

Assim, falar-se-á em alternatividade, ou coexistência dos dois regimes, não em cumulatividade, "sistemas distintos", diz o eminente Ministro DJACI FALCÃO (in RTJ 109/852).

3. No caso das Leis impugnadas, cumularam-se os dois regimes, garantindo as vantagens de ambos, com o que se criaram sérios obstáculos administrativos e financeiros ao Estado, salientados na promoção que deu origem à Representação e nas informações prestadas.

E ofendeu-se o art. 8º, XVIII, *b*, da Constituição Federal, que dá competência à União para legislar sobre *direito do trabalho*; e o art. 163, XIII, da mesma Constituição Federal, que estabelece os dois regimes — da estabilidade e do fundo de garantia — como alternativos, opcionais, coexistentes, distintos, não cumulativos como nos textos impugnados.

Acolhendo o parecer, julgo procedente a Representação e declaro a inconstitucionalidade do Decreto n.º 7.938, de 28/12/1984, e da Lei n.º 970, de 10/01/1986, do Estado do Rio de Janeiro.

É o Voto.

#### EXTRATO DA ATA

##### Rp. 1.471-1 — RJ

Rel.: Min.: Oscar Corrêa. Rpte.: Procurador-Geral da República.  
Rpdos.: Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: Julgou-se procedente a Representação e declarou-se a inconstitucionalidade do Decreto n.º 7.938, de 28 de dezembro de 1984, e da Lei n.º 970, de 10 de janeiro de 1986, do Estado do Rio de Janeiro. Decisão unânime. Votou o Presidente. Falou pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro o Dr. A. Graffrée Thompson. Plenário, em 02.03.88.

Presidência do Senhor Ministro Rafael Mayer. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Néri Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja.

Procurador-Geral da República, o Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.

**Dr. Alberto Veronese Aguiar**  
Secretário

## Representação n.º 1.417-7 — Distrito Federal

### Tribunal Pleno

Relator: O Senhor Ministro Moreira Alves  
Representante: Procurador-Geral da República  
Representados: Presidente da República  
Congresso Nacional.

*Representação de Inconstitucionalidade do § 3.º do artigo 65 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, introduzida pela Lei Complementar n.º 54/86.*

— *O princípio da interpretação conforme à Constituição (Verfassungskonforme Auslegung) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.*

*A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o S.T.F. — em sua função de Corte Constitucional — atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.*

*Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.*

— *Em face da natureza e das restrições da interpretação conforme à Constituição, tem-se que, ainda quando ela seja aplicável, o é dentro do âmbito da representação de inconstitucionalidade, não havendo que converter-se, para isso, essa representação em representação de interpretação, por serem instrumentos que têm finalidade diversa, procedimento diferente e eficácia distinta.*

— *No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme à Constituição por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica.*

— *O § 3.º do artigo 65 da Lei Complementar n.º 35/79, acrescentado pela Lei Complementar n.º 54, de 22.12.86, é inconstitucional, quer na esfera federal, quer na estadual. Violação dos artigos 57, II, 65 e 13, III e IV, bem como seu § 1.º, da Carta Magna.*

*Representação que se julga procedente, para se declarar a inconstitucionalidade do § 3.º do artigo 65 da Lei Com-*

plementar n.º 35/79, introduzido pela Lei Complementar n.º 54, de 22.12.86.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar procedente a Representação e declarar a inconstitucionalidade do § 3º, do artigo 65, da Lei Complementar n.º 35/79, introduzido pela Lei Complementar n.º 54, de 22.12.86.

Brasília, 9 de dezembro de 1987.

**Rafael Mayer**  
Presidente

**Moreira Alves**  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES — O Exmo. Sr. Procurador-Geral da República ofereceu representação alternativa por *inconstitucionalidade*, ou, eventualmente, para *interpretação* do disposto no § 3º da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35/79), introduzida pela Lei Complementar n.º 54, de 22.12.86.

O artigo 65 da LOMAN, na parte que interessa à presente representação, tem o seguinte teor:

Art. 65. Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas 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 aos 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". (fls. 2/3)

Requerida liminar, foi ela concedida por este Plenário, em sessão de 6 de maio do corrente ano.

Solicitadas informações, prestaram-nas o Exmo. Sr. Presidente do Congresso Nacional, a fls. 41 e segs.) e o Exmo. Sr. Presidente da República, a fls. 101 e segs.

A fls. 115 a 136, assim se manifesta a Procuradoria Geral da República, em parecer de seu ilustre titular:

"Dispõem, atualmente, no que interessa, o art. 65 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e, especificamente, o seu § 3º, objeto desta representação:

"Art. 65. Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas 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 aos 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".

Esse texto resultou das alterações ditadas pela LC n.º 54/86 — no particular, fruto de emenda de iniciativa parlamentar — a qual, além de introduzir o § 3º, inovou, na redação original do inciso II (anteriormente, assim: "*ajuda de custo, para moradia, nas comarcas onde não houver residência oficial para juiz, exceto nas Capitais*").

II

Vigente a nova redação, como exposto na inicial, vários tribunais federais e estaduais entenderam-se autorizados a determinar imediatamente o pagamento das ajudas de custo, a que alude o § 3º, aos seus próprios membros e aos demais magistrados sujeitos à sua administração.

Partiram essas resoluções da premissa de que dita competência lhes teria advindo diretamente da lei complementar, prescindindo, em consequência, o seu exercício, da mediação de lei ordinária da União

ou dos Estados, que instituíssem, na órbita respectiva, as mencionadas vantagens pecuniárias e autorizassem a despesa correspondente.

Outorgar direta e imediatamente a cada Tribunal essa competência normativa parece ter sido efetivamente a intenção dos inspiradores da emenda parlamentar, de que resultou o § 3º, ora discutido.

O preceito — que o Governo se recusara a incluir no Projeto de Lei Complementar n.º 316/85 (fls. 49, 51) —, veio a ser introduzido no substitutivo do relator, o nobre Deputado JOÃO DIVINO, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, com a seguinte justificação (f. 42):

“Esse Relator foi procurado pela Diretoria da Associação Brasileira de Magistrados que entendeu ser válida a modificação de outros pontos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, visando também ao aperfeiçoamento desse importante diploma legal.

Atendendo às ponderações que me foram feitas, julgo válidas as seguintes outras alterações:.....

4. O art. 65 estabelece as vantagens que poderão ser auferidas pelos magistrados, dentre elas a ajuda de custo, para moradia, nas Comarcas em que não houver residência oficial para juiz, exceto nas Capitais, bem como a ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança. Ocorre que, desde a sua promulgação, esses dois incisos aguardam ordenamento legal adequado. O vazio regulamentar ensejou, ao longo do período, o surgimento ou a manutenção de práticas que buscavam obviar incerto oferecimento daqueles benefícios sob outras formas. É imperioso, nesses tempos de Nova República, que a lei seja clara e não seja necessário o uso de artifícios. A emenda a ser proposta resulta de uma visão ampla da realidade nacional do funcionamento do Judiciário, vez que, sob impulso das características regionais, tem cada Tribunal a exata medida das necessidades concretas; observando-se de qualquer modo, os limites máximos indicados (até 25% para auxílio-transporte e até 30% para auxílio-moradia)”.  
.....

A pretensão manifesta foi assim a de suprir — mediante outorga de competência aos Tribunais — o “vazio regulamentar”, ou seja a ausência de “ordenamento legal adequado” das ajudas de custo para moradia e para transporte, que o primitivo art. 65 da LOMAN incluía entre as vantagens que, além dos vencimentos, poderiam ser concedidas aos magistrados.

Mas, adiantou-se na inicial da representação, assim entendido, se melhor poderia corresponder à *mens legislatoris* revelada no processo parlamentar, o questionado § 3.º padece de inconstitucionalidade patente.

Denunciou-a o ilustre magistrado gaúcho, Dr. OSVALDO PERUFFO, na petição que provocou a Rep. 1.406, atinente à resolução sobre a matéria do col. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (f. 14).

Na Constituição, assinalou o magistrado, “*existem expressões rígidas e suficientes: pelo inciso II do art. 57, coordenado com o art. 200, se estabelece, em relação aos cargos, funções ou empregos públicos, que os aumentos de vencimentos ou da despesa pública dependem de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo: e pelo inciso V do art. 13 se reserva aos Estados o poder de editar normas relativas aos funcionários públicos*”. (...) “*Diante das disposições constitucionais consideradas*” — prosseguia — “*é indubitoso que o aumento da despesa do Estado, relacionada a cargos públicos, depende de duas condições necessárias: existência de lei estadual pertinente; qualificação da lei estadual mediante a iniciativa do Governador*”.

“*Se a lei complementar pode preencher os espaços ensejados pelo texto constitucional*” — argumenta o magistrado — “*ela não pode ocupar os espaços já tomados pelas normas constitucionais nem sair dos limites traçados pela regra de hierarquia superior*”.

(...) Ora, “*a Constituição Federal, pelas regras acima mencionadas (inciso V do art. 13, inciso II do art. 57 e art. 200), não deixou qualquer vazio à disposição da lei complementar, no tocante à exigência de lei estadual qualificada para as concessões da espécie*”.

Finalmente, ao prever a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o art. 112, parágrafo único, CF — conclui o suscitante — *não autorizou que lei complementar criasse novas fontes de edição de normas, mas manteve as faixas básicas da própria Constituição. Tão certo parece ser isso, que o art. 65 da Lei Complementar n.º 35 foi concebido nesta redação, que ainda se preserva: “Além dos vencimentos, poderão ser outorgados aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens...” Por isso mesmo, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional sempre respeitou a exigência de lei pertinente para os temas relacionados com a despesa pública*”.

Na mesma linha, já observara, com precisão e lucidez, o eminente Ministro ALDIR PASSARINHO (voto na Rp. 1055, RTJ 108/495) “*que a EC n.º 7, pelo seu art. 112, parágrafo único, veio a possibilitar que lei complementar estabelecesse normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, ao direito e aos deveres da Magistratura, não é menos verdade que fora do previsto na Lei Maior, os princípios basilares do regime federativo não de ser resguardados, mantendo-se a autonomia dos Estados, nos seus elementos fundamentais, entre os quais se incluem o de auto-administração e, portanto, o de possuir o seu próprio orçamento, dispor de sua receita e remunerar seus servidores e magistrados*”.

O mesmo raciocínio, *mutatis mutandis* é pertinente à relação entre a norma questionada e a concessão das referidas vantagens à magistratura da União.

A LOMAN, na estrutura constitucional vigente, é uma das leis complementares previstas para editar *normas gerais de caráter nacional*.

Ditas leis nacionais, em linha de princípio, embora votadas pelo Congresso Nacional — na conhecida construção teórica de Kelsen sobre o Estado Federal (*Teoria Gen. del Derecho y del Estado*, trad., México, 1952, p. 333), não integram a ordem *parcial*, ainda que central, da União, mas sim a ordem *total* da Federação. Só por isso, incidem igualmente sobre a União e os Estados, disciplina-lhes as competências constitucionais, mas não se substitui no exercício delas, nem ao legislador estadual, *nem ao legislador federal*.

Assim, como freqüentemente se tem enfatizado, o Código Tributário Nacional, embora de todos defina o fato gerador e a base de cálculo, não cria nem impostos estaduais, *nem impostos federais*: autoriza, simplesmente, a sua criação por lei ordinária dos Estados ou da própria União, conforme a respectiva esfera constitucional de competência (v.g., STF, RE 72.508, rel. em. Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, RTJ 61/508).

Assim, de igual modo, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. À União e aos Estados toca a competência de fixar a remuneração dos seus magistrados. À Lei Orgânica se cometeu estabelecer critérios gerais dessa fixação, limitando a competência do legislador ordinário correspondente; são, entretanto, normas que complementam as regras constitucionais da competência estadual e, também, da competência federal, sem nunca, entretanto, dispensar-lhes o exercício.

Por conseguinte, só da lei estadual ou da lei federal, conforme a hipótese, embora ambas se submetam às limitações materiais da norma complementar, é que podem advir regras incidentes na relação funcional dos magistrados, criando-lhes direitos contra a entidade a que sirvam.

É desnecessário acentuar, de seu turno, que, como não pode fixar diretamente vencimentos e vantagens da magistratura estadual ou federal, do mesmo modo, *a lei complementar também não pode transferir dos órgãos legislativos para órgãos judiciários dos Estados ou da União a competência para fazê-lo, pois a Constituição a outorgou à legislatura*.

Certo, dada a identidade dos órgãos competentes para ambas as modalidades legislativas, pode admitir-se a validade da inserção, em lei complementar nacional, de norma que, *ratione materiae*, tocaria à lei ordinária federal, a vigorar com a eficácia hierárquica desta (GERALDO ATALIBA, *Lei Complementar na Constituição*, 1971, p. 38): para tanto, porém, há de exigir-se que se hajam satisfeito, na sua elaboração, os requisitos processuais necessários à formação da lei ordinária sobre a matéria.

Ora, na espécie, a norma *de qua*, suposta a interpretação crítica, implica aumento de remuneração e, pois, acréscimo de despesa pública, temas que reclamariam, para que valesse como lei ordinária

da União, que a proposição tivesse partido da iniciativa do Presidente da República (CF, arts. 57, II e 65).

Cuida-se de vício de iniciativa que, pela mesma razão — aumento de despesa — a sanção presidencial à emenda parlamentar não sanou (art. 57, parágrafo único, cf. STF, Rp. 880, rel. em. Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, RTJ 69/625; Rp. 1.051, rel. em. Ministro MOREIRA ALVES, RTJ 103/36).

### III

Resta saber se, da inconstitucionalidade do entendimento denunciado, e que lhe vinha sendo dado, decorre necessariamente a inconstitucionalidade do próprio texto complementar aqui controvertido.

A indagação traz à baila o intrigante problema da *interpretação conforme à Constituição*, no mecanismo do controle da constitucionalidade das leis.

O tema possui conotações específicas no sistema brasileiro, revelados na fórmula alternativa — *inconstitucionalidade ou interpretação normativa da lei* —, de que, pela primeira vez, se utiliza esta representação. Daí merecer algumas considerações mais detidas.

É curial que o controle jurisdicional da constitucionalidade da lei envolve, a um tempo, e necessariamente, não apenas a *interpretação* das normas constitucionais invocadas como parâmetro, mas também a *regra legal questionada*.

“É evidente — tem assentado a Constituição da Itália (Sentença 11/65, *Giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffré, 1985, p. 175) —, “que não se pode julgar da legitimidade constitucional de uma norma, sem antes ter estabelecido quais sejam o conteúdo e o alcance da norma”.

É que, explica PIERANDREI (*Corte Costituzionale* em Enciclopedia del Diritto, XI/1982), no juízo sobre a constitucionalidade, “as normas de legislação ordinária vêm a assumir posição análoga àquela que, nos processos comuns, é própria do fato “*della fattispecie concreta*” — a qualificar para os fins da decisão”.

“A norma de lei ordinária — já assinalara CAPPELLETTI (*La Pregiudizialità Costituzionale nel Proc. Civile*, 1972, p. 32) — “é o *factum* que se submete ao juiz constitucional a fim de que julgue da legitimidade dele”.

A interpretação da lei denunciada está, assim, para a decisão da questão de constitucionalidade, como o acerto e a qualificação do fato alegado, nas questões ordinárias em que se cuida de resolver a incidência da norma legal invocada sobre relações sociais concretas.

Desse modo, no controle de constitucionalidade, acentuava a Corte italiana, na sentença referida, a interpretação da lei impugnada, tan-

to quanto a seu cotejo, depois de interpretada, com a norma da Constituição, são partes necessárias e incindíveis do julgamento. Pouco importa, prosseguia o julgador (*Giurisprudenza, cit., p. 176*), que frequentemente a parte relativa à interpretação da norma questionada não assumia um relevo particular, seja pela univocidade do seu sentido ou pela pacificação de uma determinação inteligente dela — “*per la evidenza del contēnuto della norma stesse, o per effetto, appunto, di una precedente interpretazione sicuramente consolidata*”.

É também o que se dá, *mutatis mutandis*, quando, no processo, os fatos são incontroversos ou objeto de prova inquestionável.

Não é raro, entretanto, que a fórmula legislativa comporte leituras alternativas e contrapostas. Ai, faz-se patente que, antes de aferir da sua constitucionalidade, tem o juiz de acertar o conteúdo da norma impugnada, ou seja, de fixar-lhe interpretação.

Ocorre que — tal como às vezes similarmente se passa com relação às questões de fato — a interpretação da norma sujeita a controle deve partir de uma hipótese de trabalho, a chamada *presunção de constitucionalidade*, da qual se extrai que, entre dois entendimentos possíveis do preceito impugnado, deve prevalecer o que seja conforme à Constituição.

Mostrou LÚCIO BITTENCOURT (*Controle Jurisprudencial da Constitucionalidade das Leis*, 1949, p. 93) que essa regra de conciliação hermenêutica deita raízes nos clássicos americanos, como COOLEY e WILLOUGHBY, e na jurisprudência secular da Suprema Corte. É elementar, lê-se em julgados vetustos, que, se a lei é suscetível razoavelmente de duas interpretações, segundo uma das quais seria inconstitucional, e válida, segundo a outra, o dever da Corte é adotar aquela construção que salve a lei do vício de inconstitucionalidade (187 US 197): “*if the statute is reasonably susceptible of two interpretations, by one of which it be unconstitutional and by other valid, it is our plain duty to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity*”.

A velha orientação tem sido correntemente seguida na jurisprudência dos modernos sistemas europeus de controle concentrado de constitucionalidade e dado margem a reflexões doutrinárias, que lhe emprestam melhor fundamentação teórica.

Na Alemanha, atesta FRIESENHANN, (*Lagiurisdizione costituzionale nella Rep. Federale Tedesca*, trad., 1973, p. 92) — segundo o Tribunal Constitucional “*se deve presumir que uma lei seja compatível com a lei fundamental e o princípio expresso nessa presunção requer, na dúvida, uma interpretação conforme à Constituição*”.

Na Itália, o problema tem sido objeto de profusas e agudas discussões doutrinárias, a propósito das *senteze interpretative di rigetto* da Corte Constitucional, mediante as quais se recusa a declaração de ilegitimidade constitucional da lei, sempre que seja possível dar-lhe interpretação que a concilie com a norma constitucional.

Superou-se, ali, na evolução jurisprudencial da Corte — assinala NICOLA JAEGGER (*Sui limiti di efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale*, em *Riv. Dir. Processuale*, 1958, p. 364, 383) —, a corrente segundo a qual, quando fosse possível concebê-la, a simples admissão da pluralidade de significados de uma norma, ou ainda a mera previsão abstrata da viabilidade de um significado incompatível com a Constituição, deveria constituir motivo suficiente para declarar a ilegitimidade constitucional da norma denunciada, como forma de induzir o legislador à edição de lei menos ambígua — “*in modo da quase costringere il legislatore a provvedere alla emanazione di una legge meno ambigua, nella quale la norma o le norme dichiarate illegittime siano sostituite da altre sicuramente conformi ai precetti costituzionale*”.

Essa, por exemplo, a tese de LUIGI MONTESANO (*Norma e Formula Legislativa nel Giudizio Costituzionale*, na *Riv. Dir. Processuale*, 1958/524, 534), segundo a qual deveria a Corte declarar ilegítima a lei, não somente quando o seu significado normativo lhe parecesse inconstitucional, mas também quando o seu texto não assegurasse aplicação constantemente conforme à Constituição — “*ma anche quando il testo presenti comunque difficoltà per applicazioni costantemente conformi alla Carta fondamentale*”.

Prevaleceram, em contrário, de um lado, razões de ordem prática — “*ammaestramenti dell’esperienza*”, diz JAEGGER —, como a lentidão do iter legislativo, as conseqüências prováveis de uma prolongada carência de disciplina legal da matéria, a freqüente imprecisão técnica da lei e até a consideração da vocação dialética dos práticos do direito e de sua capacidade “*di escogitare sempre nuovi modi di interpretazione delle norme meglio redatte*”.

Por outro lado, pesou, sobretudo, a convicção teórica da corte sobre a força determinante dos preceitos constitucionais sobre a interpretação de todas as normas inferiores — “*i precetti costituzionale hanno anche efficacia determinante sulla interpretazione di tutte le norme dell’ordinamento, in quanto esse debbono evidentemente essere intese, fino a trato che ciò sia possibile, in senso conforme allo spirito della Costituzione*” (JAEGGER, ob. loc. cit., p. 384).

Nesse sentido, alinha-se, hoje, GUSTAVO ZAGREBELSKY, (*La Giustizia Costituzionale*, Bologna, 1977, p. 188), para quem as sentenças interpretativas de rejeição “*são expressões do princípio de unidade do ordenamento, no sentido de que, dada a unidade sistemática deste, às leis deve dar-se o significado que lhes permita a integração harmônica em um sistema que deve ter os seus fundamentos na Constituição*” — “*que deve i ovis cardini nella Costituzione*”.

Similar é a colocação de ilustre escritor espanhol hodierno “*la Supremacia de la Constitución sobre todas las normas y su caracter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto* — lê-se em EDUARDO GARCÍA (*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 95 —, *obligan a interpretar éste*

en cualquier momento de su aplicación (...) en el sentido que resulta de los principios e reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate (...) Es, en efecto, el principio de la unidad del ordenamiento, supuesta su estructura hierárquica y la situación superior que en el seno de esa estructura corresponde a la Constitución, la que da primacía necesaria a ésta en la integración del ordenamiento entero y, por tanto, en su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo. No se trata pues — conclui —, de simples necesidades o conveniencias técnicas de la Justicia Constitucional y de su papel efectivo, sino de algo bastante más general y importante”.

Não obstante a sua boa fundamentação teórica, a prática do princípio da interpretação conforme à Constituição tem suscitado graves problemas, dada a estrutura dos sistemas europeus de controle concentrado.

De fato. Na Itália, sérias objeções se têm posto às *sentenze interpretative di rigetto*, ligadas particularmente à carência de eficácia delas para impor a observância, na aplicação subsequente da lei, daquela interpretação que, a juízo da Corte Constitucional, seria a única capaz de harmonizá-la com a Constituição (cf., p. ex., MAURO CAPPELLETTI, *Prononce di Rigetto nel Proc. Cost. delle Libertà e Cosa Giudicata*, na *Riv. Dir. Processuale*, 1956, II/135; *Sentenze Condizionali della Corte costituzionale*, *ibidem*, 1957/188 e *La Pregiudizialità Costituzionale*, cit., p. 28 e nota 49; Luigi Montesano, *Norma e Formula Legislativa*, cit., NICOLA CARULLI, *Le due sentenze della Corte Costituzionale in materia di istruzione sommaria*, em *Studi in onore de F. Antolisei*, 1965, p. 147; PIERANDREI, *Corte Costituzionale*, cit., p. 982; G. ZAGREBELSKY, *Giustizia Costituzionale*, cit., p. 186).

O ponto de partida das objeções está menos na negativa genérica da eficácia de *res judicata* às decisões que rejeitam a arguição de inconstitucionalidade, do que em particular, na ausência de força vinculante da sua motivação, na qual se insere a interpretação condicionante da afirmação da constitucionalidade da lei.

Os mais radicais, como CAPPELLETTI e MONTESANO, contestam até que o próprio juiz do processo em que haja surgido a prejudicial de inconstitucionalidade esteja sujeito, na aplicação da lei ao caso concreto, a dar-lhe a interpretação à luz da qual a Corte haja repellido a arguição de ilegitimidade.

Daí a sustentação, já referida (supra, § 41), por MONTESANO, da tese que a lei deva ser declarada ilegítima, sempre que possa dar margem à aplicação segundo a interpretação inconstitucional.

E também o ensaio de CAPPELLETTI de viabilizar, para a hipótese da pluralidade de significações possíveis da lei, a fórmula de uma *sentença condicional*, na qual, simultaneamente declararia a Corte que a lei comporta a interpretação y e, portanto, é constitucional, mas, dado

que a ambigüidade do texto poderia gerar a convicção de que fosse correta, ao invés, a interpretação x, declararia também a sentença que, assim interpretada, a lei seria inconstitucional.

A própria Corte Constitucional italiana, de sua vez, tem adotado prática diversa. Quando a lei admite uma interpretação conforme à Constituição, rejeita-se a questão de inconstitucionalidade; se, no entanto, subsequente, se verifica que a magistratura ordinária persiste em dar-lhe interpretação incompatível com a lei fundamental, a Corte, quando novamente a questão lhe é proposta, volta atrás da rejeição interpretativa anterior e declara, com eficácia *erga omnes*, a inconstitucionalidade do próprio texto legislativo (cf., em *Giurisprudenza*, cit., as sentenças 8/56, pp. 9, e 26/61, pp. 113; 9/65, pp. 166, e 49/71, p. 302).

São dificuldades, logo se percebe, que se ligam estreitamente ao sistema europeu de controle concentrado de constitucionalidade, através de cortes especiais, a ele destinadas com exclusividade, à qual corresponde, também com exclusividade, a competência da magistratura ordinária para a interpretação das leis.

Tanto assim, noticia CAPPELLETTI, que não resolveu o problema a fórmula alemã, segundo a qual não só os órgãos constitucionais, mas todos os tribunais e qualquer autoridade estão vinculados a todas as decisões do tribunal constitucional federal (*La Giurisd. Cost. delle Libertà*, cit., p. 101), inclusive, pois, as de rejeição: é que persiste a discussão sobre se essa eficácia vinculante poderia ou não estender-se, além do dispositivo, à motivação da sentença (cf. *Sentenze Condizionale*, cit., p. 96, nota 1).

Daí, a construção da Corte Germânica — imaginosa, mas artificial —, de divisar, na afirmação da constitucionalidade, mediante interpretação da lei conforme ao texto constitucional, uma modalidade de “inconstitucionalidade parcial ou inconstitucionalidade sem redução do texto” (apud GILMAR F. MENDES. Parecer na Rp. n.º 1.305, STF).

A questão é sempre que, cuidando-se de cortes cuja competência se restringe à verificação da compatibilidade do texto legal com a Constituição, falta-lhes instrumento para impor à magistratura ordinária a sua própria interpretação da norma legal questionada.

A temática da *interpretação conforme à Constituição* revela, assim, com nitidez, outra diferença marcante — e, parece-nos, uma vantagem significativa — do sistema brasileiro, traduzido na competência do Supremo Tribunal Federal, sobre o das cortes constitucionais européias.

Realmente, entre nós, acumularam-se, na Alta Corte, a competência final do sistema de *controle de constitucionalidade das leis e, desde o início, com o recurso extraordinário, também o poder de interpretação definitiva da lei federal*.

Desse modo, depositou-se nas mãos do Tribunal a possibilidade de coibir não apenas a eficácia do texto legal, *abstratamente* incom-

patível com a Lei Maior, mas também a aplicação *desconforme à Constituição*, da lei que, interpretada diversamente, com ela se harmonizaria.

Certo, a via tradicional do recurso extraordinário só viabiliza a correção da *interpretação inconstitucional* da lei, incidentemente e com eficácia limitada ao caso concreto decidido.

Por isso, o que importa enfatizar agora é que — como ocorreu também, desde 1965, com o controle de constitucionalidade da lei —, a reforma de 1977 veio somar, ao mecanismo corretivo e incidente do recurso extraordinário, um original instrumento consubstanciado na conjugação da representação por inconstitucionalidade com a nova representação para interpretação da lei.

Percebera-o o brilhante Procurador da República, GILMAR FERREIRA MENDES (Parecer na Rp. 1.305), ao observar que “*a interpretação conforme o texto constitucional, quando verificada em ação direta, parece implicar, no nosso sistema, autêntica conversão da representação por inconstitucionalidade em representação interpretativa (...), sendo aplicável, pois, a regra do art. 187, do RI STF (efeito vinculante da interpretação)*”.

De notar, entretanto, que esse poder de interpretação vinculante da lei em tese, não o tem o Supremo Tribunal de ofício, mas, sim, condicionado à representação do Procurador-Geral. Donde, parecer-nos mais ortodoxa a formulação utilizada neste caso.

Com efeito, a formulação no mesmo processo, do *pedido alternativo* de declaração de inconstitucionalidade ou interpretação normativa permite que a decisão do Tribunal alcance, em qualquer hipótese, efeitos vinculantes *erga omnes*: seja ela no sentido de inconstitucionalidade do texto legal questionado, seja a da sua constitucionalidade, porque dada à lei interpretação conforme à Constituição.

Na primeira hipótese, é o próprio texto legal que perde a eficácia, por força imediata da decisão; na segunda, o texto remanesce, mas — aqui a novidade — a sua eficácia fica circunscrita às aplicações congruentes com a interpretação que se haja declarado adequada à Lei Fundamental.

Enquanto nas cortes constitucionais européias, “*l'interpretazione é un mezzo e non un fine della sua attività* (PIERANDREI ob. loc. cit., p. 984), na representação alternativa ao Supremo Tribunal, a interpretação da lei é um *meio* — em relação ao julgamento de sua constitucionalidade —, mas, também, eventualmente, um *fim* — enquanto objeto do pedido de sua declaração, com a mesma eficácia geral que teria a declaração de sua inconstitucionalidade.

“Fixa-se, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da representação” — assinala o Min. NÉRI DA SILVEIRA (*O STF e a Interpretação Jurídica com Eficácia Normativa*, Arq. MJ 159/7, 25) —, “a interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual, em caráter definitivo, a todos vinculando, como *norma* jurídica. Opera aí,

o pronunciamento do Alto Tribunal (...), inequivocamente, assim, com a mesma força que se reconhece, em nosso sistema, à denominada *lei interpretativa...*”

Desse modo, na hipótese que nos interessa, declarada, com força normativa de interpretação autêntica, a *interpretação conforme à Constituição*, salva-se a lei, mas, simultaneamente, se veda a sua *aplicação inconstitucional*.

#### IV

De volta ao caso concreto — e com escusas pela digressão —, retoma-se a questão de saber se o § 3º do art. 65 LOMAN admite interpretação conforme à Constituição, tal como sustentam, nas informações, o em. Senhor Ministro da Justiça (f. 106) e o douto Senhor Consultor-Geral da República (f. 101).

De logo, parece-nos inconsistente a objeção que partisse do fato, já acentuado (§§ 05-07, *supra*), de ter sido efetivamente da intenção manifesta dos inspiradores da emenda, de que resultou o parágrafo, dar aos próprios Tribunais, sem intermediação da lei federal ou estadual, a competência para autorizar o pagamento e fixar os percentuais do auxílio-transporte e do auxílio-moradia, aos magistrados.

A indagação do propósito subjetivo do legislador ou, mais corretamente, do autor da proposição legislativa, já em termos gerais, é método desprestigiado na hermenêutica moderna.

O desprestígio da *mens legislatoris* sobe de ponto, quando se cogita da possibilidade de extrair do texto legal uma interpretação conforme à Constituição: nessa tarefa, dada a unidade sistemática e hierarquizada da ordem jurídica, se parte do postulado de ter a norma constitucional um papel determinante sobre o significado da norma inferior (*supra*, §§ 43-45).

O decisivo, portanto, não é a inteligência da regra legal, da sua letra e da sua história, como entidade normativa bastante em si mesma, mas, sim, entendê-la no contexto da ordem jurídica em que a sua vigência a inseriu.

Nessa linha — após adotar a observação de CAPPELLETTI sobre a similitude, entre a posição da norma denunciada, no processo de controle de constitucionalidade, e o fato concreto, nos processos comuns —, observa PIERANDREI (*Corte Costituzionale*, cit., p. 982) que, não obstante, “*le norme sono qualcosa di ben diverso da codeste fattispecie*”. Antes de tudo, porque as normas não se identificam com o texto escrito que as contém, o qual não pode jamais, por si mesmo, determinar-lhe completamente e exaurir-lhe o significado e o alcance — “*non può mai di per se stesso determinarne completamente e per così dire esaurirne il significato e la portata*”.

Em segundo lugar, as normas não permanecem isoladas, uma em frente à outra, como fechadas em sua própria esfera de independên-

cia, com o significado que a fonte lhes tenha querido atribuir: inserem-se, ao contrário, no sistema completivo, e ficam sujeitas às influências que sobre elas venha a exercer a evolução do ordenamento, segundo o desenvolvimento da vida social — *“le norme, una volta posta in essere dalla loro fonte di produzione, non rimangono isolate l’una nei confronti dell’altra, e como chiuse in la loro attribuire dalla fonte: invece si inseriscono nel sistema complessivo, e sono soggette alle influenze che nei loro confronti viene ad esercitare l’evoluzione dell’ordinamento, a seguito degli sviluppi della vita sociale”*.

Na espécie, a fonte da competência do legislador complementar é o parágrafo único do art. 112 da Constituição:

“Lei complementar, denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes”.

É patente que, ao cometer à lei complementar esse desenvolvimento normativo do estatuto constitucional da magistratura, a Constituição não lhe outorgou o poder de *alterar* o que nela própria já se dispusera, não apenas sobre a temática específica cogitada, mas igualmente sobre a estrutura federativa da República e, em particular, sobre a competência legislativa ordinária da União e dos Estados para dispor sobre a aplicação de suas rendas e os vencimentos e vantagens de seus servidores, entre eles, os magistrados.

Em sua edição original — LC n.º 35/79 —, o capítulo da LOMAN, relativo aos vencimentos e vantagens pecuniárias dos magistrados, manteve religiosa fidelidade a esse âmbito constitucionalmente limitado de sua incumbência normativa complementar.

Assim, dispõe o art. 61 que os vencimentos dos magistrados são *fixados por lei* (entenda-se: federal ou estadual), em valor certo, para só depois se colocarem alguns parâmetros gerais à sua fixação, que se tiveram como decorrentes de preceitos constitucionais explícitos ou implícitos.

Igualmente no tocante às vantagens, primou o *caput* do art. 65 de expressar o condicionamento de sua efetiva concessão à lei ordinária da respectiva órbita estatal:

“Art. 65. Além dos vencimentos, *poderão ser outorgadas, nos termos da lei, as seguintes vantagens...*”

Daí — na Rp. 1.155, RTJ 108/486, 502 — a precisa inteligência que lhe deu o em. Ministro MOREIRA ALVES, ao acentuar que, nesse art. 65, “a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, ao lado dos vencimentos, cataloga o *máximo* de vantagens que os magistrados *podem ter*”, e,

portanto, “não obriga a União Federal ou aos Estados-membros a atribuir todas essas vantagens, mas lhes veda que as ultrapassem”. Por isso, conclui, ao estabelecer limites máximos, a lei complementar “está a indicar que, dentro da órbita federal, com relação à Justiça Federal, e dentro da órbita estadual, com relação à Justiça Estadual, os Poderes Constituídos do Estado, no *campo de sua competência legislativa*, poderão optar pela concessão de todas as vantagens, ou somente de algumas, que entenderem devam atribuir aos seus magistrados”.

Dentre essas vantagens, que a União e os Estados, cada qual “no *campo de sua competência legislativa*” — vale dizer, *por lei* —, poderiam atribuir aos respectivos magistrados, incluíram-se desde o início, a “*ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança*” (art. 65, I) e a “*ajuda de custo, para moradia*”. (art. 65, II).

É nesse contexto normativo, a um tempo, constitucional e complementar, que veio a inserir-se, com a LC n.º 54/86, o discutido § 3.º, do art. 65, da Lei Orgânica.

A sua leitura isolada, como se estivesse “fechada em sua própria esfera de independência” (PIERANDREI), tanto a partir da sua literalidade, quanto de sua confessada inspração, induziriam, como antes se pretendeu demonstrar, à sua inconstitucionalidade.

Não, assim, porém, a interpretação que o mesmo § 3.º comporta, à vista do *caput* do próprio art. 65 — cujo complexo normativo a disposição nova veio integrar —, e, sobretudo, dos princípios constitucionais subjacentes ao último.

De fato. Tendo sido introduzido por lei complementar posterior, o § 3.º poderia, em tese, abrir exceção à exigência de lei ordinária, expressa no *caput* do art. 65, para a concessão das vantagens cogitadas, se essa reserva de lei federal ou estadual resultasse de opção livre da LC n.º 35/79, não porém, quando, no ponto, a LOMAN apenas explicitou o que, de qualquer modo, decorreria imperativamente da Constituição.

Certo, com base nas fontes americanas, advertiu LÚCIO BITTENCOURT ser mister que, “para se chegar à interpretação favorável à eficácia da lei, não se faça violência às palavras efetivamente usadas no texto — *“without doing too great violence to the words actually used”* —, pois, quando a *mens legis* é clara e, na sua eloquência, colide com a lei suprema, não é lícito aos tribunais recorrer a uma interpretação forçada ou arbitrária para tornar a lei válida” (op. cit., p. 94).

Esse, contudo, não parece ser o caso do preceito questionado. Trata-se, vale repetir, de um parágrafo, introduzido por lei nova, sob o *caput* do art. 65, do qual resultava que todas as vantagens nele enumeradas, incluídas as ajudas de custo de transporte (inciso I) e de moradia (inciso II), *poderiam* ser concedidas, *nos termos da lei*. E o teor da disposição nova é o seguinte:



“§ 3.º. Caberá ao respectivo Tribunal, para aplicação dos dispostos nos incisos I e II deste artigo, conceder ao magistrado auxílio-transporte, em até 25%, auxílio-moradia, em até 30%, calculados os respectivos percentuais sobre os vencimentos e cessando qualquer benefício indireto que, ao mesmo título, venha sendo recebido.”

O parágrafo engloba, assim, três normas diversas.

As duas últimas — a que fixa percentuais máximos sobre os vencimentos, para o cálculo das ajudas de custo, e a que determina a inacumulabilidade delas “com qualquer benefício indireto que, ao mesmo tempo, venha sendo recebido” — *nenhuma inconstitucionalidade* se pode opor.

A que trata de percentuais seria, ao contrário, impugnável, se fixasse alquotas *mínimas*, coibindo a liberdade da União e dos Estados, para determinar não apenas a atribuição, mas também o *quantum* da vantagem concedida.

A que faz cessar benefícios indiretos ao mesmo título das ajudas de custo deriva logicamente da anterior e também do § 2.º do mesmo art. 65, que veda “a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias não previstas na presente lei, bem como em bases e limites superiores aos nela fixados”.

O que resta, pois, como objeto de questionamento, é a norma inicial, segundo a qual caberá ao respectivo Tribunal *conceder* ao magistrado o auxílio-transporte e o auxílio-moradia.

Os textos que dão competência a determinado órgão para *conceder* um benefício ou um direito não têm significação unívoca. Tanto podem traduzir um poder de primeiro grau, em regra, de caráter substancial ou formalmente legislativo, quando de segundo grau, de natureza administrativa, qual seja a de deferi-lo, no caso concreto, segundo os pressupostos abstratos fixados em lei.

Assim, no primeiro sentido, alude a Constituição à competência do Poder Legislativo para a “concessão de anistia” (art. 43, VIII) e às leis que “concedam subvenção ou auxílio” (art. 65).

No segundo, o de ato concreto de concessão do benefício, subordinado à lei, a Carta se refere, por exemplo, à competência do Tribunal de Contas para apreciar “a legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões” (art. 72, § 7º), ou à dos Tribunais em geral para “conceder licença e férias, nos termos da lei, a seus membros e aos juízes” (art. 115, IV).

Certo, o questionado § 3º não explicita que a concessão, pelos Tribunais, das maisnadas ajudas de custo, se fizesse “*nos termos da lei*”. Mas, para uma interpretação sistemática do parágrafo, no contexto da própria lei complementar, assim como para uma interpretação conforme à Constituição, seria desnecessário que a restrição reapareces-

se na literalidade do dispositivo: ela está, clara e inequívoca, no *caput* do art. 65, e deriva necessariamente da competência constitucional da União e dos Estados para disciplinar, mediante lei ordinária, a remuneração de suas respectivas magistraturas.

Por conseguinte, dada, pelo menos, a equivocidade do teor literal do preceito denunciado, os princípios parece indicarem a prevalência, na interpretação, da norma que se harmonize com a Constituição: a que subordina o exercício, pelos Tribunais, da competência para conceder *in concreto* as ajudas de custo à prévia edição de lei federal ou estadual, conforme o caso, que lhes discipline a concessão e autorize a despesa, sempre, mediante iniciativa do Poder Executivo.

De resto, há um dado peculiar a ponderar no caso. Interpretado, como se propõe, o parágrafo — além das normas de limitação do percentual e de eliminação de benefícios — pouco acrescenta ao texto original da lei complementar.

Esta, com efeito, já previa a possibilidade de atribuir a lei, aos magistrados, ambas as ajudas de custo (art. 65, *caput*, e incisos I e II). De seu turno, a competência dos Tribunais para concedê-las em concreto e *nos termos da lei*, a rigor, prescindiria de disposição expressa, porque resulta do seu poder próprio de administração do pessoal judiciário, que lhe advém da Constituição.

## V

O parecer, em consequência, nos termos da alínea b do pedido alternativo inicial, é por que se julgue *improcedente* a representação por inconstitucionalidade, se e na medida em que se declare, com eficácia geral, a interpretação proposta para a disposição legal questionada.”

É o relatório, do qual a Secretaria remeterá cópia aos Srs. Ministros.

Brasília, 9 de outubro de 1987.

**Ministro Moreira Alves**

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR) — 1. O artigo 65 da Lei Complementar n.º 35/79 (LOMAN) tinha a seguinte redação originária:

“Art. 65. Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas, 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 comarcas em que não houver residência oficial para juiz, exceto nas Capitais;

III — salário-família;

IV — diárias;

V — representação;

VI — gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral;

VII — gratificação pela prestação de serviço à Justiça do Trabalho, nas comarcas onde não forem instituídas Juntas de Conciliação e Julgamento;

VIII — gratificação adicional de cinco por cento por quinquênio de serviço, até o máximo de sete;

IX — gratificação de magistério, por aula proferida em curso oficial de preparação para a magistratura ou em Escola Oficial de Aperfeiçoamento de Magistrados (arts. 78, § 1.º, e 87, § 1.º), exceto quando receba remuneração específica para esta atividade;

X — gratificação pelo efetivo exercício em comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei.

§ 1.º — A verba de representação, salvo quando concedida em razão do exercício de cargo em função temporária, integra os vencimentos para todos os efeitos legais.

§ 2.º — É vedada a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias não previstas na presente lei, bem como em bases e limites superiores aos nela fixados”.

Por força da Lei Complementar n.º 54, de 22.12.86, esse artigo teve alterada a redação de seu inciso II, bem como acrescentado um parágrafo — o 3.º —, tendo ambas essas alterações a seguinte redação:

“Art. 65.....

II — ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado.

§ 3.º — 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. (VETADO)”.

Noticiam as informações prestadas pelo Exm.º Sr. Presidente do Congresso Nacional que, com a Mensagem n.º 407, de 27 de agosto de 1985, o Exm.º Sr. Presidente da República submeteu à apreciação

do Congresso Projeto de Lei Complementar em que se dava nova redação aos artigos 91, 118 e 124 da Lei Complementar n.º 35/79, e se revogavam os artigos 107 e 115 do mesmo Diploma Legal. Nesse Projeto não constava o texto do § 3.º a ser acrescentado ao artigo 65, acima referido.

Foi na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados que o relator designado — o Deputado JOÃO DIVINO — assim se manifestou, em seu parecer:

“Este relator foi procurado pela Diretoria da Associação Brasileira de Magistrados que entendeu ser válida a modificação de outros pontos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, visando também ao aperfeiçoamento desse importante diploma legal.

Atendendo às ponderações que me foram feitas, julgo válidas as seguintes outras alterações:

4. — O art. 65 estabelece as vantagens que poderão ser auferidas pelos magistrados, dentre elas a ajuda de custo, para moradia, nas Comarcas em que não houver residência oficial para juiz, exceto nas Capitais, bem como a ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança. Ocorre que, desde sua promulgação, esses dois incisos aguardam ordenamento legal adequado. O vazio regulamentar ensejou, ao longo do período, o surgimento ou a manutenção de práticas que buscavam obviar incerto oferecimento daqueles benefícios sob outras formas. É imperioso, nesses tempos de Nova República, que a lei seja clara e não seja necessário o uso de artifícios. A emenda a ser proposta resulta de uma visão ampla da realidade nacional do funcionamento do Judiciário, vez que, sob impulso das características regionais, tem cada Tribunal a exata medida das necessidades concretas; observando-se, de qualquer modo, os limites máximos indicados (até 25% para auxílio-transporte e até 30% para auxílio-moradia);

Diante do acima exposto, voto pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação (com Substitutivo) deste Projeto de Lei Complementar n.º 316, de 1985”.

O Substitutivo aludido nesse parecer acrescentava ao artigo 65 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional dois parágrafos, dos quais nos interessam apenas o 3.º, assim redigido:

“§ 3.º. Caberá ao respectivo Tribunal, para aplicação do disposto nos itens I e II deste artigo, conceder ao magistrado auxílio-transporte, em até 25% (vinte e cinco por cento)

e auxílio-moradia, em até 30% (trinta por cento), sempre calculado o percentual sobre os vencimentos, fazendo cessar qualquer benefício indireto que, quanto ao primeiro, venha recebendo. O magistrado, quando ocupar imóvel da União, do Estado ou do Município responderá, ao receber auxílio-moradia, pelas taxas de ocupação, conservação e manutenção eventualmente devidas”.

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados opinou, unanimemente, pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação, com substitutivo, do Projeto de Lei Complementar n.º 316/85, nos termos do parecer do relator.

Foi então esse Substitutivo submetido à Comissão de Finanças, onde o relator designado — Deputado AÉCIO BORBA — opinou pela sua aprovação, em parecer assim fundamentado:

“O Substitutivo da Comissão de Justiça, conforme ressaltou o nobre Relator, inclui reivindicações da Associação Brasileira dos Magistrados, a saber:

— estabelecimento dos percentuais a serem devidos nas hipóteses de ajuda de custo para moradia e para transporte e locomoção;

Existem no Projeto e no Substitutivo pontos que dizem respeito à despesa pública, de modo amplo. Passo a examinar cada um desses itens.

2. Relativamente aos percentuais fixados para o auxílio-moradia e o auxílio-transporte e locomoção, o fato de a lei estabelecer os percentuais não implica, necessariamente, em invadir matéria da exclusiva iniciativa presidencial. Tanto assim é que a Comissão de Constituição e Justiça julgou constitucional essa fixação. A lei já estabeleceu que esses auxílios são devidos. Como a regulamentação tarda, nada impede que outro texto de lei estabeleça os percentuais. Aliás, a projetada norma, tendo em vista as disparidades regionais, é sábia ao estabelecer apenas o teto máximo (25% para auxílio-transporte e 30% para auxílio-moradia) deixando a cada Tribunal a fixação, atendidas as peculiaridades locais.

As implicações financeiras do projeto são perfeitamente suportáveis pelo Orçamento da União, nas dotações atribuíveis ao Poder Judiciário”.

A Comissão de Finanças opinou, unanimemente pela aprovação do Substitutivo adotado pela Comissão de Constituição e Justiça.

Submetido o Substitutivo ao Plenário, foi ele aprovado, salvo no que diz respeito ao § 4.º do artigo 65, o qual foi rejeitado.

Remetido o Substitutivo aprovado para o Senado, o relator designado, na Comissão de Constituição e Justiça — o Senador LENOIR VARGAS —, oferece nova emenda ao artigo 65 da LOMAN, a qual, em síntese, alterava a redação de seu inciso II, e a do § 3.º que lhe fora acrescido:

“Art. 65 .....

II — ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado.

§ 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 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. O Magistrado quando ocupar imóvel da União, Estado ou Município, responderá, ao passar a receber auxílio-moradia, pelas taxas de ocupação, conservação e manutenção eventualmente devidas”.

Essa emenda foi assim justificada por seu autor, o Senador LENOIR VARGAS:

“...desejando o relator emendar a Lei Complementar n.º 35, no que refere à exclusão dos juizes das capitais dos benefícios que cria no § 3º, do artigo n.º 65, apresenta a seguinte emenda de redação e aditiva:.....”

Aprovada essa proposição no Senado, retornou a matéria à Câmara dos Deputados, onde, na Comissão de Constituição e Justiça, o relator designado, Deputado NILSON GIBSON, apresentou o seguinte parecer, quanto ao mérito de ambas as inovações contidas na emenda n.º 1, relativa ao artigo 65 da LOMAN:

“Emenda n.º 1

Esta Emenda apresenta duas inovações.

A primeira delas diz respeito à permissão para os magistrados que atuam nas Capitais possam receber ajuda de custo para moradia, se não houver na localidade residência oficial à disposição deles.

A matéria tem inteira procedência, mormente quando se sabe que nos grandes centros urbanos e mormente nas Capitais, existe imenso déficit habitacional e, por isso mesmo, os aluguéis são caríssimos, absorvendo significativa

parte dos vencimentos. A segunda alteração é no sentido de que cesse qualquer benefício indireto que o magistrado venha recebendo a título de auxílio-transporte e de auxílio-moradia, desde que o Tribunal conceda 25% para o transporte e 30% para a moradia, calculados sobre os vencimentos. Pelo texto atual, essa exclusão recai apenas sobre o auxílio-transporte. É medida que tem inteira procedência e que deve prosperar, sob pena de se agasalhar tratamentos discriminatório e injusto relativamente a outros servidores públicos, em idênticas situações”.

As alterações introduzidas pelo Senado foram acolhidas pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Finanças da Câmara dos Deputados, e aprovadas pelo Plenário dessa Casa Legislativa. Subiu, então, o texto à sanção do Presidente da República, que apenas vetou a frase final do § 3º do artigo 65: “O magistrado, quando ocupar imóvel da União, Estado ou Município, responderá ao passar a receber auxílio-moradia, pelas taxas de ocupação, conservação e manutenção eventualmente devidas”. Esse veto ainda não foi apreciado pelo Congresso Nacional.

2. Dos trabalhos legislativos resulta claro, acima de qualquer dúvida razoável, que o fim a que visou o legislador — a *occasio legis* — foi o de outorgar aos Tribunais, suprindo a omissão legislativa regulamentadora dos incisos I e II do artigo 65 da LOMAN, a faculdade de conceder essas vantagens até o limite máximo que fixou para cada uma delas, atendidas as características regionais de que cada uma dessas Cortes teria a medida exata das necessidades reais. Deu-se-lhe, em suma, uma delegação legislativa não vedada pelo parágrafo único do artigo 6º da Constituição, porque condicionada aos parâmetros fixados na lei. Foi essa a justificativa do autor do Substitutivo na Câmara dos Deputados; essa a razão de ser da emenda que a Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa examinou e entendeu conforme à Constituição; foi esse o motivo pelo qual esse parágrafo foi objeto de exame pela Comissão de Finanças, que além de reafirmar que

“A lei já estabeleceu que esses auxílios são devidos. Como a regulamentação tarda, nada impede que outro texto de lei estabeleça os percentuais. Aliás, a projetada norma, tendo em vista as disparidades regionais, é sábia ao estabelecer apenas o teto máximo (25% para auxílio-transporte e 30% para auxílio-moradia) deixando a cada Tribunal a fixação, atendidas as peculiaridades locais”;

conclui, quanto à União”:

“As implicações financeiras do projeto são perfeitamente suportáveis pelo Orçamento da União, nas dotações atribuíveis ao Poder Judiciário”.

E não foi outra a razão pela qual, no parecer aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, se propôs emenda no sentido de eliminar a “exclusão dos juizes das capitais dos benefícios QUE CRIA no § 3º do artigo nº 65”.

A própria Procuradoria Geral da República, em seu parecer, reconhece essa evidência. Com efeito, depois de acentuar que

“Vigente a nova redação, como exposto na inicial, vários Tribunais Federais e Estaduais entenderam-se autorizados a determinar imediatamente o pagamento das ajudas de custo, a que alude o § 3º, aos seus próprios membros e aos demais magistrados sujeitos à sua administração.

Partiram essas resoluções da premissa de que dita competência lhes teria advindo diretamente da lei complementar, prescindindo, em consequência, o seu exercício, da mediação de lei ordinária da União ou dos Estados, que instituisse, na órbita respectiva, as mencionadas vantagens pecuniárias e autorizassem a despesa correspondente”;

observou:

“Outorgar direta e imediatamente a cada Tribunal essa competência normativa parece ter sido efetivamente a intenção dos inspiradores da emenda parlamentar, de que resultou o § 3º, ora discutido”.

Adverte ela, porém, que, assim entendido, o § 3º do artigo 65 da LOMAN é inconstitucional, quer na esfera da União (faltou-lhe a iniciativa privativa do Presidente da República), quer no âmbito dos Estados (invasão da competência legislativa reservada a estes).

Daí colocar o problema — que se situa na esfera da denominada *interpretação conforme à Constituição (Verfassungskonforme Auslegung)* — de saber “se, da inconstitucionalidade do entendimento denunciado, e que lhe vinha sendo dado, decorre necessariamente a inconstitucionalidade do próprio texto complementar aqui controvertido”.

E, assim, depois de aludir a que, na Itália, se tem admitido a prática da *interpretação conforme à Constituição*, o que tem dado margem a graves problemas em face da estrutura dos sistemas europeus de controle concentrado (negativa de eficácia de *res judicata* às decisões que rejeitam a argüição de inconstitucionalidade; ausência de força vinculante da motivação dessas decisões; vacilação da Corte Constitucional Italiana em adotar essa interpretação), mas problemas que podem ser afastados, no Brasil, pela possibilidade de conversão da representação de inconstitucionalidade em representação de interpretação quando proposta essa alternativa pelo Procurador-Geral da República, o parecer da Procuradoria, não sem antes se referir ao desprestígio da *mens legislatoris*, e asseverar que o § 3º do artigo 65 em causa admite o entendimento de que a concessão a que alude é a do

ato concreto condicionado à lei federal ou estadual de concessão *in abstracto* da vantagem, conclui pela improcedência da representação de inconstitucionalidade, desde que se dê ao citado dispositivo a interpretação vinculante de que se “subordina o exercício, pelos Tribunais, da competência para conceder *in concreto* as ajudas de custo à prévia edição de lei federal ou estadual, conforme o caso, que lhes discipline a concessão e autorize a despesa, sempre, mediante iniciativa do Poder Executivo”.

É certo que a própria Procuradoria honestamente reconhece que, com sua interpretação, há “um dado peculiar a ponderar no caso”:

“Interpretado, como se propõe, o parágrafo — além das normas de limitação do percentual e de eliminação de benefícios — pouco acrescenta ao texto original da lei complementar.

Esta, com efeito, já previa a possibilidade de atribuir a lei, aos magistrados, ambas as ajudas de custo (art. 65, *caput*, e incisos I e II). De seu turno, a competência dos Tribunais para concedê-las em concreto e *nos termos da lei*, a rigor, prescindiria de disposição expressa, porque resulta do seu poder próprio de administração do pessoal judiciário, que lhe advém da Constituição”.

3. Como se vê, o que, expressamente, pretende a Procuradoria Geral da República é que, tendo ela tomado a iniciativa de propor, alternativamente, representação de inconstitucionalidade e de interpretação de lei, esta Corte, dando ao texto em causa *interpretação conforme à Constituição*, julgue improcedente a representação de inconstitucionalidade, e, em representação de interpretação, fixe a exegese dele no único sentido que lhe retiraria a eiva de inconstitucional.

A solução proposta pela Procuradoria Geral da República, no entanto, encontra, a meu ver, óbices intransponíveis, e para os quais não teve ela a sua atenção despertada por não haver examinado a natureza e as restrições da *interpretação conforme à Constituição* (*Verfassungskonforme Auslegung*).

O princípio da *interpretação conforme à Constituição* é, na verdade, um princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas uma simples regra de interpretação.

Merecem transcritas as palavras de JORGE DE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 2a. ed., n.º 57, pp. 232/233), inspiradas na melhor doutrina alemã, a que se deve o aprofundamento desse tema, cuja importância foi posta à calva pela adoção do controle concentrado de constitucionalidade das leis. Diz ele, depois de observar que, no elemento sistemático da interpretação das leis, têm elas de ser consideradas em face da Constituição:

“A chamada interpretação conforme à Constituição repousa nesta base. Mas vem a ser mais do que a aplicação de uma regra de interpretação. É um procedimento ou regra própria da fiscalidade da constitucionalidade, que se justifica em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos — e não de uma presunção de constitucionalidade da norma.

A interpretação conforme à Constituição não consiste tanto em escolher, entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme com a Constituição quanto em discernir no *limite* — na fronteira da inconstitucionalidade — um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido *necessário* e o que torna *possível* por virtude da força conformadora da Lei Fundamental. E são diversas as vias que, para tanto, se seguem e diversos os resultados a que se chega: desde a interpretação extensiva ou restritiva à redução (eliminando os elementos inconstitucionais do preceito ou do ato) e, porventura, à conversão (configurando o ato sob a veste de outro tipo constitucional).

O juízo sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma legal vai estear-se então nessa interpretação, pelo que ficam, doravante, excluídas quaisquer outras já anteriormente conhecidas e mesmo quaisquer outras que venham depois a ser formuladas — pelo menos no processo em curso ou até o órgão de fiscalização optar por um sentido diferente daquele que deu ao pronunciar-se pela não inconstitucionalidade.”

Em virtude da natureza desse princípio, está ele sujeito a aplicação restrita.

Com efeito, o mesmo JORGE DE MIRANDA (*ob. cit.*, n.º 57, pp. 233/234) adverte:

“A interpretação conforme à Constituição implica naturalmente uma posição muito ativa e quase criadora do controle constitucional e de verdadeira autonomia das entidades que a promovem em face dos órgãos legislativos. Não pode, no entanto, deixar de estar sujeita a um requisito de razoabilidade: ela terá de se deter aí onde o preceito legal, interpretado conforme à Constituição, fique privado de função útil ou onde, segundo entendimento comum, seja *incontestável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostos aos critérios e soluções do legislador constituinte*” (os grifos são meus).

Igualmente, observa GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional*, 4a. ed., p. 164), examinando a natureza e as restrições da *interpreta-*

ção conforme à Constituição, que “o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição”, e que “o princípio da exclusão da interpretação conforme à Constituição mas “contra legem” impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme à Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais”.

Essa restrição vem da doutrina e da jurisprudência constitucionais alemãs. De feito, ZIPPELIUS (*Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. II, p. 115) adverte: “Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt festgestellt, das Bemühen um eine verfassungskonforme Auslegung finde zwei Schranken: den Gesetzeswortlaut und den Zweck, den der Gesetzgeber eindeutig mit seiner Regulung verfolgt hat” (“A Corte Constitucional Federal tem reiteradamente declarado que uma interpretação conforme à Constituição tem dois limites: o sentido literal da lei e o objetivo que o legislador perseguiu inequivocamente com sua regulamentação”). No mesmo sentido, acentua SCHLAICH (*Das Bundesverfassungsgericht*, p. 188) que são duas as restrições que a jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã tem imposto a interpretação conforme à Constituição:

“— Die verfassungskonforme Auslegung muss sich in Rahmen des Wortlauts der Vorschrift halten.

— Die gesetzgeberischen Grundentscheidungen, Wertungen und die darin angelegten Zwecke der gesetzlichen Regelungen dürfen nicht angetastet werden. Es darf einem eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn gegeben und es darf das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht werden” (— A interpretação conforme à Constituição deve conter-se nos limites do sentido literal do preceito. — As determinações fundamentais do legislador, as apreciações e os objetivos das regulamentações legislativas não podem ser violados. Não pode a uma lei clara ser dado um sentido oposto, nem pode o objetivo do legislador ser falseado ou elidido num ponto essencial”). Nessa esteira, encontra-se, ainda, entre outros WOLFF (*Verwaltungsrecht*, I, § 28, III, 3, p. 141), MAUNZ (*Deutsches Staatsrecht*, § 15, I, 1, p. 122) e LARENZ (*Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, § 2, III, p. 37, nota 1).

É certo que essa restrição não tem por decisivo o querer subjetivo do legislador, como acentua HESSE (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 32):

“Dagegen ist verfassungskonforme Auslegung nicht gegen Wortlaut und Sinn” oder gegen das gesetzgeberische Ziel möglich. Der subjektive Wille des Gesetzgebers soll dabei nicht entscheidend sein; es kommt vielmehr nur darauf an, das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was er gewollt hat” (“Ao contrário, a interpretação conforme à Constituição não é possível contra “a letra e o sentido”, nem contra o fim visado pelo legislador. A vontade subjetiva do legislador não deve ser decisiva; trata-se de manter o máximo do que ele quis”)

Mas, porque se deve preservar o máximo que o legislador quis, FRIESENHAIN (*La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Ristampa, trad. CERVATI, pp. 90/91, e nota 208), após salientar que “non é decisiva al contrario la rappresentazione subietiva dell’organo que ha preso parte al procedimento legislativo o di uno dei suoi membri sul significato di quella norma” (“não é decisiva, ao contrário, a representação subjetiva do órgão que tomou parte no procedimento legislativo ou de um dos seus membros sobre o significado daquela norma”), reconhece que “non è possibile disconoscere però che in alcune decisioni, in particolare della prima sezione, viene ricollegata una grande importanza alla genesi delle norme” (“não é possível desconhecer, porém que em algumas decisões, em particular da Primeira Seção, tem-se dado grande importância à gênese das normas”).

Essa importância também dá esta Corte, em representação de inconstitucionalidade, quer quando examina a possibilidade de julgá-la improcedente por admitir a lei interpretação que a compatibiliza com a Constituição, quer quando a inconstitucionalidade diz respeito apenas a parte do dispositivo legal. Em ambos os casos — e neles, como já se salientou, se aplica o mesmo princípio da interpretação conforme à Constituição — este Tribunal se tem manifestado pela inconstitucionalidade do preceito legal, se conclui que o sentido compatível com a Carta Magna, ou que o texto resultante da retirada das expressões inconstitucionais, não corresponde ao propósito do legislador. É a aplicação do princípio tradicional, observado no direito constitucional americano — e que se funda, em última análise, na circunstância de que os Tribunais, a pretexto do controle de constitucionalidade, não devem transformar-se em legisladores —, assim enunciado na obra clássica de LÚCIO BITTENCOURT (*O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, p. 126):

“Quando, portanto, um parte da lei é inconstitucional, esse fato não autoriza os tribunais a declarar também ineficaz a parte restante — *that fact does not authorize the courts to declare the remainder void also* — A MENOS QUE TODAS AS PRESCRIÇÕES SEJAM CONEXAS, DEPENDENTES UMA DE OUTRA, ATUANDO JUNTAS PARA O MESMO FIM, OU

DE TAL MODO ASSOCIADAS NO SEU SENTIDO, QUE SE DEVA LEGITIMAMENTE PRESUMIR QUE A LEGISLATURA NÃO ADOTARIA UMA DESACOMPANHADA DE OUTRA — *the legislature would not have passed one without the other*".

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal — em sua função de Corte Constitucional — atua como *legislador-negativo*, porquanto, como salienta RITTERSPACH (*Legge sul Tribunale Costituzionale della Repubblica Federale di Germania*, p. 94):

"Solo una sentenza che dichiara nulla una legge elimina la legge dall'ordinamento giuridico: há cioè lo stesso effetto che otterrebbe il legislatore con la abrogazione; il BVerfG opera in questo caso como un *legislatore-negativo*" (Só uma sentença que declara nula uma lei a elimina do ordenamento jurídico: tem, assim, o mesmo efeito que obteria o legislador com a ab-rogação; a Corte Constitucional Federal opera, nesse caso, como um *legislador-negativo*").

O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a *interpretação conforme à Constituição*, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há u'a modalidade de *inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto — Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung)*, o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina — e atua, portanto, como *legislador-negativo* — as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natura atuar como *legislador-positivo*, ou seja, o que cria norma nova.

4. Em face da natureza e das restrições da *interpretação conforme à Constituição*, tem-se que, ainda quando ela seja aplicável, o é dentro do âmbito da representação de inconstitucionalidade, não havendo que se converter, para isso, essa representação em representação de interpretação, até porque — como o reconhece a própria Procuradoria Geral da República — essa conversão só seria possível quando a representação fosse proposta de maneira alternativa, e isso não só pelo fato de que a legitimação para propô-las é exclusiva do Procurador-Geral da República, mas também — e principalmente — porque esses instrumentos têm finalidade diversa, procedimento diferente e eficácia distinta. Com efeito, a representação de inconstitucionalidade visa ao controle da constitucionalidade da lei e o princípio da *interpretação conforme à Constituição* é meio para a efetivação desse controle; já a representação de interpretação tem por fim a determinação, dentre várias interpretações possíveis e válidas, daquela

que melhor condiz com a norma em causa, e conduz a resultado análogo ao que chegaria a interpretação autêntica. Por outro lado, a representação de interpretação pelo fim a que visa, não admite a concessão de medida liminar; ao contrário também do que sucede com a representação de inconstitucionalidade, exige a justificativa da necessidade da interpretação, e, conseqüentemente, permite o indeferimento *in limine*; e, na representação de inconstitucionalidade, não há a possibilidade de os votos se dividirem entre duas ou mais interpretações. Finalmente, a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia vinculante *ex tunc*, ao passo que a interpretação decorrente de representação dessa natureza tem eficácia vinculante *ex nunc*, como decorre dos termos do artigo 187 do Regimento Interno desta Corte.

Mas, se essa conversão não se pode fazer, nem por isso a competência que a Constituição outorga a esta Corte de interpretar em tese as normas deixa de repercutir na representação de inconstitucionalidade, quando utilizável a *Verfassungskonforme Auslegung*. E repercute para afastar as discussões que há em outros países sobre o efeito vinculante dessa interpretação — efeito, que, por se situar no terreno do controle de constitucionalidade, é *ex tunc*. Esse efeito existe no Brasil, porque, aqui, a Constituição Federal também atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para interpretar as normas em tese, dando-lhes como que uma interpretação autêntica.

5. Resta, pois, examinar, no âmbito da representação de inconstitucionalidade, se esta, no caso, poderá ser julgada improcedente, com a aplicação — como pretende a Procuradoria Geral da República — da *interpretação conforme à Constituição*.

Não tenho dúvida em manifestar-me pela negativa.

Com efeito, não há dúvida alguma — como salientei no início deste voto — de que o fim a que visou o legislador foi o de regulamentar os incisos I e II do artigo 65 da LOMAN, conferindo aos Tribunais federais e estaduais a faculdade de conceder essas vantagens até o limite máximo que fixou, conforme as características locais de que cada uma dessas Cortes teria a medida exata em face das necessidades reais.

Essa intenção se traduziu literalmente nas emendas modificativa e ampliativa introduzidas no artigo 65 da LOMAN. Se a finalidade dessas emendas fosse a fixação de limites a ser observados pela lei ("nos termos da lei") a que alude o *caput* do citado dispositivo, eles seriam acrescentados — bem como a cessação de benefícios indiretos ao mesmo título — nos incisos correspondentes (I e II), certo como é que, em seguida, no parágrafo segundo se estabelece uma vedação que diz respeito inequivocamente à lei ordinária que concede tais adicionais ou vantagens: "§ 2.º. É vedada a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias não previstas na presente lei, bem como em bases e limites superiores aos nela fixados". Por outro lado, os termos do § 3.º, de que trata essa representação de inconstitucionalidade, são absolutamente claros no sentido de que esse preceito atendeu à intenção de

permitir aos Tribunais que concedessem, sem necessidade de outra lei federal ou estadual, o auxílio-transporte e o auxílio-moradia em percentagens a ser fixadas por eles sobre os vencimentos, respeitados os tetos estabelecidos. Se se tratasse de concessão *in concreto* — como quer interpretar a Procuradoria Geral da República, entendendo implícita a expressão, contida no *caput* do artigo, nos termos da lei, para significar que a concessão normativa decorreria da lei ordinária federal ou estadual específicas —, não teria sentido a oração “para aplicação do disposto nos incisos I e II deste artigo, (“Caberá ao respectivo Tribunal, para aplicação do disposto nos incisos I e II deste artigo, conceder ao magistrado...”)), pois essa concessão administrativa *in concreto* não seria evidentemente destinada a aplicar os citados incisos I e II, mas, sim, a lei federal ou local que, com base no § 2º do mesmo artigo 65 da LOMAN, as concedesse aos magistrados federais ou estaduais. Concessão para a aplicação dos incisos I e II é concessão normativa estribada diretamente nesses dois incisos, observadas as exigências do § 3º. Ademais, a própria Procuradoria Geral da República reconhece, que, por sua interpretação, haveria — o que é um dos elementos lógicos para afastar uma exegese — superabundância inexplicável, porque totalmente desnecessária: a da outorga de competência aos Tribunais para conceder em concreto vantagens concedidas em abstrato por lei ordinária na conformidade com a LOMAN, e isso porque tal competência resulta do próprio poder de administração do pessoal judiciário que a Constituição confere aos Tribunais. Finalmente, ainda que se pretendesse estar implícito neste texto do § 3º a expressão “nos termos da lei”, mesmo assim os limites (“em até 25% e em até 30%”) estariam ligados a essa concessão *in concreto* por parte dos Tribunais, como resulta inequivocamente do texto, e não à lei ordinária decorrente da expressão implícita “nos termos da lei”. Ainda aqui, ter-se ia uma delegação legislativa, que daria aos Tribunais competência para aumentar despesa pública, sem ter havido, no âmbito federal, iniciativa do Presidente da República, e que acarretaria, na esfera estadual, invasão da competência legislativa dos Estados-membros, violada, assim, a autonomia destes.

Portanto, a interpretação conforme à Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) sustentada pela Procuradoria Geral da República não pode ser acolhida, pois, em verdade, não se coaduna com a finalidade inequivocamente visada pelo legislador, expressa literalmente na própria lei, e que dela ressalta pelos elementos da interpretação lógica. Em suma, caracteriza-se aqui caso típico em que — como salienta BLASIUS (*Einführung in Grund lagen und Methoden des Verwaltungsrechts*, 5.1.3, p. 88) — não se deve temer a consequência de se declarar a norma inconstitucional, pois esse procedimento é mais exato e satisfatório do que o de violentar o sentido da lei, apenas para evitar sua nulidade.

6. O § 3º do artigo 65 da Lei Complementar nº 35/79, acrescentado pela Lei Complementar nº 54, de 22.12.86, é, portanto, inconstitucional, quer na esfera federal, quer na estadual. Naquela, porque acar-

reta aumento de despesa, sem que se haja originado de iniciativa do Presidente da República, não tendo a sanção, em face da Constituição atual, o condão de sanar a inconstitucionalidade decorrente da não observância do disposto nos artigos 57, II, e 65 da Constituição Federal (Representações 880 — RTJ 69/625 — e 1051 — RTJ 103/36). Nesta, porque invade a esfera de competência da legislação estadual, ferindo a autonomia dos Estados, e violando, ainda, a iniciativa exclusiva de seus Governadores, acarretadora que é de despesa pública (artigo 13, § 1º, bem como arts. 57, II, e 65, combinados com o artigo 13, III e IV da Constituição Federal).

7. Em face do exposto, julgo procedente a representação de inconstitucionalidade, e declaro inconstitucional o § 3º do artigo 65 da Lei Complementar nº 35/79, introduzido pela Lei Complementar nº 54, de 22.12.86.

### EXTRATO DA ATA

#### Rp 1.417-7 - DF

Rel.: Min.: Moreira Alves. Repte.: Procurador-Geral da República. Repdos.: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: Pediu vista o Ministro Carlos Madeira depois dos votos dos Ministros Relator e Célio Borja, que julgavam procedente a Representação e declaravam a inconstitucionalidade do § 3º do art. 65 da Lei Complementar nº 35/79, introduzido pela Lei Complementar nº 54, de 22.12.86. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Rezek. Plenário, em 21.10.87.

Presidência do Senhor Ministro Rafael Mayer. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja.

Procurador-Geral da República, o Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.

**Dr. Alberto Veronese Agular**  
Secretário

### VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA — O voto do eminente Relator conclui que o § 3º do art. 65, da Loman, objeto da Representação, originário de emenda parlamentar, objetiva permitir que os Tribunais concedam, sem necessidade de outra lei federal ou estadual, o auxílio-transporte e o auxílio-moradia, em percentagens por ele fixadas sobre os vencimentos. Tal competência conferida aos Tribunais importa, inegavelmente, aumento da despesa pública, sem que haja a necessária iniciativa do Presidente da República, no plano federal e dos Governadores nos Estados.



A sanção, embora com veto parcial, do dispositivo impugnado, não supre a falta da iniciativa, uma vez que a Constituição a tem como exclusiva do Presidente da República (art. 57, II), e dos Governadores dos Estados (art. 13, III e IV).

Acompanho o eminente Ministro Relator, uma vez que o entendimento expendido no seu voto está em harmonia com a reiterada jurisprudência da Corte em torno das normas constitucionais citadas.

### EXTRATO DA ATA

#### Rp 1 417-7 - DF

Rel.: Min. Moreira Alves. Rpte.: Procurador-Geral da República. Rpdos.: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: Pediu vista o Min. Carlos Madeira, depois dos votos dos Ministros Relator e Célido Borja, que julgavam procedente a Representação e declaravam a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 65, da Lei Complementar nº 35/79, introduzido pela Lei Complementar nº 54, de 22.12.86. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Francisco Rezek. Plenário, em 21.10.87.

Decisão: Julgou-se procedente a Representação e declarou-se a inconstitucionalidade do § 3º do art. 65, da Lei Complementar nº 35/79, introduzido pela Lei Complementar nº 54, de 22.12.86. Decisão unânime. Votou o Presidente. Plenário, 09.12.87.

Presidência do Senhor Ministro Rafael Mayer. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira e Célido Borja.

Procurador-Geral da República, o Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.

**Dr. Alberto Veronese Aguiar**  
Secretário

## Representação n.º 1.451-7 — Distrito Federal

Relator: O Senhor Ministro Moreira Alves  
Representante: Procurador-Geral da República  
Representado: Presidente da República

*Representação de inconstitucionalidade. Artigo 18 do Decreto-Lei nº 2.323, de 26 de fevereiro de 1987, publicado em 5 de março de 1987.*

— *Improcedência da preliminar de inépcia da inicial, até porque o Procurador-Geral da República, sem sustentar nela a improcedência da representação, se reservou para opinar após as informações, e, a final, se manifestou pela procedência parcial da arguição.*

— *As obrigações de simples quantia regidas pelo princípio do nominalismo são dívidas de dinheiro; as obrigações de simples quantia subordinadas à atualização são dívidas de valor.*

— *Se, em virtude da legislação vigente quando da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda (no caso, 31.12.1986), deu este nascimento a obrigação de dinheiro (obrigação de quantidade ou de simples quantia regida pelo princípio do nominalismo), não pode a lei nova alterar esse efeito, transformando essa obrigação em obrigação de valor (obrigação de quantidade ou simples quantia subordinada a atualização), sob pena de alcançar retroativamente o próprio fato gerador, que, incluído na categoria do ato jurídico perfeito, está salvaguardado da eficácia retroativa da lei pelo texto constitucional (artigo 153, § 3º, da Carta Magna).*

— *Ademais, na espécie, tendo o artigo 18 do Decreto-Lei nº 2.323 determinado que o critério da atualização monetária se faria com a expressão do valor do imposto em número de OTNs, mediante sua divisão pelo valor "pro rata" da OTN em 31.12.86, a aplicação, por diploma legal de 5 de março de 1987 (data da entrada em vigor do referido decreto-lei), de valor de OTN anterior implica também retroatividade. Impossibilidade de declaração da inconstitucionalidade apenas da expressão "em 31 de dezembro de 1986", por impossibilidade de o Poder Judiciário — que só pode atuar como legislador negativo — alterar o sentido inequívoco da norma jurídica impugnada como inconstitucional.*

— *Assim, por qualquer ângulo por que seja o dispositivo em causa examinado em face do artigo 153, § 3º, da Constituição federal, é ele inconstitucional in totum.*

*Representação que se julga procedente, para declarar inconstitucional o artigo 18 do Decreto-Lei nº 2.323, de 26 de fevereiro de 1987, publicado em 5 de março de 1987.*