse significado (SCALIA, 1997, p. 24). Para outros, os decisores não estariam vinculados ao significado dos documentos normativos, mas sim a padrões de justiça enraizados na história da comunidade e ao mesmo tempo, seriam autores dessa história (DWORKIN, 1986).

Várias incompreensões são decorrentes dessa indistinção, e a diferenciação entre as espécies de decisões interpretativas provavelmente é apenas um exemplo problemático disto.

Como as considerações sobre o modelo de identificação do significado do documento normativo já foram realizadas, passo a considerar as três versões sobre a vinculação dos juízes ao significado do documento normativo: formalismo forte, formalismo presumido, e particularismo sensível às regras. Essas considerações serão úteis para apresentar as várias inconsistências existentes em alguns institutos da jurisdição constitucional brasileira.

4.1.1. Formalismo forte

O primeiro modelo de tomada de decisão a ser considerado é o de vinculação absoluta, o formalismo forte. Neste os tomadores de decisão estão vinculados ao significado extraído dos documentos normativos, mesmo quando discordarem do resultado que isso gera. Eles decidem vinculados ao significado dos documentos normativos mesmo que não concordem que essa decisão é boa ou justa.

Retomemos ao exemplo dos alunos que estão, segundo o regulamento da escola, impedidos de fazerem o passeio com a turma por não terem uniforme. Se não existir nenhuma regra contrariando a proibição, um tomador de decisão formalista forte, mesmo que discordasse da proibição, a aplicaria, a não ser que outra regra criasse expressamente uma exceção para o caso (o que não ocorre no nosso exemplo).

Para formalistas fortes não caberia aos tomadores de decisão realizar a interpretação², mas tão somente a interpretação¹. Os tomadores de decisão somente identificariam a regra aplicável ao caso, mas não poderiam decidir quando estariam vinculados e quando não estariam vinculados a ela. Estariam sempre vinculados.

Uma crítica comum aos formalistas fortes é que eles deixam de realizar justiça no caso, deixam de se adaptar às considerações do caso (STRUCHINER, 2005). Os formalistas fortes não negam isso, mas normalmente estão preocupados com outros valores ou questões normativas, tais como: a coordenação dos destinatários, ou seja, a possibilidade dos afetados poderem planejar suas atividades de maneira mais previsível; eficiência, possibilitar que juízes decidam vários casos ao invés de gastar seu tempo tentando compreender apenas um caso; evitar vieses cognitivos e erros na tomada de decisão, pois a consideração sobre todos os valores relevantes potencializa que tomadores de decisão solucionem as questões de maneira incorreta; a alocação de poder, ou seja, quem no sistema tem a responsabilidade e deve se ajustar às necessidades da população (SCHAUER, 1991, p. 135-166).

Um sistema jurídico com controle de constitucionalidade parece entrar em tensão com um modelo de tomada de decisão formalista forte. É que nesses sistemas, normalmente, aos juízes é atribuída a função de, depois de identificada a norma legal aplicável ao caso, deixar de aplicá-la quando esta contradizer a constituição. E a postura dos juízes no formalismo forte é manter a regra mesmo quando ela gera resultados subótimos. Juízes formalistas estariam, num controle de constitucionalidade, sempre sujeitos a aplicar ou deixar de aplicar a regra em razão de considerações constitucionais. Isso seria simples nos casos em que os parâmetros constitucionais são claros, mas seria problemático nos casos em que os parâmetros constitucionais são vagos, como por exemplo na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

É possível também imaginar sistemas desenhados para que alguns tomadores de decisão fossem obrigados a serem formalistas e outros não. No caso do sistema jurídico espanhol, somente uma corte pode exercer controle de constitucionalidade e os demais órgãos judiciários, ao se depararem com a questão devem remeter diretamente a questão à corte com atribuição especial. Outra opção seria o juízo resolver o caso deixando de considerar a questão constitucional, que seria eventualmente aventada em pedido de reexame à corte competente. Apesar de essa possibilidade existir, não a considerarei porque esse não é o caso do controle de constitucionalidade brasileiro, que habilita praticamente todos os órgãos jurisdicionais a realizarem o controle de constitucionalidade.

Um bom exemplo seria a ADI 4277, julgada pelo STF em 2011. Na referida ação, questiona-se, entre outros pontos, a constitucionalidade do artigo 1723 do Código Civil⁹⁸, sob o fundamento de que o referido dispositivo acabava por impedir que casais do mesmo sexo constituíssem união estável e em razão disso, recebessem a proteção do estado brasileiro. Essa proibição seria uma violação às exigências constitucionais como igualdade, liberdade e a dignidade da pessoa humana. Num sistema formalista forte, o afastamento da regra, que proibia a união estável de pessoas do mesmo sexo, por considerações constitucionais não ocorreria. Caberia ao legislativo implementar a agenda e reconhecer o direito dos prejudicados nesse caso.

4.1.2. Particularismo sensível às regras

Em oposição ao formalismo forte, há o particularismo sensível às regras. Nesse modelo de tomada de decisão caberia ao juiz, mesmo identificada a norma relativa ao caso, decidir se seguiria ou não seguiria a norma.

Retomando o exemplo da regra do passeio de uniforme, num sistema particularista sensível às regras seria perfeitamente possível que a professora, por exemplo, desconsiderasse a proibição de ir a passeios sem uniforme já que a circunstância em que os alunos se encontram justificaria, em tese, uma exceção.

Os juízes identificariam em cada caso qual é a norma aplicável, mas, ao mesmo tempo, considerariam se há razões suficientes ou não para seguir a regra no caso. Os tomadores de decisão deveriam levar em conta os vários fatores envolvidos para decidir se aplicariam a prescrição de determinado documento normativo ou não, em que a atividade de interpretação seria a identificação do significado do documento normativo e também a decisão fundamentada se esse documento normativo deveria ser seguido ou não. Eles seguiriam a regra somente quando a coordenação, eficiência e estabilidade gerada pela regra fosse superior à justiça realizada no caso concreto. O que o documento normativo “disse” seria só um aspecto da decisão, e o juiz deveria decidir fundamentadamente quando há razões para seguir a regra e quando não há:

⁹⁸ Art. 1.723. 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.

A avaliação de quanto um juiz tem razão para fazer cumprir a lei exigem avaliar a importância dos bens que seriam alcançados pela sua atuação. Só com essa avaliação na mão pode um juiz determinar o valor relativo do resultado em comparação com outros valores concorrentes que podem estar em causa sobre uma ocasião de julgamento. Tratar os requisitos legais como o fornecimento de razões independentemente de sua justificação subjacente irá distorcer a avaliação comparativa - ele irá criar uma presunção injustificada a favor da aplicação da lei. A presunção irá inclinar o juiz o juiz para impor quando as justificações disponíveis para lei não a exigem. Isso vai deixar o juiz incapaz de determinar com precisão a força da autoridade moral da lei sobre seu processo de tomada de decisão (REEVES, 2011, p. 335).

As críticas a esse sistema são que ele funciona de maneira instável, dificultando a coordenação entre os atingidos pelas regras, potencializando a ocorrência de erros cognitivos e sistêmicos, além de possibilitar que juízes, de certa forma, usurpem as decisões que foram tomadas por agentes com legitimidade, no caso o legislativo. Mas o valor protegido pelos particularistas sensíveis às regras é a produção de justiça nos casos decididos.

Esse modelo é, a princípio, compatível com controle de constitucionalidade, especialmente o difuso, já que neste sistema os juízes avaliam em todos os casos se a norma que se baseia o julgamento é constitucional ou não. Caberia aos juízes além de identificar a norma aplicável ao caso, decidir se essa norma deve ou não ser seguida com base na constituição.

Um bom exemplo seria o Recurso Extraordinário 658312, cuja questão era a constitucionalidade do artigo 384 da Consolidação das Leis Trabalhistas⁹⁹, que determina o descanso obrigatório de 15 minutos entre o encerramento da jornada regular e o início das horas extraordinárias. Questionava-se a constitucionalidade (não recepção) do dispositivo por violar a exigência de igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I)¹⁰⁰ e a proibição de medidas discriminatórias relativas ao trabalho (art. 7º, XXX)¹⁰¹, ambos previstos na Constituição Federal. É que a regra permitia um descanso às mulheres, mas não aos homens. O tratamento diferenciado, entretanto, determinado pelo dispositivo, foi considerado constitucional em razão da histórica diferenciação e discriminação das mulheres

⁹⁹ Art. 384 - Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

¹⁰⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

¹⁰¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

no mercado de trabalho, pelo fato de a mulher ter menor resistência física e, ademais, pelas mulheres, em sua maioria, ainda trabalharem e cuidarem do lar simultaneamente.

Mas várias questões poderiam eventualmente ter sido levantadas ou apresentadas no caso. A conclusão poderia ser de estender o dispositivo aos homens, ao invés de simplesmente recepcioná-lo. Poderia também ser de excluir a benesse, já que dificulta o acesso da mulher ao mercado de trabalho. Uma terceira alternativa, seria a manutenção da regra para todos os casos, excluindo as mulheres com altos cargos no setor corporativo, uma vez que não se exige força física para o desempenho dessas funções.

Em suma, os problemas e as objeções ao controle difuso são muito parecidos com os problemas às regras: os atingidos pelas normas não sabem o que seguir (coordenação), juízes tomam decisões sem considerarem realmente todos os fatores relevantes com o cuidado necessário (possibilidade de erros cognitivos e sistêmicos), usurpação por parte dos juízes das decisões que foram tomadas por agentes com legitimidade, os legisladores (alocação de poder), entre outros.

4.1.3. Formalismo moderado

O último modelo de tomada de decisão a ser considerado é o formalismo moderado. Nesse modelo, os tomadores de decisão estariam vinculados ao significado dos documentos normativos na maioria dos casos, mas em situações excepcionais poderiam afastar a regra e tentar produzir uma decisão para o caso. Segundo esse modelo, identificada a regra, os juízes deveriam segui-la na maioria dos casos, exceto em raríssimas exceções, quando poderiam furtar-se a segui-la. Aos juízes caberia interpretação¹ ordinariamente e, em algumas situações, poderiam considerar razões para afastar ou aplicar a regra (interpretação²). Nesse modelo as regras têm uma força presumida, mas não são necessariamente conclusivas, elevando o limiar de força para serem derrotadas (STRUCHINER, 2005, p. 171).

Haveria uma presunção a favor do resultado gerado pela interpretação literal da regra mais localmente aplicável. No entanto, aquele resultado seria apenas presumido, sujeito à derrota quando normas menos localmente aplicáveis,

incluindo-se o propósito subjacente à norma particular e também normas tanto dentro quanto fora do domínio decisório em questão oferecem razões especialmente exigentes para que se evite o resultado gerado pela norma presumivelmente aplicável (SCHAUER, 2011, p. 114).

Para Walter Sinnott-Armstrong (2000, p. 318), a opção entre manter-se vinculado ao significado das prescrições ou a desviar deles dependeria das consequências de cada método. Se estar vinculado traz melhores resultados, os juízes deveriam ignorar as outras considerações; quando não estar vinculado traz os melhores resultados, os juízes deveriam ignorar as prescrições e realizar a melhor decisão para o caso. O autor elenca cinco critérios que serviriam para avaliar se os agentes de decisão deveriam decidir vinculados ou não: eficiência¹⁰², equidade ou *fairness*¹⁰³, previsibilidade¹⁰⁴, os riscos de erros judiciais¹⁰⁵ e a alocação de poderes¹⁰⁶ (SINNOTT-ARMSTRONG, 2000, p. 320-323). Para o

¹⁰² Segundo o primeiro critério, eficiência, se juízes decidissem caso a caso e não segundo um padrão, teriam que avaliar o caso com muitas considerações, o que seria trabalhoso; mas para permitir que todos os casos fossem julgados sem muita avaliação, seriam necessárias regras complexas, o que seria dispendioso, especialmente se comparado à facilidade de se realizar julgamentos morais (SINNOTT-ARMSTRONG, 2000, p. 320). Ademais, a importância da eficiência poderia variar de acordo com os casos: para sentenciar alguém a morte ou prisão exige mais tempo e cuidado, em detrimento da eficiência; mas a eficiência é mais importante em casos repetidos, quando os detalhes dos casos são difíceis de estabelecer, quando a decisão não gera resultados consideráveis ou quando há muito casos a se julgar (SINNOTT-ARMSTRONG, 2000, p. 320).

¹⁰³ O segundo critério, equidade ou *fairness*, considera que se juízes decidem caso a caso de acordo com as suas convicções morais, pessoas na mesma condição podem receber tratamentos diferenciados (SINNOTT-ARMSTRONG, 2000, p. 321). Mas esse tipo de problema poderia ser criado também por diferentes atos legislativos, caso em que um sistema de vinculação manteria a discriminação injustificada criada pela legislação (SINNOTT-ARMSTRONG, 2000, p. 321)

¹⁰⁴ O terceiro critério, previsibilidade, leva em conta a dificuldade que os cidadãos atingidos pelas prescrições teriam para saber o que fazer. A previsibilidade seria reduzida, se não houvesse um padrão para a tomada de julgamentos, como, por exemplo, um sistema de ações afirmativas que previsse “a quotas somente serão distribuídas quando for justo” (o que é justo?); entretanto, também seria afetada por uma regulação extremamente complexa, caso em que os cidadãos não poderiam prever qual seria a atuação oficial (SINNOTT-ARMSTRONG, 2000, p. 321). Ademais, apesar de alguns aspectos da vida das pessoas depender de previsibilidade, tal como o trânsito ou a economia, mas nem todos dependem (SINNOTT-ARMSTRONG, 2000, p. 321)

¹⁰⁵ O quarto critério, o risco de erros judiciais, está relacionado ao incremento do perigo de juízes errarem quando decidem caso a caso, que é reduzido quando decidem vinculadamente. Porém, se já há um erro legislativo, a atuação vinculada dos juízes manteria os erros anteriores. Nesse caso, o modelo vinculado ou desvinculado dependeria de considerações comparativas sobre erros judiciais e legislativos, especialmente sobre o número, a relevância e a dificuldade de corrigir os erros: juízes têm mais informações sobre os casos, são treinados para isso, têm a obrigação de fornecer razões para o seu julgamento, e não estão sujeitos a tantas pressões políticas, tais como lobby; juízes, contudo, não recebem muita informação sobre a sociedade em geral, não recebem, normalmente, informações de terceiros que eventualmente serão atingidos pela decisão e tomam as decisões ou individualmente ou em pequenos grupos (SINNOTT-ARMSTRONG, 2000, p. 322).

¹⁰⁶ O quinto critério, alocação de poderes, está relacionado ao poder que cada agente tem, sendo que juízes que decidem com base num modelo não vinculado têm muito poder, mas nenhuma legitimidade (não são eleitos). Entretanto, é exatamente o fato de não serem eleitos que permite lidar com questões relacionadas a direitos de minorias (SINNOTT-ARMSTRONG, 2000, p. 323).

autor, a avaliação desses critérios deveria ser embasada a partir de considerações empíricas tais como o país em que está sendo implementado, o nível das cortes, e as áreas do direito (SINNOTT-ARMSTRONG, 2000, p. 323). Nessa linha Sinnott-Armstrong defende que juízes antes de decidirem o caso deveriam questionar se estão vinculados ou não, levando em conta os cinco critérios, para depois decidir o caso.

Dentro do formalismo presumido, portanto, a interpretação ocorre em dois estágios: na identificação do significado dos documentos normativos e, excepcionalmente, na avaliação se esse é ou não um caso que fortemente justifica um afastamento da regra.

Um exemplo possível é a ADI 1586, julgada pelo STF. Questionava-se a inconstitucionalidade do artigo 131 da lei paraense nº 5810¹⁰⁷, confrontada com o art. 37, XIV¹⁰⁸ da Constituição Federal. A lei determinava concedia uma série de adicionais e determinava “adicionais serão calculados sobre a remuneração do cargo”. Essa incidência dos novos benefícios sobre o valor dos benefícios anteriormente recebidos foi considerada inconstitucional pelo STF, pois seria contrária à proibição de acúmulo de benefícios incidir sobre benefícios anteriores. Ordinariamente, quando uma regra estabelece que determinado servidor tem direito a receber certa quantia, essa regra é aplicada. Mesmo quando questionada, em circunstâncias tais como a falta de recursos financeiros do estado, nem por isso os juízes se habilitam a afastar a aplicabilidade da regra. Entretanto, exigências relacionadas ao limite de gastos públicos podem justificar o afastamento da regra que concede determinados valores aos servidores.

Os formalistas moderados sofrem de duas críticas opostas. Para aqueles que se preocupam com a realização da justiça em todos os casos, os formalistas moderados parecem permitir a ocorrência de resultados injustos. Para aqueles que

¹⁰⁷ Art. 131 – O adicional por tempo de serviço será devido por triênios de efetivo exercício até o máximo de 12 (doze).

§1º - Os adicionais serão calculados sobre a remuneração do cargo, nas seguintes proporções: I – aos três anos, 5%; II – aos seis anos, 5% - 10%; III – aos nove anos, 5% - 15%; IV – aos doze anos, 5% - 20%; V – aos quinze anos, 5% - 25%; VI - aos dezoito anos, 5% - 30%; VII - aos vinte e um anos, 5% - 35%; VIII - aos vinte e quatro anos, 5% - 40%; IX – aos vinte e sete anos, 5% - 45%; X – aos trinta anos, 5% - 50%; XI - aos trinta e três anos, 5% - 55%; XII - após trinta e quatro anos, 5% - 60%.

§2º O servidor fará jus ao adicional a partir do mês em que completar o triênio, independente de solicitação.

¹⁰⁸ Art. 37 (...) XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

se preocupam com questões como coordenação, estabilidade, previsibilidade e legitimidade, os formalistas moderados permitiriam que em alguns os juízes se furtassem a realizar esses valores. Como poderiam considerar quando seguir e quando não seguir a regra, essa avaliação da manutenção ou não da presunção poderia se tornar um particularismo sensível às regras (ALEXANDER e SHERWIN, 2001, p. 68).

O formalismo moderado é, pelo menos em princípio, compatível com a jurisdição constitucional. É que caberia aos juízes, ordinariamente, identificar a norma aplicável ao caso e decidir vinculado a essa norma. Entretanto, em determinadas situações, caberia aos juízes afastarem a regra, ou ajustarem-na para que a decisão fosse compatível com a constituição. De certa forma, um sistema cuja interpretação conforme é uma decisão possível, parece ser, pelo menos a princípio, um sistema em que se implementa um formalismo moderado. Ou seja, nesse sistema caberia aos juízes, normalmente, a tarefa de identificar a norma aplicável ao caso, mesmo que suspeitassem da inconstitucionalidade, e, em situações extremas, caberia a esses juízes ou deixar de aplicar a norma inconstitucional ou realizar ajustes na interpretação para que ela não fosse considerada inconstitucional. E se há semelhanças, aparentemente a crítica feita ao formalismo moderado também serve à utilização da interpretação conforme: a falta de critérios seguros para afirmar qual é o caso que habilita interpretação conforme e qual não habilita.

Como exemplo, as ADCs 34 e 44. Em um dos votos favoráveis à possibilidade de execução da pena após a decisão de 2ª instância, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso invocou a interpretação conforme em relação ao art. 283¹⁰⁹ do Código de Processo Penal, porque o aguardo do trânsito em julgado dos recursos: a) enfraqueceria a tutela de bens jurídicos pelo direito penal e a confiança da sociedade na justiça criminal; b) funcionaria como estímulo à criminalidade, especialmente corrupção; c) a taxa de reversão de condenações no STF seria insignificante; d) que o novo posicionamento era uma mutação constitucional (derivada de outra mutação constitucional); e) que o posicionamento anterior era um mecanismo de

¹⁰⁹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

seletividade penal, protegendo réus abastados e desconsiderando réus que não têm direito a pagar pelos serviços de advogado para propor recurso extraordinário; f) que o posicionamento anterior acabava por estimular a prescrição de ações penais. Ademais, a constituição permitiria a execução após segunda instância já que: a) condicionaria a certeza da culpabilidade ao trânsito em julgado, mas não condicionaria a prisão; b) presunção de inocência seria um princípio a ser ponderado no caso; c) após esgotadas as instâncias ordinárias, a execução da pena seria exigência de ordem pública, ou seja, proteção de direitos; d) além de equilibrar o sistema criminal já que i) coíbe interposição de recursos protelatórios ii) favorece a autoridade das instâncias ordinárias; e) coibiria a seletividade do sistema punitivo brasileiro; f) quebraria a percepção de impunidade em relação a justiça criminal brasileira. Por último, o art. 283 do CPP não proibiria a execução após a decisão de segundo grau, tendo em vista a ponderação de todas as razões (supostamente) constitucionais acima descritas.

A decisão do STF foi amplamente criticada nas razões normativas. Além de uma controversa avaliação sobre o que determina o art. 283 CPP, criticou-se amplamente a decisão por não respeitar preceitos constitucionais claros. Tanto que grande parte dos fundamentos da decisão concentram-se em elementos disputáveis, tal como o “déficit de proteção dos direitos fundamentais”, “a sensação de impunidade no país”, o “respeito ao trabalho das instâncias inferiores”, etc. Isso parece indicar que a avaliação das razões para se aplicar ou se afastar a regra do art. 283 CPP eram, pelo menos, questionáveis.

4.2. Por que interpretação¹ e interpretação² (de novo)?

Abordada no terceiro capítulo e complementada pelo início deste, considera-se novamente a diferenciação entre “interpretar” o que a legislação “diz” e “interpretar” se o “dito” decidirá o caso.

Ao considerar os aspectos semânticos do significado do documento normativo, a diferenciação é perfeitamente possível. Identificamos o que documento normativo diz e depois avaliamos (a depender do modelo de tomada de decisão) as razões para seguir o que foi dito pela legislação ou não. Esse tipo de consideração permite um maior controle sobre o que está sendo feito, facilita

aos destinatários da norma compreender como planejar suas vidas, reduz a possibilidade de erros cognitivos e mantém, até um certo ponto, a alocação de poderes: cabe ao legislador determinar as regras, fazer as escolhas em geral, e cabe ao juiz implementar essas escolhas de maneira concreta. Entretanto, não é perfeito. Há casos em que não sabemos o que a legislação diz. Quando isso ocorre, é necessário recorrer ao que consideramos razoável ter sido dito, e a diferença entre interpretação¹ e interpretação² acaba se desfazendo.

Numa abordagem semântica é perfeitamente possível identificar quando não sabemos o que o documento normativo diz e quando o que ele diz é inconstitucional. Depois de identificado o que diz, comparamos com a constituição e decidimos (particularismo sensível às regras, ou formalismo presumido) se deverá regular o caso (controle difuso/concreto), ou se ela será ou não afastado (controle concentrado/abstrato). Quando temos dificuldade para determinar o significado, invocamos a constituição e decidimos o que ela razoavelmente teria dito.

Ao considerar aspectos pragmáticos do significado do documento normativo, não há diferenciação entre identificar o significado e aplicar ou afastar o documento normativo do caso. É como se ao olhar para o documento normativo, ao invés das palavras ali presentes e dos usos que normalmente atribuiríamos a elas, víssemos uma simplificação da atividade racional do órgão legislativo, que é o que pretendemos realmente identificar. Nesse caso o texto não tem significado se dissociado dessa ação racional e das máximas (e intenções) que o fundamentam. De acordo com essa perspectiva, o texto nunca diz algo absurdo, mesmo que pareça. Quando o texto diz algo que não queremos ouvir, na verdade, o que está ocorrendo é que não compreendemos as máximas e a intenção do legislador. Numa avaliação pragmática, a diferenciação entre interpretação¹ e interpretação² se desfaz completamente. Identificar é, ao mesmo tempo, decidir utilizar ou não o texto para julgar o caso.

Numa abordagem pragmática, a identificação do documento normativo é, ao mesmo tempo, a avaliação sobre a sua constitucionalidade. O documento normativo só diz o que é constitucional pois, do contrário, violaria as máximas e as intenções racionais subjacentes, tais como a pretensão de ser de acordo com a constituição.

4.2.1.

Qual a relação entre interpretação¹, interpretação², o controle de constitucionalidade e as decisões interpretativas?

Os modelos de tomada de decisão superficialmente descritos acima completam, de certa forma, os elementos para se poder diferenciar, caso seja necessário, a interpretação conforme das decisões manipulativas (reduitiva, aditiva e substitutiva). Antes de fornecer as considerações, pretendo retomar alguns critérios que normalmente são invocados.

Uma das possibilidades de diferenciação entre a interpretação conforme e as decisões manipulativas é a diferença entre procedência ou improcedência do pedido de inconstitucionalidade. A interpretação conforme seria um caso de improcedência da inconstitucionalidade e as decisões manipulativas, procedência da inconstitucionalidade.

Esse critério é inadequado, especialmente ao se considerar o direito brasileiro. Há, por mais questionável ou limitada que seja (LEITE, 2015), uma ambivalência entre decisões de inconstitucionalidade e decisões de constitucionalidade. Isso quer dizer que, a princípio, uma decisão negativa de inconstitucionalidade equivale a uma decisão positiva de constitucionalidade; e uma decisão negativa de constitucionalidade equivale a uma decisão positiva de inconstitucionalidade. Quando o STF decide pela interpretação A em detrimento da interpretação B, no caso da interpretação conforme, ele está declarando constitucional a interpretação A e inconstitucional a interpretação B. No caso das decisões manipulativas: quanto à reduitiva (ou inconstitucionalidade parcial sem redução de texto) ao mesmo tempo em que a corte declara a inconstitucionalidade de uma aplicação do dispositivo, afirma que todas as outras aplicações, a princípio, são constitucionais; quanto à aditiva, ao mesmo tempo que a falta de regramento sob análise é inconstitucional, a norma criada para o caso é constitucional. Ademais, esse critério é problemático por ser algo sempre a ser identificado a posterior, após o julgamento do pedido, o que não permitiria diferenciar qual é a técnica adequada a ser utilizada em cada caso de antemão (LAURENTIIS, 2012, p. 126).

O segundo critério pretende diferenciar como a interpretação conforme e as decisões manipulativas lidam com o significado. A interpretação conforme ocorreria nos casos de incerteza interpretativa, e as decisões manipulativas nos

casos em que há um significado determinado, mas uma das hipóteses de aplicação da norma é inconstitucional (decisão manipulativa reductiva ou inconstitucionalidade parcial sem redução de texto) (LAURENTIIS, 2012, p. 131), falta regulamentação sobre uma matéria (decisão manipulativa aditiva), ou, após declarada a inconstitucionalidade do dispositivo, é necessário que o judiciário coloque outra norma para regular a situação (decisão manipulativa substitutiva). Em suma, na interpretação conforme há significados alternativos, enquanto na nulidade parcial sem redução de texto os significados são cumulados (LAURENTIIS, 2012, p. 132). Registre-se que há posições que duvidam da diferença entre interpretação conforme a constituição e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, já que ambas geram redução de substância prescritiva (SAMPAIO, 2001, p. 167). Ou seja, tanto a criação de uma exceção, quanto uma especificação seriam restrições de incidência e, portanto, não diferenciáveis (SAMPAIO, 2001, p. 164-5).

Esse critério, entretanto, tal como demonstrado ao longo deste trabalho, não é suficientemente descrito, tanto que os autores nem identificam qual é o modelo de identificação das normas (interpretação¹) e o modelo de tomada de decisão ou de vinculação dos documentos normativos. Reitere-se, quando consideramos o significado dos documentos normativos a partir das suas propriedades semânticas, conseguimos identificar o que os documentos normativos dizem e quando não devemos segui-lo, por exemplo, por razões constitucionais. A esses casos, em que o “dito” pelo legislador contraria o que foi determinado pela constituição, teríamos a utilização das decisões manipulativas. Quando não sabemos o que o legislador “disse”, deveríamos recorrer à constituição como co-texto e realizar a interpretação conforme a constituição. A abordagem semântica permite diferenciar claramente quando é o caso de interpretação conforme e quando é o caso de decisões manipulativas: a primeira seria direcionada a casos de indeterminação, e as restantes, quando não há indeterminação e a regra que regula o caso gera resultados subótimos (utilizada a constituição como parâmetro).

Quando consideramos o significado dos documentos normativos a partir dos elementos pragmáticos, a constituição funciona como razão que guia toda a atividade legislativa e isso funde a identificação do documento com as razões para utilizá-lo como parâmetro para solucionar o caso. A abordagem pragmática torna desnecessária a diferenciação entre interpretação conforme a constituição e

decisões manipulativas. Tudo passa a ser, no fim das contas, um juízo de constitucionalidade e de racionalidade da atividade legislativa.

4.2.2.

“Co-texto” constitucional, elemento sistemático: entre um critério de identificação e um critério de tomada de decisão

Considerando a linguagem e a vinculação (ou não), há um aspecto extremamente problemático: a recorrência ao sistema. Normas de um ordenamento têm relação entre si e, conforme o cânone, relacionam-se através de hierarquia, temporalidade, assunto tratado, etc. Em razão disso, o referido elemento “sistemático” é utilizado tanto como contexto na identificação do significado do documento normativo, quanto na tomada de decisão. Ou seja, o elemento sistemático é utilizado para fazer referência a um grande conjunto de considerações (SHECAIRA e STRUCHINER, 2016, p. 81).

Recorrer ao elemento sistemático tende a fundir a identificação da norma com a vinculação à norma. Se o sistema é contexto de identificação do significado, a constituição (ou o outro documento normativo referido) passa a compor o significado do documento em análise. A identificação do significado, quando leva em consideração exigências constitucionais, acaba por funcionar como uma avaliação de constitucionalidade disfarçada, embutida. É como se parte da extensão do documento normativo não existisse (ou fosse mais ampla).

Imagine um documento normativo legal que prevê que todas as pessoas irão pagar o imposto de renda, mas a constituição do país ou uma legislação de hierarquia superior proíbe que a legislação infraconstitucional crie tributos que atinjam os juízes ou os militares. No referido caso, apesar de a legislação de patamar inferior atingir todas as pessoas, o sistema num grau hierárquico superior exclui os juízes e militares. Ou seja, mesmo que juízes e militares também sejam pessoas, há uma limitação, decorrente não do significado da expressão pessoas, mas das entidades que podem ser atingidas segundo a imunidade prevista no documento normativo de hierarquia superior. Em suma, a extensão do significado de “pessoas”, para aplicação da regra, é reduzida por uma exigência do sistema.

Seria possível avaliar a questão em dois planos: o da identificação do significado do documento e o da tomada de decisão a respeito dele. Numa

primeira possibilidade, apesar de a linguagem do texto se referir a todas as pessoas, é como se a norma não atingisse os militares, pois a constituição, contexto do documento normativo, proíbe essa incidência, os imuniza. Numa segunda possibilidade, o documento normativo atingiria os militares, mas o juiz, ao analisar a constitucionalidade dessa incidência, decidiria que nesse caso a regra não deve ser aplicada. Ou seja, se o contexto do documento normativo é amplo, e não somente a propriedade semântica dos termos, a constituição funciona como aspecto a ser considerado para identificar o seu significado (interpretação¹). Mas se o documento normativo é restrito às palavras contidas no dispositivo, a constituição deixa de funcionar como elemento de identificação do significado e passa a funcionar como parâmetro de justificação da aplicação ou não da norma identificada (interpretação²).

Na perspectiva da identificação, quando o foco da análise são os aspectos semânticos, ou seja, as propriedades e informações ativadas usualmente para aqueles termos, a referência ao sistema ocorre quando o dispositivo relevante para o caso contém algum tipo de indeterminação, tais como: vagueza, ambiguidade, uma elipse, falta de informações sobre o tempo de aplicação, não identificação da referência, presença de um termo indexical. Quando o foco da análise são os aspectos pragmáticos, a referência ao sistema como contexto de identificação parece ser invocada de maneira mais comum, independente da clareza dos termos e da sentença.

Essa referência ao sistema é problemática: os tomadores de decisão podem estar fazendo referência às diferentes fontes, tais como outros dispositivos, jurisprudência ou até a opinião de um determinado autor sobre o assunto, além de terem que determinar previamente qual é a exigência do sistema (SHECAIRA e STRUCHINER, 2016, p. 81-82). É que a delimitação do significado do documento normativo infraconstitucional ou a vinculação do agente à prescrição mais detalhada aplicável passa pela determinação do significado e da vinculação dos oficiais à norma de hierarquia superior, a constituição. Além disso, a delimitação do que seria a constituição, quais seus significados, como atribuir significado a ela e qual é a extensão da vinculação dos órgãos (legislativo, especialmente) é algo sujeito aos mesmos problemas que a identificação e vinculação aos documentos normativos.

Quando se fala em elemento sistemático, a “leitura constitucional” da legislação parece ser o caso mais paradigmático e amplia as dificuldades metodológicas. Tal como afirmado anteriormente, a diferenciação entre interpretação conforme e decisões manipulativas só é explícita (ou só existe mesmo) quando se leva em conta a diferenciação entre interpretação¹ e interpretação². Claro, é possível afirmar que não há qualquer diferença entre as espécies, o que seria possível dentro de uma abordagem finalista da identificação do significado. Toda atividade de identificação do significado da legislação seria dependente de uma leitura da constituição.

Imagine a seguinte situação: se um documento normativo infraconstitucional tem entre as suas disposições que “A tortura poderá ser realizada em situações extremas de terrorismo”, seria possível (e não necessariamente correto ou adequado) invocar os valores constitucionais e afirmar que, ao se levar em conta a constituição como parâmetro para a identificação do significado, esse documento normativo continuaria proibindo a tortura em todos os casos. Numa abordagem pragmática, poder-se-ia afirmar, a depender das intenções do falante, ou de “razões constitucionais” que há duas interpretações possíveis, a de que a tortura se mantém proibida em todos os casos, ou então a de que a tortura pode ser utilizada em situações excepcionais. Como a primeira é mais compatível com a constituição, ela deve ser assumida pelo órgão julgador e a segunda, excluída.

A primeira “interpretação” praticamente não tem qualquer relação com o significado linguístico do documento normativo em questão. Ao levar a constituição como contexto que interfere no significado do documento normativo, não é difícil afirmar que seria uma decisão possível (por mais que fosse absurda). Ao se realizar tal “leitura constitucional” o significado do documento normativo passa a ser dependente não do seu significado linguístico, mas de considerações constitucionais, e essas podem indicar, no final das contas, para múltiplos resultados que não têm relação com o significado do documento.

Levando-se em conta esse tipo de abordagem, não faz sentido dizer que interpretação conforme, redução, adição e substituição de significado são diferentes, visto que elas passam a ser mais uma operação jurídica cujo raciocínio utiliza a constituição como contexto relevante para tanto identificar como julgar com base no significado encontrado.

4.3.

A problemática justificação das decisões interpretativas

Tal como asseverado acima, a possibilidade de afastar a regra aplicável ao caso é extremamente problemática, seja porque dificulta a compreensão do direito por parte dos destinatários, seja por potencializar erros sistêmicos e vieses cognitivos, além de ser uma usurpação do poder democrático do órgão com legitimidade para colocar as regras. Essas críticas se dirigem à jurisdição constitucional como um todo e não apenas às decisões interpretativas. É que a interpretação conforme e as decisões manipulativas são opções à declaração de inconstitucionalidade simples.

Os constitucionalistas, entretanto, tratam as decisões interpretativas como menos problemáticas que a declaração de inconstitucionalidade pura e simples, pois elas seriam mais flexíveis às circunstâncias da realidade (MIRANDA, 2013, p. 88), seriam menos invasivas à atividade do legislador democrático, permitiriam aproveitar a parte do documento normativo que não foi atingida pela inconstitucionalidade (MORAIS, 2011, p. 315; COLNAGO, 2007, p. 62-67) e evitariam vácuos normativos causados pela declaração de inconstitucionalidade pura e simples (SOUSA FILHO, 2016, p. 258)

Entretanto, o que justificaria optar por decisões interpretativas em detrimento da declaração de inconstitucionalidade pura e simples? Quais são os critérios para optar entre uma ou entre outra? Quando cada uma das modalidades deveria ser utilizada? Esse é um tema muito pouco explorado na doutrina, dando muitas vezes a impressão de que as decisões interpretativas, em geral, são a medida *default* e a declaração de inconstitucionalidade seria a última medida cabível (ZAGREBELSKY e MARCENO, 2012, p. 341), ou que a opção fica a critério da corte constitucional, a depender do caso concreto.

A justificação fornecida à interpretação conforme que, de certa forma, pode ser estendida às outras espécies são: a supremacia da constituição, a presunção de constitucionalidade das leis, a unidade da constituição, a economia (ou eficiência) constitucional (do ordenamento) (LAURENTIIS, 2012, p. 75-104; SILVA, 2006, p. 194-198; MENDES e BRANCO, 2015, p. 1315-1316). Porém essas razões não são suficientemente idôneas para justificar a invocação da interpretação conforme

e das decisões manipulativas em detrimento da declaração de inconstitucionalidade pura e simples. Esses fundamentos funcionam como elementos retóricos, já que todos os fundamentos poderiam ser considerados necessários, porém, insuficientes para justificar uma hipótese por outra.

A supremacia da constituição é a exigência de que a constituição seja respeitada por todos os atos normativos dos poderes públicos, sendo que aqueles que forem contrários à “carta maior” estão proibidos e, caso se realizem serão rejeitados (MENDES e BRANCO, 2015, p. 49,1315; CANOTILHO, 1993, p. 360; BARROSO, 2012; SILVA, 2014, p. 48). Mas o fato da constituição ser a norma superior apenas implica que atos contrários a ela são proibidos, não podem ser válidos ou têm que ser eventualmente afastados quando realizados. A supremacia pode até fundamentar a jurisdição constitucional, mas não é um fundamento suficiente para que invoque as decisões interpretativas, uma vez que a declaração da inconstitucionalidade pura e simples também é compatível com esse fundamento normativo. Ou seja, baseado na supremacia da constituição, cabe ao judiciário, por exemplo, afastar os atos que com ela são incompatíveis.

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 lei. (SILVA, 2006, p. 195)

Um exemplo possível é a ADI 2589, julgada em conjunto com as ADIs 2390, 2397, 2386 e 2859 pelo STF em 2016. Foram questionados vários artigos da Lei Complementar 105/2001 e da Lei Complementar 104/2001, por contrariarem o art. 5º, X, XII, XXXV, LIV e o art. 1451§º da CF. Em suma, questionava-se a constitucionalidade de normas federais que possibilitavam a utilização pela administração tributária de dados bancários e fiscais que são protegidos por direito de sigilo, previsto na constituição. Além de considerarem determinadas questões prejudicadas, conferiu-se interpretação conforme ao art. 6º da Lei Complementar 105¹¹⁰, para estabelecer que a obtenção de informação nele prevista depende de processo administrativo e, portanto, de notificação do

¹¹⁰ Art. 6º - As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

contribuinte, sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico, existência de sistemas eletrônicos de segurança com registro de acesso, mecanismos de apuração e correção de desvio. Essa decisão, no caso a interpretação conforme, realizaria a unidade do ordenamento. Pergunto: ao se entender que é necessária ordem judicial para se utilizar informações bancárias e fiscais de sujeitos privados, a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo não seria apta a realizar também a suposta unidade do ordenamento?

A unidade da constituição determina que no “*âmbito da interpretação constitucional cada norma constitucional deve ser interpretada e aplicada de modo a considerar a circunstância de que a constituição representa uma unidade, um todo indivisível*” (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015)¹¹¹. Exige, portanto, que não existam contradições e que eventuais antinomias sejam superadas. Mas esse fundamento, tal como os outros, não é suficiente para justificar a opção entre a declaração da inconstitucionalidade ou constitucionalidade pura e simples, ou das decisões interpretativas, visto que é possível invocar a referida unidade tanto para declarar a constitucionalidade, quanto a inconstitucionalidade, quanto para proferir uma decisão interpretativa. Em suma, esse fundamento parece similar ao da supremacia da constituição.

A presunção de constitucionalidade das leis é a exigência de que se suponha que o legislador atuou em conformidade com a constituição, e não contrariamente à Lei Fundamental (MENDES e BRANCO, 2015, p. 98, 1316). É que a presunção de constitucionalidade das leis é uma razão para se declarar a constitucionalidade delas, ou seja, respeitar o significado do documento normativo produzido pelo legislador, e não para ajustá-lo. Isto é, a presunção de constitucionalidade reforçaria o caráter constitucional da atuação do legislador e não conferiria poder ao judiciário para ajustar-lhe o significado. Utilizar a presunção de constitucionalidade como fundamento é problemático, pois já que ela fundamenta também a declaração de constitucionalidade, não seria um pressuposto suficiente para justificar as decisões manipulativas. Se há presunção de constitucionalidade, algum tipo de fundamento deve ser adicionado para se optar entre as decisões manipulativas ou a declaração de constitucionalidade pura e simples.

¹¹¹ No mesmo sentido, ver Mendes e Branco (2015, p. 94), Konrad Hesse (2009), Canotilho (1993, p. 192)

Um exemplo para ilustrar essa situação é a ADI 4815, julgada pelo STF em 2015. Na referida ação, questionava-se a constitucionalidade do arts. 20¹¹² e 21¹¹³ do Código Civil de 2002 em face da exigência do art. 5º, IV¹¹⁴, IX¹¹⁵, XIV¹¹⁶ e art. 220¹¹⁷ da Constituição Federal. Em resumo, a necessidade de autorização para publicação de biografias prevista no Código Civil violaria as proteções e garantias referentes à liberdade de expressão previstas na constituição. Ao final, o STF julgou procedente o pedido e por unanimidade deu interpretação conforme a constituição por considerar desnecessária a autorização ou consentimento da pessoa biografada ou coadjuvantes. Parece que nesse caso, em razão da presunção de constitucionalidade, o dispositivo foi “interpretado” no sentido de permitir biografias não autorizadas pelos biografados. Essa consideração é problemática pois: primeiro, o texto do dispositivo expressamente proibia as biografias não autorizadas; segundo, se no resultado da ponderação entre liberdade de expressão e direito à intimidade e honra o STF chegasse à conclusão que prevalecia no caso, a honra, a presunção de constitucionalidade seria invocada para afirmar que a exigência de autorização prévia e a totalidade do art. 20 era constitucional. Ou seja, qualquer uma das duas mais prováveis decisões para o caso, por mais que antagônicas, poderiam ser fundamentadas na presunção de constitucionalidade das leis.

Já o fundamento da economia do ordenamento exige que se deveria aproveitar ao máximo, nos limites constitucionalmente autorizados, os atos normativos (RAMOS, 2010, p. 209; MIRANDA, 1996, p. 264). Porém, quando se

¹¹² Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

¹¹³ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

¹¹⁴ IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

¹¹⁵ IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

¹¹⁶ XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

¹¹⁷ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

fala em economia, é importante que se avaliem as consequências da utilização das decisões interpretativas, especialmente em face da declaração de inconstitucionalidade pura e simples. E esse “custo” não é considerado pelos autores. A declaração de inconstitucionalidade não é necessariamente mais custosa, pois pode trazer menos incerteza aos destinatários, pode ser mais fácil para os órgãos julgadores identificarem o que foi determinado e deixa claro para o órgão legislativo que uma de suas decisões foi rejeitada, tornando mais clara a necessidade de solução do vazio normativo. E as decisões interpretativas, por consequência, podem ser mais custosas, pois podem tornar o sistema jurídico menos estável e previsível, são mais difíceis de terem sua extensão e fundamentos determinados, além de, muitas das vezes, serem a substituição da atividade legislativa por uma regulação judicial. As incertezas e a instabilidade são, inclusive, superiores quando o modelo de identificação é mais focado no raciocínio e justificação e não nas propriedades semânticas dos termos, por fatores já mencionados no terceiro capítulo, tal como o modelo de deliberação, a dispersão de fundamentos e a presença de vieses cognitivos por parte dos juízes.

Um exemplo possível para demonstrar essa questão é a ADI 3430, julgada pelo STF em 2009. Na referida ação, questionava-se a Lei Complementar 300/2004 do Estado do Espírito Santo, que dispunha sobre a contratação de servidores em caráter temporário. Essa lei autorizava o Executivo contratar servidores públicos por doze meses, prorrogável, para atender necessidade de excepcional interesse público na área de saúde, e com equiparação dos vencimentos dos contratados aos servidores efetivos. A constitucionalidade da lei foi questionada face o art. 37, II¹¹⁸ e IX¹¹⁹ da Constituição, já que não havia especificação dos casos de excepcional interesse público que autorizariam contratos com particulares e se dirigiria a atender necessidade permanente da administração pública. Durante as sessões plenárias os ministros divergiram. Primeiro, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso, entendeu que a legislação era inconstitucional e modulou os efeitos sob o fundamento de que a lei veio para regulamentar contratação sem concurso público, tanto que vinha sendo

¹¹⁸ Art. 37 (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

¹¹⁹ Art. 37 (...) IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

aplicada e tinha sido prorrogada indefinidamente. Contudo, a Ministra Carmen Lúcia entendeu que a declaração de inconstitucionalidade da norma geraria uma impossibilidade de contratação de agentes de saúde por criar uma lacuna na regulamentação de contratação excepcional, o que colocaria em risco a continuidade do serviço. Depois de vários debates, havia a opção entre a declaração da inconstitucionalidade da lei pura e simples e a consequente submissão do regime de contratação excepcional e temporária a depender da declaração de estado de emergência ou calamidade ou a interpretação conforme com especificação dos casos de contratação temporária. Declararam a inconstitucionalidade da lei e deram 60 (sessenta) dias de autorização de contratação no regime da lei para atender a pandemia de gripe suína.

Ao se avaliar o caso, percebe-se que a inconstitucionalidade total foi considerada pelos os ministros a opção mais adequada (e provavelmente menos custosa). Não afirmo que a utilização das decisões interpretativas em geral é mais custosa, mas simplesmente que para se realizar uma economia, uma relação custo-benefício, os critérios de avaliação devem ser pré-determinados. Há inúmeras variáveis a serem consideradas e parece não existir, até esse momento, qualquer trabalho na doutrina que especifique de maneira clara e precisa quais são os elementos dessa avaliação.

As decisões interpretativas sofrem de objeções semelhantes às feitas ao particularismo sensível às regras jurídicas e, em menor grau, e ao formalismo presumido, em razão da insegurança e estabilidade que geram ao permitir que os tomadores de decisão ponderem a respeito da aplicação da norma.

4.4. Reflexos da diferenciação entre interpretação¹ e interpretação² sobre o controle de constitucionalidade brasileiro

A jurisdição constitucional e as espécies de “decisões interpretativas” são profundamente afetadas pelo modelo de identificação do significado, pelo modelo de vinculação ao significado e pela distinção ou indistinção entre as dimensões acima. Afirma-se que a interpretação conforme a constituição seria possível tanto no controle difuso quanto no controle concentrado, enquanto as decisões manipulativas apenas no controle concentrado; a cláusula de reserva de plenário

seria obrigatória, tal como exigido na constituição, apenas nos casos em que há afastamento de aplicação de norma legal com base em fundamento constitucional.

Pretendo demonstrar que, apesar de as decisões manipulativas serem cabíveis tanto no controle difuso quanto no controle concentrado, há diferenças consideráveis, que dependem, de certa forma, da diferenciação entre interpretação¹ e interpretação²: a aplicação da cláusula de reserva de plenário também depende dessa diferenciação. O propósito deste item é fornecer exemplos práticos para comprovar a necessidade da existência de um padrão de identificação do significado e de decisões de vinculação a esse significado. O primeiro aspecto, por exemplo, o respeito à cláusula de reserva de plenário.

4.4.1.

O cabimento das decisões interpretativas no controle concentrado/abstrato e no controle difuso/concreto

O controle de constitucionalidade jurisdicional brasileiro sob égide da Constituição de 1988 pode ser de tipo difuso ou de tipo concentrado. Difuso porque exercido por todos os órgãos jurisdicionais no Brasil, e concentrado porque há ações que somente podem ser julgadas pelo STF. O controle difuso, tal como modelado pela constituição, é concreto, ou seja, tem como objeto uma questão incidental que é determinante para a solução de um processo litigioso. O controle concentrado, via de regra, é abstrato, ou seja, tem como objeto a legislação sob análise. Apesar da oposição “concentrado versus difuso” ser relacionada à exclusividade ou não da atribuição de competência jurisdicional para avaliar a constitucionalidade, e a oposição abstrato versus concreto ser relacionada ao objeto, à amplitude da questão da inconstitucionalidade, é comum a associação entre controle concentrado e controle abstrato, controle difuso controle concreto¹²⁰.

Feitas as considerações triviais e introdutórias sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, questiona-se: seriam possíveis decisões interpretativas tanto no controle concentrado/abstrato quanto no controle

¹²⁰ A doutrina reconhece de casos de controle concentrado na modalidade concreta (CLEVE, 1995, p. 61), e hoje aborda-se o tema da abstrativização do controle difuso, tal como será considerado adiante.

difuso/concreto? De outra maneira: é possível realizar interpretação conforme e decisões manipulativas tanto no controle concentrado quanto no controle difuso?

Parte da resposta, entretanto, pode ser derivada de uma noção básica proveniente do direito processual: os elementos da sentença. Segundo as doutrinas processuais clássicas, uma sentença é composta em sua estrutura por relatório, fundamentação e dispositivo. No relatório são narrados os fatos relevantes para a decisão, na fundamentação são tratadas as razões que embasam a decisão e no dispositivo, a conclusão do raciocínio jurídico e a determinação dos seus efeitos. No controle difuso/concreto não é possível declarar a inconstitucionalidade de documento ou estabelecer que determinado dispositivo será interpretado de uma maneira específica para não ser inconstitucional. Quando se fala em controle difuso de constitucionalidade o órgão julgador avalia a constitucionalidade de ato normativo, mas somente decide o caso entre as partes. Em outros termos, a questão da constitucionalidade compõe a fundamentação da decisão, mas não compõe o dispositivo ou conclusão. Quando se fala em controle concentrado de constitucionalidade o órgão julgador avalia a constitucionalidade do ato normativo e decide sobre a sua nulidade. Ou seja, a questão da constitucionalidade compõe a fundamentação da decisão e também compõe o dispositivo. Assim, a decisão determina como o dispositivo será interpretado.

Mas isso não torna diferente, pelo menos quanto à questão constitucional, o fundamento da sentença no controle difuso e concentrado. No controle difuso, a questão acerca da constitucionalidade é um incidente, anterior à conclusão do caso. Nesse aspecto, é perfeitamente possível, ao tentar identificar a norma aplicável ao caso, encontrar um caso de indeterminação que permite uma solução tanto constitucional quanto inconstitucional e afastar, dentro do raciocínio da decisão, a opção inconstitucional.

É importante ressaltar à menção ao fundamento e dispositivo da decisão diferenciar os efeitos da decisão no controle difuso e no controle concentrado vem perdendo força. É que a introdução de vários mecanismos processuais de fortalecimento da consistência de julgamentos e vinculação de precedentes tem realizado a abstrativização do controle difuso, a aproximação entre o controle abstrato e o controle concreto (BARBOSA, 2016). Pode-se mencionar os poderes monocráticos do relator de recursos, a dispensa do reexame necessário nas sentenças contrárias à Fazenda Pública quando em harmonia com a jurisprudência

do STF, súmula impeditiva de recursos, repercussão geral, a sistemática de julgamento de recursos repetitivos, súmula vinculante, inexigibilidade de título judicial fundado em lei declarada inconstitucional pelo STF, seja no controle difuso, seja no controle concentrado (BARBOSA, 2016). Em razão disso, torna-se muito mais relevante diferenciá-las não em relação à procedência ou improcedência da inconstitucionalidade, mas como se relacionam com o significado dos documentos normativos.

Para Laurentis (2012, p. 147), as espécies são cabíveis tanto no controle difuso quanto concentrado¹²¹. Neste, a interpretação conforme seria admitida desde que respeitasse a jurisprudência dos tribunais de instâncias inferiores (direito vivente), não funcionando como elemento de centralização e petrificação da interpretação da legislação infraconstitucional¹²². Quanto ao controle difuso, seriam cabíveis tanto a interpretação conforme a constituição quanto a inconstitucionalidade parcial (e porque não as outras decisões manipulativas) sendo meras atividade de interpretação¹, de identificação do significado, e não modalidade de interpretação². O que ele parece afirmar é que no caso do controle difuso, a interpretação conforme a constituição e a inconstitucionalidade parcial seriam apenas o reconhecimento da constituição como contexto de identificação do documento normativo.

Leo Brust (2014, p. 182) afirma que as espécies seriam cabíveis tanto no controle concentrado quanto no controle difuso. O que justificaria o cabimento no controle difuso seria que a inconstitucionalidade muitas vezes só é perceptível levando em conta as considerações do caso. Seria, portanto, uma avaliação sobre aplicar ou não a norma ao caso (interpretação²) e não determinação do significado do documento normativo (interpretação¹). “*Em suma, a redução qualitativa pressupõe que a norma, que torna o texto inconstitucional, faça parte do conteúdo normativo do preceito*” (BRUST, 2014, p. 191).

¹²¹ Laurentis não aborda as decisões manipulativas aditivas nem as substitutivas, mas assumo que em razão da semelhança delas com a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, elas poderiam também fazer parte das considerações do autor.

¹²² A posição de Laurentis, nesse aspecto, parece ter a influência de Carlos Blanco de Moraes (2011, p. 416), quando este afirma que a tensão no controle abstrato/concentrado e concreto/difuso seriam diferentes: na fiscalização abstrata a tensão seria entre corte constitucional e legislador, e na fiscalização concreta, entre a corte constitucional e os outros tribunais.

4.4.2. Cláusula de reserva de plenário e decisões interpretativas

No controle difuso, especificamente nos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade sofre de uma limitação procedimental: a cláusula de reserva de plenário. A cláusula de reserva de plenário exige que a declaração de inconstitucionalidade somente ocorra por voto da maioria absoluta de seus membros ou por órgão especial¹²³ e proíbe que a inconstitucionalidade seja decidida por órgão fracionário (turmas, câmaras, etc.). Quando um tribunal contém mais de 25 (vinte e cinco) julgadores, de acordo da Constituição Federal¹²⁴, é possível que a inconstitucionalidade seja declarada por maioria absoluta de órgão especial. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por exemplo, conta com 126 desembargadores e tem um órgão especial. No caso dos tribunais em que há órgão especial destinado a analisar as questões constitucionais, estes têm a função específica de julgar as questões de constitucionalidade suscitadas pelos órgãos fracionários.

A exigência da cláusula de reserva de plenário pode sofrer objeções em dois aspectos: primeiro, especificamente à justificação da existência do órgão especial, já que o mesmo não pode ser embasado nas mesmas razões que a decisão pelo plenário do tribunal¹²⁵; e segundo, a cláusula dificulta que o controle difuso seja

¹²³ Art. 97 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

¹²⁴ Art. 93, XI - XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;

¹²⁵ A primeira objeção é relativa ao fundamento da cláusula de reserva de plenário. A razão que supostamente justifica a cláusula de reserva de plenário é a de que a declaração de inconstitucionalidade somente deve ser aplicada em último caso e de maneira estável e previsível por parte do judiciário, pois esse órgão não tem legitimidade política se comparado ao legislativo. Tendo em vista esse aspecto da legitimidade do judiciário, a cláusula de reserva de plenário permitiria que um tribunal somente declarasse a inconstitucionalidade da lei com um grande número de votos a favor disso, o que não ocorreria quando declarada por órgão fracionário. Mas a presença do órgão especial, tal como dito, não pode ser justificada sob esse aspecto, já que o órgão especial é um órgão fracionário e, portanto, produz uma decisão sem a presença de todos os membros dos tribunais (LEITE, 2012, p. 104-107). Ademais, a cláusula de reserva de plenário não é respeitada em todos os casos, pois há sim órgãos fracionários que realizam controle de constitucionalidade, tal como as turmas recursais dos juizados especiais (LEITE, 2012, p. 104-107). Somado a isso e não menos inconsistente, os órgãos fracionários realizam controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional, o que é, do ponto de vista da norma, idêntico ao direito pós-constitucional (LEITE, 2012, p. 104-107).

exercido, limitando a autoridade de interpretação dos demais órgãos fracionários (LEITE, 2012, p. 93-94).

A segunda objeção seria a de que a cláusula dificulta que o controle difuso seja exercido pelos órgãos fracionários, especificamente quando o órgão interpreta a lei levando em conta a constituição como referência.

No juízo de 1ª instância (órgão monocrático), o magistrado fundamenta sua decisão a partir de uma leitura constitucional que faz desta lei. E o que ocorreria no âmbito de um tribunal? Pode um órgão fracionário fazer uma leitura constitucional de uma lei, afastando assim outras interpretações possíveis, porque implicariam a inconstitucionalidade do ato normativo em questão? E o que dizer daquelas situações em que a lei deve ser afastada porque sua aplicação, em determinado caso concreto, com todas as suas peculiaridades, e justamente por conta delas, seria inconstitucional? Como esta questão poderia ser encaminhada ao pleno ou ao órgão especial se a estes cabem apenas analisar a constitucionalidade de lei em abstrato, como tem reforçado a doutrina? (LEITE, 2012, p. 94)

A aplicação da cláusula de reserva de plenário é dificultada pelas exigências da Súmula Vinculante nº 10:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

O que se pode depreender da súmula é que a invocação à constituição, mesmo que implícita, exige que as questões sejam decididas pelo órgão especial. Com isso, praticamente todas as decisões estão sujeitas, de certa forma, ao plenário.

Mas parte dessa objeção, entretanto, pode ser contornada, a depender do modelo de interpretação praticado pelo judiciário. Ressalto novamente a ideia, de que a identificação do significado dos documentos normativos pode se dar com foco em aspectos semânticos ou com foco em aspectos pragmáticos. Quando há foco em aspectos semânticos, cabe ao julgador sempre identificar as propriedades semânticas dos termos contidos nos dispositivos legais.; se houver indeterminação, apelar a considerações contextuais tais como o co-texto, as intenções ou máximas pela qual o legislativo estaria sendo julgado, etc. Isto é, nos casos em que as sentenças dos documentos normativos são claras, eventual afastamento da regra (interpretação²) sob o fundamento de inconstitucionalidade exigiria o respeito à cláusula de plenário além do envio da questão ao órgão com atribuição especial. Já nos casos em que as sentenças dos documentos normativos

não são claras, não se pode falar em afastamento da regra (interpretação²) mas sim identificação da regra (interpretação¹), e por consequência, não caberia ao órgão fracionário remeter a questão ao órgão especial.

Um exemplo atual é Apelação em Reexame Necessário Nº 5009191-49.2012.404.7005/PR¹²⁶. O referido caso originou-se de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União e o Departamento de Trânsito do Estado do Paraná. Objetivava-se que o juízo obrigasse os requeridos a permitirem que religiosas vinculadas a congregações católicas retirar e renovar a CNH com uma fotografia em que trajavam o hábito religioso. Os requeridos vedavam a autorização em razão da Resolução 196/2006 do CONTRAN¹²⁷ e os requerentes alegavam violação do direito de liberdade religiosa e de crença, previsto no art. 5º, VI da Constituição Federal¹²⁸.

Imagine que essa questão tenha sido ajuizada em uma vara federal qualquer, haveria duas possibilidades: afirmar que o documento normativo não criava limitações às religiosas porque numa leitura constitucional não era isso o que dizia; ou afirmar que o documento normativo criava limitações às religiosas, mas que deveria ser afastado em razão da sua inconstitucionalidade. Quando decidida por juízo singular, provavelmente tanto faz. Mas a turma do tribunal não pode afastar a aplicação da norma derivada do documento normativo pois têm que remeter esse tipo de caso ao órgão especial para respeitar a cláusula de reserva de plenário. Como o documento normativo tem termos determinados, não há que se falar em interpretação conforme, em utilização da constituição como co-texto de identificação (interpretação¹) do significado. Ela funciona como parâmetro de ponderação, de avaliação se a norma será ou não aplicável ao caso.

Essa possibilidade não ocorreria, entretanto, num modelo de identificação pragmático. A confusão entre identificação da norma e decisão sobre a norma

¹²⁶ Agradeço ao Prof. Fábio Carvalho Leite por me fornecer este exemplo, após uma conversa informal sobre o tema.

¹²⁷ 1. FOTOGRAFIA: a mais recente possível, que garanta o perfeito reconhecimento fisionômico do candidato ou condutor, impressa no documento, por processo eletrônico, obtida da original aposta no formulário RENACH ou através de outro mecanismo de captura eletrônica de imagem. A fotografia deverá atender às seguintes características: (...) e) O candidato ou condutor não poderá estar utilizando óculos, bonés, gorros, chapéus ou qualquer outro item de vestuário/ acessório que cubra parte do rosto ou da cabeça;

¹²⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

torna impossível diferenciar em quais casos houve e em quais casos não houve decisão sobre inconstitucionalidade.

E demonstra-se um paradoxo: se a constituição compõe o contexto (contexto) de identificação do significado do documento normativo em todos os casos, inclusive casos de termos e sentenças determinadas, a diferença entre interpretação¹ e interpretação² se desfaz. Em razão dessa indistinção é impossível diferenciar os casos de interpretação conforme dos casos de decisões manipulativas.

Se é impossível diferenciar, surgem pelo menos dois problemas: primeiro, não se sabe quando o órgão fracionário tem competência para identificar o significado e quando o órgão fracionário deve remeter a questão ao plenário; segundo, as instâncias revisoras, o órgão especial e o STF, ficam sem um padrão preciso para decidir quais os casos em que houve ou não violação à cláusula de reserva de plenário.

4.5. Conclusões parciais

Identificado o que os documentos normativos dizem, quando isso é possível, há a possibilidade de segui-los ou não. Há três modelos que consideram a vinculação dos juízes às regras: o formalismo forte, o particularismo sensível às regras e o formalismo presumido.

Quanto o formalismo forte, os juízes nunca podem “escapar” e decidir contrariamente ao que os documentos normativos dizem. Esse modelo de tomada de decisão parece ser incompatível com o controle de constitucionalidade, em que juízes devem decidir levando em conta o documento normativo aplicado e também a compatibilidade deste último com a constituição.

No particularismo sensível às regras, os juízes sempre podem deixar de aplicar o que o documento normativo diz, tendo em vista, os fundamentos valorativos e finalidades que justificam as condutas previstas por esses documentos. Esse é compatível com o controle de constitucionalidade, especialmente o difuso concreto, em que cabe aos juízes avaliar a constitucionalidade da legislação aplicável a todos os casos que decidem. Mas

esse sistema é problemático ao se considerar valores como a previsibilidade, eficiência, coordenação, e a alocação de poderes, etc.

No formalismo moderado, juízes tem que seguir o que os documentos normativos dizem, mas podem, em casos excepcionais, se furtar a segui-los. Esse sistema não gera, supostamente, tantas injustiças e absurdos quanto o formalismo forte, mas mantém uma certa previsibilidade, eficiência, respeito à alocação de poderes, etc. Esse modelo pode tanto gerar decisões indesejáveis e, ao mesmo tempo, se tornar um particularismo sensível às regras disfarçado, pois a cada decisão não cabe ao juiz identificar a regra, mas eventualmente decidir se a presunção a favor da regra permanece ou não. Esse modelo também é compatível com a jurisdição constitucional, e parece estar relacionado, ademais, com mecanismos que supostamente mantém a deferência ao trabalho do legislador, tal como as decisões interpretativas.

Entretanto, as decisões interpretativas são uma reprodução do problema do formalismo moderado: a falta de critérios precisos, transformando-se, na verdade, em um particularismo sensível às regras disfarçado. Tanto que as decisões interpretativas normalmente são justificadas em propósitos constitucionais que também seriam realizados por uma decisão de (in)constitucionalidade simples.

A diferenciação entre interpretação¹ e interpretação² é relevante para o controle de constitucionalidade brasileiro, em que as decisões interpretativas são possíveis tanto no controle difuso/concreto quanto no controle concentrado/abstrato. A aplicabilidade cláusula de reserva de plenário depende a diferenciação entre essas duas etapas.

5 Considerações Finais

As decisões interpretativas, no caso a interpretação conforme a constituição, inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (decisão manipulativa redutiva), decisão manipulativa aditiva, decisão manipulativa substitutiva estão presentes no controle de constitucionalidade brasileiro. Algumas só tiveram considerações doutrinárias até esse momento, apesar de já terem sido aplicadas pelo STF. A diferenciação entre elas gera perplexidade e confusão tanto para a doutrina quanto para o STF.

Parte desse desentendimento é derivado de um aspecto linguístico: a distinção entre as noções de identificar uma regra (interpretação¹) e de seguir uma regra (interpretação²). Enquanto as abordagens semânticas permitem esse tipo de diferenciação, as abordagens pragmáticas parecem têm maiores dificuldades. Essa oposição semântica X pragmática pode ser traduzida dentro do debate da teoria do direito, respectivamente, entre autores preocupados com o significado literal/ordinário e autores preocupados com o significado intencional/finalístico.

Quando se considera o aspecto de seguir as regras ou não, três modelos de tomada de decisão podem ser descritos: o formalismo forte, o formalismo presumido e o particularismo sensível às regras. Dentro desses três, o formalismo presumido e o particularismo sensível às regras parecem ser mais compatíveis com a jurisdição constitucional.

Críticas relacionadas à falta de critério na fundamentação do descumprimento de uma regra ou ponderação da sua aplicação são dirigidas ao particularismo sensível às regras e em menor grau ao formalismo presumido. Essas objeções atingem também o controle de constitucionalidade e especialmente as decisões interpretativas. Faltam parâmetros precisos para embasar rigorosamente quando uma decisão interpretativa deve ser utilizada e quando a declaração de (in)constitucionalidade simples é a medida mais adequada.

A diferenciação entre interpretação¹ e interpretação² também é útil ao controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente quanto à aplicação da cláusula de reserva de plenário. Nos termos do art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante Nº 10, o órgão fracionário de tribunal não pode afastar a aplicação de uma lei por ser inconstitucional. Quando isso ocorre, cabe ao órgão

fracionário remeter a questão ao órgão especial. Contudo, a identificação precisa de quando isso é necessário e o respeito ao dispositivo constitucional e à súmula depende também da diferenciação entre identificar uma regra (interpretação¹) e segui-la (interpretação²). Ou seja, a diferenciação é útil para identificar quando o órgão fracionário está apenas identificando o que a lei diz, tomando a constituição como referência, e quando a lei diz algo inconstitucional.

6

Referências bibliográficas

ALEXANDER, L.; SHERWIN, E. **The Rule of Rules: Morality, Rules and the Dilemmas of Law.** Durhan and London: Duke University Press, 2001.

ALEXANDER, L.; SHERWIN, E. **Desmystifying Legal Reasoning.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

AUSTIN, J.. **How to do things with words.** Oxford: Claredon Press, 1962.

BACH, K. Context ex Machina. In: SZABÓ, G. **Semantics v. Pragmatics.** Oxford: Oxord University Press, 2005. Cap. 1, p. 15-44.

BARBOSA, M. L. D. M. O Novo Código de Processo Civil e a Aproximação do Controle Concreto ao Controle Abstrato de Constitucionalidade. **Revista Interdisciplinar do Pensamento Científico**, Itaperuna, v. 2, p. 29-53, Janeiro/Junho 2016. ISSN 2446-6778. Disponível em: <<http://reinpec.srvroot.com:8686/reinpec/index.php/reinpec/article/view/153/50>>. Acesso em: 2 Novembro 2016.

BARROSO, R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BELLAMY, R. **Political Constitutionalism: A Republican Defense of The Constitutionality of Democracy.** Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BIRNER, B.. **Introduction to Pragmatics.** Chichester: Willey-Blackwell, 2013.

BRANQUINHO, J.; MURCHO, D.; GOMES, N. G. Indexicais. In: _____ **Enciclopédia de Termos Lógico-Filosóficos.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 407-411.

BRUST, L. **Controle de Constitucionalidade: A Tipologia das Decisões do STF.** Curitiba: Juruá, 2014.

CANOTILHO, J. G. **Direito Constitucional.** 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, J. D. S. **Manual de Direito Administrativo.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CLEVE, C. M. **A fiscalização abstrata de controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COLNAGO, C. D. O. S. **Interpretação Conforme a Constituição: Decisões Interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade.** São Paulo: Método, 2007.

COOLEY, T. M. **A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon The Legislative Power of The States of The American Union.** 7^a. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1903.

COPI, I. ; COHEN, C.; MACMAHON, K. **Introduction to Logic.** Harlow: Person, 2014.

CRUSE, D. A. **Meaning in Language.** Oxford: Oxford University Press, 2000.

DICKSON, J. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/legal-reas-interpret/>>. Acesso em: 29 set. 2016.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. **Curso de Processo Constitucional.** 2^a. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. Interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Problemas de aplicação do direito constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, Maio/ago 2014. 403-425. Disponível em:

<<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/publicacoes/periodicos/listar-periodicos/revista-brasileira-de-estudos-constitucionais-rbec/>>. Acesso em: 2017 Janeiro 28.

DWORKIN, R. **Law's Empire.** Cambridge, London: Harvard University Press, 1986.

EKINS, R. **The Nature of Legislative Intent.** Oxford: Oxford University Press, 2012.

FISH, S. There is no textualist position. **San Diego Law Review**, San Diego, 42, 2005. 629-650. Disponível em: <<http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/law-theory-workshop/files/Intention%20Fish2.pdf>>. Acesso em: 15 Fevereiro 2017.

FULLER, L.. Positivism and Fidelity to Law - a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 71, n. 4, p. 630-672, Fevereiro 1958.

GOLDMAN, A. H. **Practical Rules: When We Need Them and When We Don't.** Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

GOLDSWORTHY, J. Moderate versus Strong Intentionalism: Knapp and Michaels Revisited. **San Diego Law Review**, San Diego, 42, 2005. 669-683.

GREENBERG, M. Legislation As Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication. In: MARMOR, A.; SOAMES, S. **Philosophical Foundations of Language in the Law**. Oxford: Oxford, 2011. Cap. 10, p. 218-256.

GRICE, P. **Studies in the way of words**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

GUASTINI, R. **Interpretar y Argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos e Constitucionales, 2014.

HAMILTON, A. Federalist Nº 78: The Judiciary Department. In: MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **The Federalist Papers**. New York: Palgrave Macmillan, 2009. Cap. 46, p. 235-240.

HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, 71, n. 4, Fevereiro 1958. 593-629. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1338225>>. Acesso em: 03 Março 2017.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3ª. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HART, L. A. American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. In: HART, L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983. Cap. 4, p. 123-144.

HESSE, K. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HURD, H. **The Moral Combat**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ISRAEL, N. **A Legitimidade das Sentenças Manipulativas com Efeitos Aditivos no Controle Judicial de Constitucionalidade**: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. 168 p. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16943/1/2014_LucasNogueiralsrael.pdf>. Acesso em: 13 Outubro 2016.

KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KNAPP, S.; MICHAELS, W. B. Not a Matter of Interpretation. **San Diego Law Review**, San Diego, 42, 2005. 651-668.

KORTA, K.; PERRY, J. **Critical Pragmatics**: An Inquiry into Reference and Communication. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

KORTA, K.; PERRY, J. Pragmatics. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Stanford, 2 Abril 2015. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/pragmatics/>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

LAURENTIIS, L. C. D. **Interpretação Conforme a Constituição**: conceito, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros, 2012.

LEAL, S. T. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Niterói: Impetus, 2010.

LEITE, C.; BRANDO, M. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 139-166, Janeiro/Junho 2016. ISSN 1516-6104.

LEITE, F. C. Pelo fim da "Cláusula de Reserva de Plenário". **Direito Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 40, Jan/Junho 2012. 91-131. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/4artigo40.pdf>>. Acesso em: 25 Janeiro 2017.

LEITE, F. C. ADI e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta (revista). In: LEITE, F. C. **Controle de Constitucionalidade - Aspectos Controversos**. Curitiba: Juruá, 2015. Cap. 1, p. 9-48.

LEVINSON, S. C. Three levels of meaning. In: PALMER, F. R. **Grammar and meaning: Essays in honour of Sir John Lyons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. Cap. 5, p. 90-115.

LYCAN, W.. **Philosophy of Language: a Contemporary Introduction**. 2ª ed. New York; Abingdon: Routledge, 2008.

MARCONDES, D. Em defesa de uma concepção pragmática de linguagem. **Gragoatá**, Niterói, 10, Julho 2005. 11-29. Disponível em: <<http://www.gragoata.uff.br/index.php/gragoata/article/view/444>>. Acesso em: 3 Janeiro 2017.

MARGOLIS, E.; LAURENCE, S. Concepts. In: ZALTA, E. N. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2014. ed. [S.l.]: [s.n.], 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/concepts>>. Acesso em: 32 out. 2016.

MARMOR, A. **The Language of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

MENDES, C. H. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR. , R. P.; BARBIERI, C. H. C. **Direito e Interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-361.

MENDES, G. F.; BRANCO, G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra, v. II, 1996.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**. 4ª. ed. Coimbra: Coimbra, v. VI, 2013.

MORAIS, C. B. D. **Justiça Constitucional**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra, v. II, 2011.

NINO, C. S. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

NOLAN, A. **The Doctrine of Constitutional Avoidance: a Legal Overview**. Congresso Americano. Washington, p. 31. 2014.

PENCO, C. **Introdução à Filosofia da Linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2006.

POGGI, F. Significado Literal: una noción problemática. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, 30, 2007. 617-634. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13156/1/DOXA_30_51.pdf>. Acesso em: 28 Setembro 2016.

POGGI, F. Grice, the Law and the Linguistic Special Case. In: CAPONE, ; POGGI, **Pragmatics and Law**. [S.I.]: Springer International Publishing, v. 7, 2016. p. 231-248. ISBN 978-3-319-30385-7. Disponível em: <http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-30385-7_11>. Acesso em: 21 Fevereiro 2017.

RAMOS, E. S. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RECANATI, F. **Literal Meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

REEVES, A. Judicial Practical Reason: Judges in Morally Imperfect Legal Orders. **Law ad Philosophy**, v. 30, p. 319-352, 2011.

SAMPAIO, J. A. L. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, J. A. L.; CRUZ, R. D. S. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194.

SARLET, I.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCALIA, A. **A matter of interpretation: federal courts and the law**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SCHAUER, F. **Playing by the Rules**. Oxford: Claredon Press, 1991.

SCHAUER, F. Ashwander Revisited. **The Supreme Court Review**, Chicago, 1995. 71-98. Disponível em: <<http://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/scr.1995.3109610>>. Acesso em: 16 Janeiro 2017.

SCHAUER, F. A Critical Guide to Vehicles in the Park. **New York University Law Review**, New York, v. 4, n. 83, p. 1109-1134, Outubro 2008. Disponível em: <<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-83-4-Schauer.pdf>>. Acesso em: 26 Dezembro 2016.

SCHAUER, F. **Thinking Like a Lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, F. Formalismo. In: RODRIGUEZ, J. R. **A Justificação do Formalismo Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65-116.

SESMA, V. I. **Interpretación Literal y Significado Convencional**. Madrid: Marcial Pons, 2014.

SHECAIRA, F. P.; STRUCHINER, N. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

SHECAIRA, P. Sources of Law Are not Legal Norms. **Ratio Juris**, v. 28, n. 1, p. 15-30, 16 Outubro 2014. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/raju.12053/full>>. Acesso em: 21 Janeiro 2017.

SILVA, A. D. **Cursode Direito Constitucional Positivo**. 37^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, V. A. D. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 191-210, Janeiro-Junho 2006. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_03_p191_210.pdf>. Acesso em: 15 Novembro 2016.

SILVA, V. A. D. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, V. A. D. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 115-143.

SINNOTT-ARMSTRONG, W. A Patchwork Quilt Theory of Constitutional Interpretation. In: GOLDSWORTHY, J.; CAMPBELL, T. D. **Judicial Power, Democracy, and Legal Positivism**. London: Routledge, 2000. Cap. 13, p. 315 - 334.

SINNOTT-ARMSTRONG, W. Word Meaning in Legal Interpretation. **San Diego Law Review**, San Diego, 42, Maio 2005. Disponível em: <<http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/law-theory-workshop/files/Sinnott-Armstrong.pdf>>. Acesso em: 12 Fevereiro 2017.

SINNOTT-ARMSTRONG, W.; BRISON, J. A Philosophical Introduction to Constitutional Interpretation. In: SINNOTT-ARMSTRONG, W.; BRISON, S. J. **Contemporary Perspectives On Constitutional Interpretation**. Boulder: Westview Press, 1993. Cap. 1, p. 1-25.

SLOCUM, B. G. **Ordinary meaning: A Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation**. Chicago: University of Chicago Press, 2015.

SOAMES, S. Toward a Theory of Legal Interpretation. In: SOAMES, S. **Analytic Philosophy in America**. Princeton: Princeton University Press, 2014. Cap. 14, p. 299-319.

SOUSA FILHO, A. B. **Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional Brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SPEAKS, J. Theories of Meaning. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2016. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/meaning>>. Acesso em: 30 Setembro 2016.

STRECK, L. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRUCHINER, N. **Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2001. Dissertação de Mestrado.

STRUCHINER, N. **Para Falar de Regras: O positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Dífceis do Direito**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005. Tese de Doutorado.

STRUCHINER, N. Indeterminação e objetividade: Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JR, P.; BARBIERI, C. H. C. **Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119-152.

STRUCHINER, N.; TAVARES, R. D. S. Direito e Emoções: uma proposta de cartografia. In: STRUCHINER, N.; TAVARES, R. D. S. **Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio, 2014. Cap. V, p. 109-136.

SZABÓ, Z. G. Compositionality. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Stanford, 2012. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/compositionality/>>. Acesso em: 06 Fevereiro 2017.

TASCHETTO, M. P. **As Sentenças Aditivas e as Sentenças Substitutivas: Direito Italiano e Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2016.

VARGAS, S. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo : Saraiva, 2014.

WALDRON, J. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WIKIPÉDIA, C. D. Animalia. **Wikipédia, a enciclopédia livre**, 2016. ISSN ID da versão da página: 47011891. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Animalia&oldid=47011891>>. Acesso em: 21 Outubro 2016.

WITTGENSTEIN, L. **Philosophical Investigations**. 4ª. ed. Chichester: Blackwell Publishing, 2009.

ZAGREBELSKY, ; MARCENO, V. **Giustizia costituzionale**. Bologna: il Mulino, 2012.

ZAMZOW, J.. Rules and Principles in Moral Decision Making: An Empirical Objection to Moral Particularism. **Ethical Theory and Moral Practice**, v. 18, n. 1, p. 123–134, 23 Fevereiro 2015. ISSN 1572-8447.