Eduardo Henrik Aubert

O ORDENAMENTO JURÍDICO SEGUNDO O STF: análise das ADPFs sobre legislação pré-constitucional

Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação da Professora Luciana Silva Reis.

SÃO PAULO
2015

Resumo: Este trabalho busca entender de que modo as decisões do STF, em sede de julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental versando sobre legislação pré-constitucional, veiculam e estruturam diferentes compreensões sobre o funcionamento do ordenamento jurídico e, mais precisamente, sobre os seus fundamentos de validade. Para tanto, identifica a inspiração marcadamente kelseniana do instituto da ADPF e investiga como, concretamente, essa inspiração é confirmada ou infirmada nos votos dos ministros. O principal resultado é a identificação de uma série de vertentes interpretativas em nítido contraste com o construto kelseniano, que se podem nomear genericamente pós-positivistas, a localizar os fundamentos de validade do ordenamento jurídico na prática social, e não em uma estrutura escalonada de normas jurídicas encimadas pela Constituição.

Acórdãos citados: ADI 2; ADPF 33; ADPF 46; ADPF 54; ADPF 130; ADPF 153; APDF 187.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; ordenamento jurídico; hermenêutica jurídica; interpretação histórica; pós-positivismo.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não teria se realizado sem o concurso de algumas pessoas fundamentais. Gostaria, assim, de agradecer, em primeiro lugar, à minha orientadora, Luciana Silva Reis, pelo acompanhamento seguro e sempre perspicaz do desenvolvimento da monografia.

Meus colegas de turma na Escola de Formação da SBDP, que, ao longo de um ano movimentado, acabaram por se tornar queridos amigos, foram essenciais para calibrar o tema e seu desenvolvimento, com sugestões instigantes e críticas pertinentes.

Enfim, meu agradecimento aos coordenadores da Escola de Formação pela oportunidade de desenvolver esta pesquisa.

SUMÁRIO

RESUMO p. 1

AGRADECIMENTOS p. 2

SUMÁRIO p. 3

INTRODUÇÃO p. 9

CAPÍTULO 1: a ADPF e o ordenamento jurídico p. 13

1. A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental: breve histórico e traços principais p. 13

1.1. Histórico p. 13

1.2. Caracterização do instituto p. 16

1.3. A ADPF e o controle da legislação pré-constitucional p. 21

2. O controle de textos normativos pré-constitucionais pelo STF entre a promulgação da CF/88 e o advento da Lei 9.882/99 p. 26

2.1. A ADI 2 p. 26

2.2. O incidente de constitucionalidade p. 28

2.3. A ADPF 33 p. 29

3. O modelo positivista do ordenamento jurídico e o problema da validade p. 33

3.1. O ordenamento jurídico e a validade segundo Kelsen p. 33

3.2. A ADPF como instrumento de controle de constitucionalidade moldado pelo conceito kelseniano de ordenamento jurídico p. 38

CAPÍTULO 2: as ADPFs sobre legislação pré-constitucional p. 40

1. ADPF 54: os limites da interpretação conforme e a vontade do legislador p. 40

1.1. Síntese p. 40

1.2. A petição inicial e o parecer da PGR p. 41

1.2.1. A petição inicial e o anacronismo da legislação penal p. 41

1.2.2. O parecer da PGR e a substituição do juiz ao legislador p. 42

1.2.3. A manifestação da AGU p. 43

1.3. Os votos p. 43

1.3.1. Min. Marco Aurélio Mello p. 43

1.3.2. Min. Rosa Weber p. 44

1.3.3. Min Joaquim Barbosa p. 47

1.3.4. Min. Luiz Fux p. 47

1.3.5. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha p. 47

1.3.6. Min. Enrique Ricardo Lewandowski p. 48

1.3.7. Min. Carlos Ayres Britto p. 49

1.3.8. Min. Gilmar Ferreira Mendes p. 49

1.3.9. Min. José Celso de Mello Filho p. 50

1.3.10. Min. Cezar Peluso p. 51

1.4. Perspectivas p. 51

2. ADPF 46: uma sociedade aberta aos intérpretes da Constituição p. 54

2.1. Síntese p. 54

2.2. A petição inicial, a petição da ECT e os pareceres da AGU e da PGR p. 54

2.2.1. A petição inicial p. 54

2.2.2. A petição da ECT p. 55

2.2.3. O parecer da AGU p. 56

2.2.4. O parecer da PGR p. 56

2.3. Os votos p. 56

2.3.1. Min. Marco Aurélio Mello p. 56

2.3.2. Min. Eros Grau p. 59

2.3.3. Min Joaquim Barbosa p. 60

2.3.4. Min. Carlos Ayres Britto p. 60

2.3.5. Min Cezar Peluso p. 61

2.3.6. Min. Gilmar Ferreira Mendes p. 61

2.3.7. Min. Ellen Gracie Northfleet p. 63

2.3.8. Min.Carlos Alberto Menezes Direito p. 63

2.3.9. Min, Cármen Lúcia Antunes Rocha p. 63

2.3.10. Min. Enrique Ricardo Lewandowski p. 64

2.4. Perspectivas p. 64

3. ADPF 153: a validade sob o jugo da legitimidade p. 67

3.1. Síntese p. 67

3.2. A petição inicial, o parecer da AGU e o parecer da PGR p. 67

3.2.1. A petição inicial p. 67

3.2.2. O parecer da AGU p. 68

3.2.3. O parecer da PGR p. 69

3.3. Os votos p. 71

3.3.1. Min. Eros Grau p. 71

3.3.2. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha p. 73

3.3.3. Min. Enrique Ricardo Lewandowski p. 74

3.3.4. Min. Carlos Ayres Britto p. 75

3.3.5. Min. Ellen Gracie Northfleet p. 77

3.3.6. Min. Gilmar Ferreira Mendes p. 77

3.3.7. Min. Marco Aurélio Mello p. 78

3.3.8. Min. Jos~e Celso de Mello Filho p. 78

3.3.9. Min. Cezar Peluso p. 80

3.4. Perspectivas p. 80

4. ADPF 130: uma lei purificada pela prática p. 83

4.1. Síntese p. 83

4.2. A petição inicial, o parecer da AGU e o parecer da PGR p. 83

4.2.1. A petição inicial p. 83

4.2.2. O parecer da AGU p. 85

4.2.3. O parecer da PGR p. 85

4.3. Os votos p. 86

4.3.1. Min. Carlos Ayres Britto p. 86

4.3.2. Min. Carlos Alberto Menezes Direito p. 89

4.3.3. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha p. 89

4.3.4. Min. Enrique Ricardo Lewandowski p. 89

4.3.5. Min. Joaquim Barbosa p. 90

4.3.6. Min. Cezar Peluso p. 90

4.3.7. Min. Ellen Gracie Northfleet p. 91

4.3.8. Min. Marco Aurélio Mello p. 91

4.3.9. Min. José Celso de Mello Filho p. 93

4.3.10. Min. Gilmar Ferreira Mendes p. 93

4.4. Perspectivas p. 95

5. ADPF 187: o ordenamento aberto p. 96

5.1. Síntese p. 96

5.2. A petição inicial e as manifestações da Presidência e da AGU p. 96

5.2.1. A petição inicial p. 96

5.2.2. A manifestação da Presidência da República p. 97

5.2.3. A manifestação da AGU p. 98

5.3. Os votos p. 98

5.3.1. Min. José Celso de Mello Filho p. 98

5.3.2. Min. Luiz Fux p. 99

5.3.3. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha p. 99

5.3.4. Min. Enrique Ricardo Lewandowski p. 100

5.3.5. Min. Carlos Ayres Britto p. 100

5.3.6. Min. Ellen Gracie Northfleet p. 100

5.3.7. Min. Marco Aurélio Mello p. 101

5.3.8. Min. Cezar Peluso p. 102

5.4. Perspectivas p. 102

CONCLUSÃO p. 104

1. O ordenamento jurídico e a interpretação histórica p. 105

2. O ordenamento jurídico e a sociedade em movimento p. 108

BIBLIOGRAFIA p. 115

INTRODUÇÃO

Esta monografia parte de duas percepções conjugadas. A primeira é a de que o Direito não existe independentemente de sua aplicação, que é uma atividade eminentemente interpretativa, que parte de textos em direção a normas. Vale aqui, como enunciação de uma forma de conceber o Direito que orienta as preocupações deste trabalho, o seguinte trecho: *"os juízes produzem direito em e como consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma). Nesse sentido, o juiz produz direito (isto é, a norma)."*[1] A segunda percepção na base desta monografia é a de que a prática decisória - e, portanto, produtora de Direito - do Supremo Tribunal Federal, em que pesem as muitas críticas que a ela podem ser dirigidas, é, em muitos pontos, criativa em um sentido positivo, capaz de trazer soluções originais e estimulantes para o mundo jurídico.

Partindo dessas percepções, esta monografia busca estudar um problema específico, dentro de um horizonte mais amplo de preocupações. As preocupações, relacionadas às percepções que acabam de ser enunciadas, situam-se no âmbito da hermenêutica jurídica e da teoria do Direito, mais especificamente das teorias que entendem o Direito como prática social. O problema específico é o do fundamento de validade do ordenamento jurídico, cujos termos precisos são enunciados no capítulo 1 desta monografia. Mais precisamente, tal problema é estudado dentro de um quadro bastante delimitado: o conjunto das arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) em que o Supremo Tribunal Federal conheceu e julgou a alegação de que um preceito fundamental da ordem constitucional brasileira seria descumprido diante da subsistência, no ordenamento, de uma lei (ou de determinada forma de se interpretar uma lei) surgida antes do advento da Constituição de 1988.

---

[1] Eros Grau. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).* 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 25.

Antes de prosseguir, cabe explicar brevemente nosso percurso de pesquisa. Partimos de uma ideia inicial que consistiria em estudar o problema da interpretação histórica nos acórdãos do STF, mas, conforme prosseguimos à leitura do material, pareceu-nos que o tratamento dispensado a essa técnica hermenêutica pelos ministros estava enredada no problema mais amplo de como os julgadores concebiam o funcionamento do ordenamento jurídico e, mais especificamente, seus fundamentos de validade.

Desse modo, chegamos à pergunta central desta pesquisa: **quais modelos de ordenamento jurídico o STF produz ou reproduz ao apreciar as ADPFs em que se controla a constitucionalidade de leis anteriores à Constituição vigente?**

Algumas hipóteses puderam, desde que reorientamos a pesquisa, ser formuladas como respostas a tal pergunta:

(1) o STF não se limita, em suas decisões, a reiterar o esquema do ordenamento cujo fundamento de validade é a Constituição, mas antes produz alternativas teóricas que importam em outras concepções do ordenamento jurídico, com diversas implicações teóricas e políticas;

(2) a concepção do ordenamento jurídico não é um ponto pacífico entre os ministros do STF, representando antes um ponto extremamente polêmico, em que se vislumbram correntes de pensamento distintas e, mais que isso, distintos modelos de funcionamento do ordenamento jurídico;

(3) esses distintos modelos representam alternativas viáveis para fins de decisão judicial ao modelo da Constituição como fundamento de validade do ordenamento, modelo positivista que vai sofrendo uma série de transformações na prática decisória do Supremo Tribunal Federal.

Isso explicado, passamos a expor o universo de acórdãos analisados nas páginas que se seguem. As únicas ADPFs em que o STF julgou o mérito de alegações referentes à legislação pré-constitucional são as de número 46, 54, 130, 153 e 187. Segundo monografia de Felipe

Luciano Pires, de 2014, cujos dados foram checados e confirmados por levantamento próprio:

> *"Dentre as arguições que impugnam atos normativos pré-constitucionais, nove delas foram julgadas como cabíveis (ADPF: 33; 46; 53; 54; 79; 129; 130; 153; 187), sendo que algumas dessas tiveram considerável repercussão na opinião pública como, por exemplo, as ADPF 54 e 187, sobre o aborto de fetos anencefálicos e a marcha da maconha, respectivamente. Além disso, 33 ações que têm por objeto normas promulgadas antes da Constituição de 1988 aguardam julgamento de admissibilidade e de mérito (ADPF: 70; 88; 90; 113; 118; 123; 131; 149; 161; 165; 171; 173; 181; 183; 194; 198; 205; 206; 209; 215; 248; 252; 253; 254; 261; 281; 289; 290; 291; 293; 305; 320; 325)."*[2]

Das nove ADPFs que impugnam atos normativos pré-constitucionais, foram excluídas desta análise as de número 33 (não versa sobre lei, mas sobre uma resolução de autarquia, confirmada por um decreto estadual), 53 (tampouco sobre lei, mas sobre decisões reiteradas do TRT), 79 (mérito ainda não julgado) e 129 (mérito ainda não julgado).

O estudo se compõe de dois capítulos e de uma conclusão. No capítulo 1, que tem caráter preparatório, estudam-se a ADPF e o ordenamento jurídico, buscando-se caracterizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental sob a óptica de como ela se relaciona com determinadas noções a respeito do ordenamento jurídico, conceito que, por sua vez, merece nossa atenção. Por se tratar de um capítulo preparatório, ele está fundamentalmente calcado em exposições

---

[2] Felipe Luciano Pires. *O Supremo Tribunal Federal e os 15 anos da Lei nº 9882/1999: a eficácia como critério de admissibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.* Monografia da Escola de Formação de 2014. p. 38-39. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/255_Felipe%20Pires.pdf Acesso em: 10 set. 2015.

doutrinárias, sem esquecer, evidentemente, de decisões do próprio STF que importam para a caracterização da ADPF. No capítulo 2, que concentra a parte principal da monografia, são analisadas as cinco ADPFs mencionadas *supra*, em função do problema do fundamento de validade do ordenamento. As ADPFs não são apresentadas em ordem cronológica de propositura ou de julgamento, mas antes em uma ordem lógica, segundo o tratamento que dispensam ao problema deste trabalho, como ficará claro no momento oportuno. Em cada ADPF, são analisadas as peças iniciais (petição inicial, manifestações da AGU, da PGR, etc.), bem como os votos de cada ministro. Enfim, na conclusão, os resultados são submetidos a um esforço de síntese, de modo a se expor em que medida as decisões do STF em sede de ADPFs que julgam a constitucionalidade de legislação pré-constitucional permitem melhor cernir como, ao decidir, os ministros do Supremo concebem o(s) fundamento(s) de validade do ordenamento jurídico.

CAPÍTULO I - A ADPF E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Conforme ficou dito na introdução, este capítulo tem natureza propedêutica à análise de julgados do STF a que se procederá no capítulo seguinte. Não estranhe, portanto, o leitor que nos permitamos aqui um uso mais generoso de obras doutrinárias como meio para reconstruir o instituto da ADPF, de um lado, e para situar o problema da compreensão positivista, e notadamente kelseniana, do ordenamento jurídico, de outro. Este capítulo é meio para um fim a ser alcançado mais adiante.

1. A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental: breve histórico e traços principais

1.1. Histórico[3]

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental já vinha prevista na redação originária da Constituição Federal de 1988, no parágrafo único do art. 102:

> *"A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei."*

O texto era extremamente lacônico, e o instituto não teve aplicação até o advento da Lei 9.882/99, que veio a discipliná-lo, segundo o próprio comando constitucional. Ao que tudo indica, o que se objetivava com a ADPF, quando da concepção originária do instituto, era algo totalmente distinto do que veio a ser criado onze anos depois. O parágrafo único do art.

[3] Além da bibliografia citada, dos projetos de lei e dos anteprojetos mencionados, da aula ministrada pelo Prof. Pedro Avelino Buck, em 01/04/2015, no Curso de Direito Público da Escola de Formação-2015 da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

102 apareceu no Projeto B da Constituinte (06/07/1998), já em Plenário, sem equivalente no Projeto A (24/11/1987).[4]

Sua origem precisa talvez se encontre em uma longa emenda proposta pelo PMDB (Emenda 1P18690-1). O trecho que nos interessa é aquele que, na versão que então tramitava, seria o artigo 109 (correspondendo ao atual 103), e mais especificamente o seu § 4º:

> *"§ 1º - O Procurador Geral da República deverá ser previamente ouvido nas representações por inconstitucionalidade em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal;*
>
> *"§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinalado prazo ao órgão do Poder competente, para a adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilidade e suprimento pelo Supremo Tribunal Federal;*
>
> *"§ 3º - Decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que seja sanada a omissão, poderá o Supremo Tribunal Federal editar resolução, a qual com força de lei vigorará supletivamente;*
>
> *"§ 4º - Nos casos de inconstitucionalidade por inexistência ou omissão de atos de administração, se o Poder Público demonstrar, comprovadamente, a atual impossibilidade da prestação, o Juízo ou Tribunal consignará prazo máximo para que se estabeleçam os programas indispensáveis à eliminação dos obstáculos ao cumprimento do preceito constitucional."*[5]

---

[4] José Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos, João Rafael Nicola. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2013, vol. I, p. 219.

[5] Toda a documentação sobre o processo constituinte pode ser consultada no site da Câmara dos Deputados, no seguinte endereço: http://www2.camara.leg.br/atividade-

Dada a redação do parágrafo quarto, que fala em *"eliminação dos obstáculos ao **cumprimento** do **preceito** constitucional"*, a hipótese é bastante plausível. Mais que isso, pode ser que a ADPF, consagrada logo depois no Projeto B, tenha sido concebida como espécie de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ou, pelo menos, como uma espécie de ADO, dirigida a um caso específico em que a omissão é de atos da administração.

Um incidente semelhante, embora se assemelhe também à ação civil pública, vinha previsto no art. 278, inc. I, al. o, do *Anteprojeto de Constituição* elaborado pela comissão presidida por Afonso Arinos:

> *"Compete ao Supremo Tribunal Federal:*
> *"I - processar e julgar originariamente:*
> *"(...)*
> *"o) as causas processadas perante quaisquer Juízos e Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido."*[6]

Seja como for, tal orientação não foi preservada no texto constitucional aprovado. A redação lacônica que se firmou na redação final desde o Projeto B adveio da Emenda Coletiva Substitutiva 2P02040-2.[7] Com tal redação, o instituto ficou em uma espécie de limbo, que, afinal de contas, também se provou um espaço criativo para se construir um instituto novo, afinado com a evolução do controle de constitucionalidade ao longo

---

legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte Acesso em: 10 set. 2015.

[6] *Anteprojeto de Constituição: elaborado pela comissão presidida por Afonso Arinos*. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1987, p. 82.

[7] Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, "Art. 102, § 1º". In: José Joaquim Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck (org.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1390.

da década de 1990, em grande parte ditado pela prática do Supremo Tribunal Federal.

A Lei 9.882/99 nasceu da confluência de dois projetos bastante distintos, o PL 2.872, de março de 1997, de autoria da deputada Sandra Starling, do PT-MG, e de um anteprojeto gestado por uma comissão de especialistas instalada em julho de 1997 e composta por Celso Ribeiro Bastos, Arnoldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Mendes. O objetivo do projeto da deputada Sandra Starling, então oposicionista, era o de regular a ADPF como espécie de mandado de segurança voltado ao controle de constitucionalidade do processo legislativo. Já o propósito do anteprojeto da comissão, que era governista, era o de tornar a ADPF um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade para atender aos limites dos institutos até então existentes.

O projeto da deputada Sandra Starling foi relatado, na CCJ da Câmara, pelo deputado Luiz Humberto Prisco Viana, então no PPB baiano, que integrava a base governista do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Na comissão, foi aprovado um substitutivo ao projeto, que refletia perfeitamente o anteprojeto da comissão presidida por Celso Bastos, com a adição de trechos do projeto original da deputada Sandra Starling. Esses trechos foram vetados pelo Presidente, de modo que o que subsistiu como Lei 9.882/99 foi, em suma, o anteprojeto da comissão.[8]

1.2. Caracterização do instituto

Em consonância com a continuidade entre a lei aprovada e o anteprojeto da comissão presidida por Celso Bastos, a ADPF surgiu como um instituto destinado a preencher um largo espaço que, na Constituição de 1988, estava aberto ao controle difuso, mas não ao controle concentrado de

---

[8] Gilmar Ferreira Mendes. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental." In: Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. *Mandado de segurança e ações constitucionais.* 36ª edição. São Pulo: Malheiros, 2014, p.597-674. Este texto é particularmente interessante para a reconstrução da ADPF, pois, como se verá mais adiante, foi na ADPF 33, e especialmente no voto do relator, Min. Gilmar Mendes, que o STF assentou boa parte de sua compreensão atual da ADPF, sendo este texto em parte calcado naquele voto.

constitucionalidade. Isso, segundo explica Gilmar Mendes, com o objetivo de racionalizar o trabalho do Judiciário:

> *"É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada 'guerra de liminares'."*[9]

Nos termos do art. 1º da Lei 9.882/99:

> *"Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.*
> *"Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:*
> *"I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;*
> *"II - VETADO."*

Desenham-se, assim, as principais características do instituto, com contornos que precisam ser precisados relativamente ao que está disposto no texto da lei: (a) a lesão a preceito fundamental; (b) no caso das hipóteses do inc. I, a existência de controvérsia judicial ou jurídica sobre a constitucionalidade da lei ou ato; (c) a noção de ato do poder público; (d) enfim, por força do § 1º do art. 4º (*"Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade."*), o caráter subsidiário da ADPF. Vejamos.

---

[9] Idem. *Ibidem*, p. 597.

Quanto à lesão a preceito fundamental, cabe enfatizar que "preceito fundamental" é um conceito jurídico indeterminado, passível de interpretações mais restritivas e mais ampliativas, ainda que certamente aplicável a determinado núcleo duro, por assim dizer. O problema é que a noção de "preceito fundamental" aparece na Constituição apenas no parágrafo relativo à ADPF. Para Gilmar Ferreira Mendes:

> *"É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento.*
>
> *"Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação de poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.*
>
> *"Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados princípios sensíveis, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII)."*[10]

Quanto à existência de controvérsia sobre constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal (que evidentemente está ligada à subsidiariedade, pois há casos em que tal controvérsia se resolve por outras vias de controle), trata-se, é importante lembrar, segundo a prática adotada pelo STF, de controvérsia judicial, mais do que de controvérsia jurídica *lato sensu*:

---

[10] Idem, *Ibidem*, p. 659. Elival da Silva Ramos entende pelo mesmo núcleo comum (*Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 327), mas ressalta: "Cuida-se, porém, à evidência, de conceito amplo e determinado, cuja destrinça pode ser sugerida pela doutrina, porém sem jamais atingir o nível de segurança que somente a prática do instituto permitirá." (Idem, *Ibidem*, p. 327).

> *"Assim, tal como na ação declaratória, também na arguição de descumprimento de preceito fundamental a exigência de demonstração de controvérsia judicial há de ser entendida como atinente à existência de controvérsia jurídica relevante, capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei ou da interpretação judicial adotada - e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa."*[11]

Ademais, cabe enfatizar que não é qualquer controvérsia que ensejará uma ADPF, mas, segundo apontam Lenio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes, *"somente a que disser respeito ao descumprimento de preceito fundamental."*[12]

No que tange ao ato do poder público que pode dar ensejo à propositura da ADPF, é importante ressaltar que a definição é bastante ampla, de modo que se têm entendido abrangidos por tal noção atos emanados de quaisquer dos poderes da República. Em sentido contrário, embora acompanhe tal raciocínio para os atos da Administração e do Judiciário, Elival da Silva Ramos adota uma posição restritiva relativamente aos atos do Poder Legislativo:

> *"Nos termos do que dispõe o diploma legal de regência (art. 1º, caput), a medida judicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objeto (mediato) ato do Poder Público, expressão essa abrangente de ato de qualquer natureza. No tocante aos atos administrativos, que criam, modificam ou extinguem direitos, operando, pois, no plano concreto, ou até mesmo em relação aos atos da Administração de índole material, desde que*

---

[11] Gilmar Ferreira Mendes. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental," *op. cit.,* p. 620.

[12] Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, "Art. 102, § 1º", *op. cit.,* p. 1392.

> *observados os demais pressupostos de cabimento, não há restrição alguma a que sobre eles recaiam os efeitos do acolhimento da arguição. Em relação aos atos jurisdicionais, o mesmo pode ser dito, com a ressalva de que não se nos afigura viável a propositura da medida em face de decisão judicial transitada em julgado. Finalmente, quanto aos atos legislativos, pelas razões que veremos a seguir, somente poderão constituir objeto de arguição se, despidos das notas da abstração e da generalidade, tipificarem autêntico ato administrativo."*[13]

No entanto, a previsão do art. 1º, par. único, inc. I, contradiz tal entendimento, de todo modo reforçado pelo art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99: *"A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público."*

Enfim, no que diz respeito à subsidiariedade, é preciso também entender relativamente a que universo a ADPF é tida por subsidiária. Trata-se de ponto especialmente polêmico, como nota Elival da Silva Ramos:

> *"Apesar da clareza da disposição, registram-se esforços doutrinários no sentido de converter o instituto em autêntica 'panaceia' jurídica, manipulável toda vez que se estiver diante de descumprimento de preceito fundamental da Constituição, independentemente da existência de outros instrumentos jurídicos aptos a, com igual eficácia, enfrentar o problema."*[14]

Prevalece, no entanto, na jurisprudência do STF, o entendimento de que se trata de subsidiariedade relativamente aos demais instrumentos de controle objetivo. Servimo-nos, ainda aqui, de excerto de Gilmar Mendes,

---

[13] Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil, op. cit.,* p. 326-327.
[14] Idem, *ibidem,* p. 328.

que expressa, em sede doutrinária, conforme já apontado (nota 8, *supra*), visão majoritária do Supremo, calcada em seu voto na ADPF 33 (sobre a qual, vide mais *infra,* p. 29ss):

> *"Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade - isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata -, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental."*[15]

1.3. A ADPF e o controle da legislação pré-constitucional

Como se constatou *infra*, é previsão expressa da Lei 9.882/99, em seu art. 1º, par. único, inc. I, que é cabível ADPF *"quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal,* ***incluídos os anteriores à Constituição***." Com isso, como se verá abaixo, o ordenamento jurídico brasileiro rompeu um longo período em que não havia, pura e simplesmente, como efetuar controle de constitucionalidade de atos normativos anteriores à Constituição. Por ora, gostaríamos de salientar dois aspectos do controle do direito pré-constitucional no cenário atual que permitem compreender um pouco melhor o instituto: a teoria da recepção e a interpretação conforme.

---

[15] Gilmar Ferreira Mendes. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental," *op. cit.,* p. 623-624.

Em primeiro lugar, importa marcar que, à diferença das primeiras Constituições republicanas, a Constituição de 1988 não possui uma cláusula que lide com a situação do direito promulgado antes do advento da Constituição. A Constituição de 1891, por exemplo, dizia, em seu art. 83, que: *"Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema do Governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados."*

No entanto, a inexistência dessa cláusula não significa que ela não seja presumida no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se do fenômeno a que a doutrina alude como recepção, assim explicado por Hans Kelsen:

> *"Se as leis emanadas sob a velha Constituição continuam a ser válidas sob a nova, isso é possível somente porque lhes foi conferida validade expressa ou tacitamente pela nova Constituição. O fenômeno é um caso de recepção, similar à recepção do direito romano. O novo ordenamento recebe, isto é, adota certas normas do velho ordenamento. Isto significa que o novo ordenamento atribui validade, dá vigor a normas que têm o mesmo conteúdo das normas do velho ordenamento. A recepção é um procedimento abreviado de criação do direito. As leis que, segundo a linguagem corrente, inexata, continuam a ser válidas, são, de um ponto de vista jurídico, leis novas, cujo significado coincide com o das velhas. Essas não são idênticas às leis antigas, porque o seu fundamento de validade é diverso; o fundamento de sua validade reside na nova Constituição, não na velha, e entre as duas não existe continuidade, nem do ponto de vista de uma, nem do ponto de vista de outra. Portanto,*

> *não é apenas a Constituição, mas o ordenamento jurídico inteiro que muda com uma revolução."*[16]

Trata-se, nos termos de Jorge Miranda, de uma novação do direito ordinário anterior, resultando em três corolários principais:

> *"a) Os princípios gerais de todos os ramos do Direito passam a ser os que constem da Constituição ou os que dela se infiram, directa ou indirectamente, enquanto revelações dos valores fundamentais da ordem jurídica acolhidos pela Constituição;*
>
> *"b) As normas legais e regulamentares vigentes à data da entrada em vigor da nova Constituição têm de ser reinterpretadas em face desta e apenas subsistem se conformes com as suas normas e os seus princípios;*
>
> *"c) As normas anteriores contrárias à Constituição não podem subsistir - seja qual for o modo de interpretar o fenómeno da contradição e ainda que seja necessário distinguir consoante a contradição se dê com normas preceptivas ou com normas programáticas."*[17]

Em segundo lugar, em consonância com o segundo corolário que acaba de ser enunciado, cabe salientar que a ADPF permite não apenas que se declare que determinado ato normativo foi revogado pela Constituição superveniente - ou não foi recepcionado por ela -[18], mas também, recorrentemente, que se determine que tal ato subsiste, mas apenas desde que interpretado de maneira conforme à nova Constituição. Trata-se da

---

[16] Hans Kelsen. *A General Theory of Law and State.* Cambridge/MA: Harvard University Press, 1949, p. 117-118.

[17] Jorge Miranda. *Teoria do Estado e da Constituição.* 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 342.

[18] Uma parte da doutrina prefere falar em revogação apenas quando se está diante de normas de mesma hierarquia. Daí a noção de recepção para denotar o fenômeno pelo qual a legislação infraconstitucional adquire novo fundamento de validade com a superveniência de outra Constituição.

técnica de decisão chamada "interpretação conforme à Constituição", assim definida pelo Min. Celso de Mello em seu voto na ADPF 187:

> *"Trata-se, na realidade, de uma técnica de decisão que, sem implicar redução do texto normativo - quando este se revele impregnado de conteúdo polissêmico e plurissignificativo -, inibe e exclui interpretações que, por desconformes à Constituição, conduzem a uma exegese divorciada do sentido autorizado pela Lei Fundamental.*
> *"Esse método, portanto, preserva a interpretação que se revele compatível com a Constituição, suspendendo, em consequência, variações interpretativas conflitantes com a ordem constitucional."* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJE de 29/01/2014, p. 31. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195 Acessado em 21-10-2015.)

Na verdade, como lembra Jorge Miranda, poder-se-ia dizer que "interpretação conforme a Constituição" é expressão que pode ser entendida em dois sentidos, um genérico e outro mais específico. Genericamente, trata-se de técnica interpretativa que coloca a Constituição como elemento preeminente de uma leitura sistemática do ordenamento:

> *"Trata-se, antes de mais, de conceder todo o relevo, dentro do elemento sistemático da interpretação, à referência à Constituição. Com efeito, cada norma legal não tem somente de ser captada no conjunto das normas da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa; tem outrossim de se considerar no contexto da ordem*

> *constitucional; e isso tanto mais quanto mais se tem dilatado a esfera de acção desta como centro de energias dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica positiva."*[19]

Especificamente, no entanto, trata-se, de método de fiscalização de constitucionalidade:

> *"Não é uma regra de interpretação, mas um método de fiscalização de constitucionalidade; e justifica-se em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos actos jurídicos, não de uma presunção de constitucionalidade da norma.*
>
> *"A interpretação conforme com a Constituição não consiste então 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, mesmo quando não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, seja o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental."*[20]

Como se verá na terceira e última seção deste capítulo, ambas as características do instituto (teoria da recepção e interpretação conforme) partem da ideia central de que o controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional é um teste de validade, dentro de um sistema de normas a que se chama de ordenamento jurídico:

> *"O que a superveniência de uma Constituição provoca é a novação do Direito ordinário interno anterior. Como todas e cada uma das normas -*

---

[19] Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, *op. cit.* p. 332.
[20] Idem, *ibidem*.

> *legislativas, regulamentares e outras - retiram a sua validade, directa ou indirectamente, da Constituição, a mudança de Constituição acarreta* ***mudança de fundamento de validade****: as normas, ainda que formalmente intocadas, são novadas, no seu título ou na sua força jurídica, pela Constituição; e sistematicamente deixam de ser as mesmas."*[21]

2. O controle de textos normativos pré-constitucionais pelo STF entre a promulgação da CF/88 e o advento da Lei 9.882/99

2.1. A ADI 2

Sob a vigência da Constituição de 1988, a primeira vez que o STF se debruçou sobre o problema do controle de textos normativos pré-constitucionais foi no julgamento da ADI 2, julgada entre 1989 e 1992, de relatoria do Min. Paulo Brossard. Diante de um pedido para declarar a inconstitucionalidade de textos anteriores à Constituição, o STF acabou decidindo pela impossibilidade de se realizar o controle concentrado do direito pré-constitucional, posição que foi objeto de polêmica na Corte, mas que permaneceu conduzindo a orientação do Tribunal até o advento da Lei 9.882/99.

A questão vem formulada como a de se determinar se a nova Constituição revoga ou se ela torna inconstitucional a lei anterior incompatível com a Constituição. Na ementa do acórdão, lê-se:

> *"EMENTA. CONSTITUIÇAO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *"A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição;*

[21] Idem, *ibidem*, p. 341-342, grifos nossos.

> *inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes; revoga-as."* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2/DF. Relator: BROSSARD, Paulo. Publicado no DJ de 21/11/1997, p. 1. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151 Acessado em 21-10-2015.)

Na esteira do voto do Min. Brossard, assenta-se assim a orientação de que a inconstitucionalidade é definida como compatibilidade da lei com a Constituição vigente à época de sua edição, de modo que o controle de constitucionalidade não pode ser exercido para aferir a incompatibilidade com uma Constituição superveniente. No voto que proferiu em 14/09/1989, o ministro relator se posicionou nos seguintes termos, de que a ementa transcrita acima faz eco: *"Sobrevindo uma Constituição, a legislação existente (a) ou com ela é compatível e continuará em vigor ou (b) com ela é incompatível e será revogada."* (Idem, *ibidem,* p. 28)

Seguindo o relator e ressaltando a importância de se ter a maior cautela possível com os atos normativos anteriores à Constituição vigente, sob risco de criar uma imensa insegurança jurídica, assim se expressou o Min. Celso de Mello:

> *"Admitir a inconstitucionalidade superveniente significaria generalizar, em caráter ordinário, a possibilidade de nulificação, também*

> *superveniente, de todos os atos estatais anteriores a uma nova Constituição, não obstante a sua plena e originária conformidade com a Lei Fundamental vigente à época de sua formação."* (Idem, *ibidem,* p. 55)

O julgamento foi interrompido por um pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence, que trouxe de volta a ADI 2 a julgamento no dia 06/02/1992, inaugurando a divergência - que não prevaleceu -, segundo a qual seria possível o controle de atos normativos anteriores à Constituição vigente por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Trata-se de postura a um só tempo pragmática, porque calcada na ideia de que o Supremo Tribunal Federal não pode se eximir de controlar leis incompatíveis com a Constituição, e teórica, visto que admite a existência da inconstitucionalidade superveniente. Nos termos do Min. Sepúlveda Pertence, ele teria:

> *"...firme convicção de que recusar a via da ação direta de inconstitucionalidade ao expurgo das leis velhas incompatíveis com a ordem constitucional, seria demitir-se, o Supremo Tribunal, de uma missão e de uma responsabilidade que são suas. Intransferivelmente suas."* (Idem, *ibidem,* p. 79-80)

O Min. Sepúlveda Pertence obteve a adesão apenas do Min. Marco Aurélio Mello e do Min. Néri da Silveira, de modo que sua posição, minoritária na Corte, não se firmou, e a impossibilidade de atacar atos normativos pré-constitucionais via controle de constitucionalidade concentrado ficou barrada no Supremo até após o advento da Lei 9.882/99.

2.2. O incidente de constitucionalidade

O "incidente de constitucionalidade" foi um instituto planejado em 1992, com o objetivo de que fosse apreciada diretamente pelo STF controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal,

estadual ou municipal, inclusive os atos anteriores à Constituição. No entanto, a proposta não prosperou.

No âmbito da PEC 96/1992 ("Emenda do Judiciário"), o Deputado Jairo Carneiro propôs um substitutivo, nos seguintes termos:

> *"Art. 107. (...)*
>
> *"(...).*
>
> *"§ 5º. Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de* ***lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição****, e concorrendo os pressupostos do art. 98, § 1º, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no caput deste artigo, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo, a fim de proferir decisão com efeito vinculante exclusivamente sobre a matéria constitucional."*[22]

No entanto, o texto foi retirado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, e, embora se veja como o texto destacado em negrito serviu de base para a moldagem do instituto da ADPF, o que se tinha aqui era um incidente, necessariamente dependente de um processo subjetivo, enquanto a ADPF permitiu que o controle de constitucionalidade dos atos normativos pré-constitucionais ocorresse no âmbito de um processo subjetivo.

2.3. A ADPF 33

A situação mudou mais especificamente quando do julgamento da ADPF 33, em 1995, relatada pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes. Tratava-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Governador do Pará contra o Instituto do Desenvolvimento Econômico-

---

[22] Apud: Gilmar Ferreira Mendes, "Arguição de descumprimento de preceito fundamental," *op. cit.*, p. 607-608.

Social do Pará (IDESP), visando a atacar uma resolução do IDESP, de 1986, versando sobre a remuneração do pessoal do Instituto, com base em ofensa ao princípio federativo e em vinculação inconstitucional de remuneração ao salário mínimo. A ADPF foi conhecida por maioria e julgada procedente por unanimidade.

Em seu voto, reconhecido como paradigmático para a definição dos contornos da ADPF, o Min. Gilmar Mendes se dedicou a tratar minuciosamente de diversos aspectos do instituto e, muito particularmente, devido ao caso em tela, do problema do direito pré-constitucional.

Em um primeiro momento, o ministro se dedica a indicar quais os preceitos fundamentais que justificam a proposição de uma ADPF: direitos e garantias fundamentais, os demais direitos e garantias protegidos pelo art. 60, § 4º, por fim os princípios sensíveis que podem originar intervenção federal, segundo o art. 34.

Em segundo lugar, o que de perto nos interessa neste estudo, o Min. Gilmar Mendes trata do controle de constitucionalidade de direito pré-constitucional. Ele expõe que, desde o Min. Moreira Alves, a questão da incompatibilidade do direito pré-constitucional com a nova Constituição seria visto como um problema de direito intertemporal, conhecível incidentalmente em qualquer nível de jurisdição. No entanto, os modernos tribunais europeus teriam competência para aferir a constitucionalidade das leis pré-constitucionais em face da Constituição vigente. Afinal, haveria preeminência do postulado da hierarquia (*lex superior*) sobre o postulado da posterioridade (*lex posterior*), o problema se regendo, por isso, segundo critérios de controle de constitucionalidade, e não segundo critérios de direito intertemporal que apenas se aplicariam a normas de mesmo nível hierárquico.

O ministro revisita a ADI 2, em que prevaleceu a tese tradicional contra o posicionamento do Min. Sepúlveda Pertence, ressaltando que, para o constituinte de 1988, o controle de constitucionalidade não era mera questão de direito intertemporal:

> *"É fácil ver que o constituinte não concebeu a contrariedade a esta Constituição, em qualquer de*

suas formas, inclusive no que concerne à aplicação de leis pré-constitucionais, como simples questão de direito intertemporal, pois do contrário despiciendo seria o recurso extraordinário. Da mesma forma, afirmar a validade de lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição não parece traduzir juízo de mera compatibilidade entre o direito ordinário e a Constituição, tendo em vista também o postulado da lex posterior.

"(...)

"Tais reflexões permitem afirmar que, para os fins do controle de constitucionalidade incidenter tantum, no âmbito do recurso extraordinário, não assume qualquer relevância o momento de edição da lei, configurando eventual contrariedade à Constituição atual questão de constitucionalidade, e não de mero conflito de normas a se resolver com aplicação do princípio da lex posterior.

*"**Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade e o significado para a segurança jurídica da tese que recomenda a extensão do controle abstrato de normas também ao direito pré-constitucional, não se afiguraria despropositado cogitar da revisão de jurisprudência do STF sobre a matéria.**"*

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33/PA. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Publicado no DJ de 27/10/2006, p. 29-30, grifos nossos. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp

?docTP=AC&docID=388700 Acesso em 21-10-2015.)

Assim, para o Min. Gilmar Mendes, estaria com razão, no julgamento da ADI 2, a dissidência, como já o demonstra a disciplina do recurso extraordinário, que não limita o controle de constitucionalidade a problema de compatibilidade congênita. No entanto, com o advento da Lei 9.882/99, mudou a questão, pois se tornou claramente viável tal controle, no modo concentrado, e com eficácia geral e efeito vinculante.

Enfim, e este é o terceiro ponto abordado pelo Min. Gilmar Mendes, a ideia - correta - de que a ADPF é uma ação subsidiária não deve ser entendida de acordo com uma ideia de subsidiariedade *lato sensu*, só podendo ser usada quando não houvesse qualquer outro meio processual para a defesa do direito. Deve-se, isso sim, entender a subsidiariedade em função do objetivo de defesa da ordem constitucional objetiva que está na base da ADPF. Isto é, trata-se não de subsidiariedade genérica, mas de subsidiariedade relativamente aos demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

* * *

A discussão que o STF travou sobre o controle de atos normativos pré-constitucionais, entre 1989 e 2005, por ocasião da ADI 2 e da ADPF 33, movimenta claramente distintos modelos de concepção do ordenamento jurídico. É bastante evidente que, no voto do relator da ADI 2, Min. Paulo Brossard, o ordenamento jurídico é compreendido como uma pirâmide diacrônica, na medida em que as normas infraconstitucionais derivam sua validade de sua compatibilidade com o ato normativo superior que as antecede no tempo e na hierarquia, a Constituição vigente ao tempo de edição da norma. Já no modelo da dissidência da ADI 2, nos termos do voto do Min. Sepúlveda Pertence, a pirâmide é sincrônica, e as normas infraconstitucionais têm sua validade aferida a partir de sua compatibilidade com um ato normativo que lhes antecede apenas hierarquicamente, a Constituição vigente ao tempo da aferição da compatibilidade. Tal entendimento acabou se impondo no STF, após a promulgação da Lei

9.882/99 e mais especificamente com o *leading case* representado pela ADPF 33.

No entanto, conforme se verá no terceiro item deste capítulo, *infra*, a superveniência da ADPF como instrumento efetivo do controle de normas pré-constitucionais, não significa uma alteração tão grande na compreensão da forma do ordenamento - como vimos, o modelo piramidal está ínsito às duas perspectivas.

3. O modelo positivista do ordenamento jurídico e o problema da validade

3.1. O ordenamento jurídico e a validade segundo Kelsen

A ADPF é, como vimos, um instrumento do controle concentrado de constitucionalidade. Como tal, ela deita suas raízes jusfilosóficas na obra do jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973), que concebeu tal método para a Constituição austríaca de 1920, aperfeiçoando-o na reforma de 1929.[23] Assim, de modo a compreendermos mais profundamente o funcionamento da ADPF, faz-se preciso rever alguns conceitos da teoria kelseniana, especialmente a noção de ordenamento jurídico, conforme se verá ao longo deste sub-item.

Norberto Bobbio (1909-2004) destaca, mais amplamente, que a noção de *ordenamento jurídico* está no coração da corrente filosófica denominada juspositivismo, tendo recebido sua formulação mais acabada justamente na obra de Kelsen. Segundo o autor:

> *"Consideramos particularmente importante a teoria do ordenamento jurídico para efeito da caracterização do positivismo jurídico, porque através dela chega-se ao coração desta corrente jurídica. (...) Antes do seu desenvolvimento faltava no pensamento jurídico o estudo do direito considerado não como norma singular ou como um acervo de normas singulares, mas como*

[23] José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 898.

> *entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas."*[24]

A teoria pura do Direito formulada por Kelsen opera em duas frentes, a que o pensador nomeia nomostática e nomodinâmica. A primeira se ocupa da norma; a segunda, do ordenamento. Pontuaremos em quatro traços os elementos fundamentais da nomodinâmica kelseniana, com pretensões meramente propedêuticas ao estudo que será desenvolvido ao longo desta monografia e, por isso, de modo forçosamente esquemático.

Em primeiro lugar, o que caracteriza de forma mais radical a teoria kelseniana é a ideia de que não se chega à definição do direito por meio da definição da norma, mas apenas mediante a definição do ordenamento, algo que Bobbio formulou nos seguintes termos: *"não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos de ordenamentos não jurídicos."*[25] Em outros termos, a teoria jurídica kelseniana é uma teoria que concebe o direito de forma sistemática, composta não apenas por elementos (normas), mas pela estrutura segundo a qual os elementos se arranjam entre si (ordenamento). Afinal, como ensina Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

> *"Um ordenamento, em relação ao qual a pertinência de uma norma a ele é importante para identificá-la como norma válida, além de ser um conjunto de elementos normativos (normas) e não-normativos, é também uma estrutura, isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos. (...) O sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório. Nesse sentido, ordenamento é sistema."*[26]

---

[24] Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 197.
[25] Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 45.
[26] Tercio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao estudo do Direito.* 3a edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 172.

Nos próximos pontos abordados, buscaremos caracterizar justamente o elemento estrutural do sistema.

Em segundo lugar, assim, essa estrutura é, do ponto de vista do direito positivo, uma estrutura dinâmica, e não uma estrutura estática, como no caso da moral ou do direito natural. Trata-se de uma estrutura que organiza as normas umas em função das outras em graus hierárquicos segundo a forma como as normas se produzem umas às outras. Segundo Kelsen: *"Cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução de direito com respeito ao grau superior."*[27] A diferença entre os dois tipos de ordenamento, estático e dinâmico, está em que o primeiro organiza as normas em função de seu conteúdo, enquanto o segundo as dispõe segundo a forma como são produzidas. Vale a pena transcrever um trecho da *Teoria Pura do Direito*:

> *"Segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistemas de normas: um tipo estático e um tipo dinâmico. As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo geral das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. (...) O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas*

[27] Hans Kelsen. *A jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 126.

> *gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental."*[28]

Deduz-se, daí, em terceiro lugar, que, em um sistema dinâmico, as normas inferiores são tidas por válidas na medida em que são produzidas de acordo com o que é estipulado pelas normas superiores. Esse é um aspecto do ordenamento como estrutura, como bem percebeu Tercio Sampaio Ferraz Jr., para quem *"[a] validade da norma não é uma qualidade intrínseca, isto é, normas não são válidas em si: dependem do contexto, isto é, dependem da relação da norma com as demais normas do contexto."*[29] Isto é, do ponto de vista kelseniano - retomamos assim os dois outros pontos delineados neste sub-item -, o ordenamento jurídico é um conjunto de normas qualificado por serem estas dotadas de uma estrutura hierárquica segundo a qual as normas inferiores adquirem validade - integram efetivamente o sistema - na medida em que tenham sido produzidas segundo o que foi traçado pelas normas superiores. Trata-se de um conceito descritivo de validade: *"a validade de uma norma é idêntica a sua existência e… essa depende de sua pertinência a um sistema jurídico vigente, a qual, por sua vez, depende de a determinação da norma estar autorizada por outra norma do sistema."*[30] Essa caracterização está de acordo com uma exposição sucinta que Kelsen faz da nomodinâmica em sua *Teoria Geral do Estado e do Direito*:

> *"O direito regula sua própria criação na medida em que uma norma de direito determina a forma como outra norma é criada, e também, em certa medida, o conteúdo daquela norma. Como uma norma é válida porque ela é criada da maneira determinada por outra norma, esta última é o fundamento de validade da primeira. A relação entre a norma que regula a criação de outra*

---

[28] Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 217 e 219.
[29] Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do Direito, op. cit.,* p. 171.
[30] Carlos Santiago Nino. *Introdução à análise do Direito.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p. 158-159. Seguimos esse autor ao rejeitar a proposta de Joseph Raz, segundo o qual Kelsen adotaria um conceito normativo de validade. Cf. Idem, *ibidem*, p. 159-162.

> *norma e essa outra norma pode ser apresentada como uma relação de super- e sub-ordinação, que é uma figura discursiva espacial. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada de acordo com essa regulação é a norma inferior. O ordenamento jurídico, especialmente o ordenamento jurídico cuja personificação é o Estado, não é, assim, um sistema de normas coordenadas umas em relação às outras, dispostas, por assim dizer, lado a lado no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma - a inferior - é determinada por outra - a superior -, cuja criação é determinada por uma norma ainda mais elevada, e que esse regressus acaba por uma norma mais elevada que todas, a norma fundamental que, sendo a razão suprema de validade de todo o ordenamento jurídico, constitui sua unidade."*[31]

Em quarto lugar, trata-se, como fica claro no trecho que acaba de ser transcrito, de um conjunto escalonado de normas finito, que remontaria até aquilo que Kelsen denominou *Grundnorm* (norma fundamental), uma norma pressuposta que, em termos simples, no âmbito do direito estatal - já que não adentraremos na viva polêmica sobre o assunto - pode ser descrita como o postulado tácito segundo o qual *"devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve."*[32] Seja como for, no âmbito estatal, a última norma posta (e não pressuposta) é a Constituição, e os sistemas de controle de constitucionalidade concentrado são destinados a averiguar a validade

---

[31] Hans Kelsen, *A General Theory of Law and State, op. cit.,* p. 124.
[32] Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito, op. cit.,* p. 224.

(compatibilidade em termos de produção dinâmica de normas) das normas inferiores com relação à Constituição.

3.2. A ADPF como instrumento de controle de constitucionalidade moldado pelo conceito kelseniano de ordenamento jurídico

A ADPF, como forma de controle concentrado de constitucionalidade, é caudatária das formulações teóricas kelsenianas, como reconhecido amplamente pela doutrina. Conforme expõe Elival da Silva Ramos:

> *"Não paira nenhuma dúvida de que o esforço de racionalização que culminou com a eclosão do sistema europeu de controle de constitucionalidade das leis deve, em boa dose, ser creditado à figura maiúscula de Hans Kelsen… [O] que verdadeiramente acabou por associar o nome de Kelsen ao sistema de controle de constitucionalidade austríaco foi a sua intensa participação no debate internacional que se travou, após os anos vinte do século passado, a propósito da jurisdição constitucional, tendo, então, por meio de palestras e de textos escritos, em que comentava as notas tipificadoras daquele sistema, comparando-o com o de padrão estadunidense e defendendo-o de investidas que buscavam a sua completa destruição, lançando as bases doutrinárias do que viria, ulteriormente, a se constituir no modelo europeu de fiscalização dos atos legislativos."*[33]

Desse modo, o caráter subsidiário que define, conforme visto, a ADPF no sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro é expressão de um mesmo modelo - expansivo, porque busca poder tudo confrontar com o texto constitucional - que localiza na Constituição o

[33] Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil, op. cit.,* p. 139.

fundamento de validade do conjunto do ordenamento jurídico do Estado brasileiro, abrangendo todo e qualquer ato normativo tanto no tempo quanto no espaço. É a ADPF, assim, perfectibilização de uma compreensão estritamente sistemática do conjunto de normas aplicadas no território brasileiro, produzidas a qualquer tempo.

No que respeita o controle de atos normativos anteriores à Constituição vigente, a adoção da teoria da recepção como substrato teórico a nortear a aplicabilidade da ADPF o confirma amplamente, teoria de raiz kelseniana que , conforme vimos acima, identifica que a superveniência de uma Constituição produz uma espécie de novação segundo a qual os textos normativos antigos são recepcionados como novas normas, pois que distinto o seu fundamento de validade. Tudo o que não é compatível perece, e o que é não sobrevive, mas renasce. Daí decorre a amplitude com que a ADPF se vale da técnica da interpretação conforme, forma justamente de verificar o que não mais subsiste como possível concretização da norma a partir do texto.

*

A ADPF é, assim, um método de controle de constitucionalidade que encarna, estruturalmente, uma concepção do ordenamento jurídico que pode ser *grosso modo* identificada com a teoria da nomodinâmica kelseniana exposta no sub-item precedente. Partindo dessa constatação, o presente trabalho buscará verificar, na prática, como os ministros do STF lidam com essa moldura *a priori* do instituto, adequando-se a ela ou subvertendo-a. Nesse sentido, a monografia buscará atentar especialmente para os discursos mais disruptivos de tal visão do ordenamento jurídico, dedicando-se ao caso particularmente sensível dos atos normativos anteriores à Constituição vigente, em que o fundamento de validade já se apresenta, de antemão, como problema, e a dissonância entre texto normativo e norma é potencialmente mais aguda.

Afinal, é de se esperar que, num dos principais centros de produção jurídica do Estado brasileiro, deparemo-nos com uma atividade de reelaboração prática dos institutos, de revisão dos seus pressupostos, etc..

CAPÍTULO 2 - AS ADPFs SOBRE LEGISLAÇÃO PRÉ-CONSTITUCIONAL

Na sequência, em consonância com o que ficou estabelecido na Introdução, procedemos a uma breve exposição das ADPFs selecionadas para estudo nesta monografia, com o fito de trazer para o primeiro plano os debates em que o problema do fundamento de validade do ordenamento jurídico se levanta. Conforme se verá, as três primeiras ADPFs analisadas, em grande parte devido à forma como foram construídas as iniciais, abordam o problema da validade de forma bastante atrelada ao debate sobre a interpretação histórica da norma e o papel da vontade do legislador. Nas duas outras, embora a questão da interpretação histórica assuma grande relevo, o problema da validade vem atacado de forma mais direta, de modo que problemas como a relação entre validade, legitimidade e eficácia ou a própria natureza do ordenamento são abordados diretamente por alguns dos ministros. Passemos, então, à análise dos acórdãos.

1. ADPF 54: os limites da interpretação conforme e a vontade do legislador

1.1. Síntese

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 foi proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), representada por Luís Roberto Barroso, tendo sido sorteado para a relatoria o Ministro Marco Aurélio Mello. Ela foi julgada anos depois, em 11 e 12 de abril de 2012.

Essa ADPF questionava a interpretação dos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal segundo a qual a interrupção da gestação de fetos anencéfalos constituiria conduta típica do crime de aborto. Pedia que o Supremo Tribunal Federal procedesse à interpretação conforme desses dispositivos, reconhecendo à gestante portadora de feto anencéfalo o direito

de realizar a antecipação terapêutica do parto. O Tribunal votou pela procedência do pedido, por oito votos a dois.

1.2. A petição inicial e o parecer da PGR[34]

1.2.1. A petição inicial e o anacronismo da legislação penal

Segundo a inicial, a ADPF estaria fundamentada na vulneração que a incidência da norma ao caso dos fetos anencéfalos implicaria aos seguintes preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, IV), legalidade, liberdade e autonomia da vontade (CF/88, art. 5º, II), bem como direito à saúde (CF/88, art. 6º, *caput*, e 196). Para a inicial, a hipótese da gestação de fetos anencefálicos só não consta no art. 128 como excludente de punibilidade devido ao "anacronismo da legislação penal," afinado com a ciência médica de sua época.

O argumento do anacronismo acarretaria a necessidade de uma interpretação evolutiva do texto normativo, atenta aos fins dos preceitos normativos:

> *"... a hipótese em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade (ao lado das hipóteses de gestação que ofereça risco de vida à gestante ou resultante de estupro) porque em 1940, quando editada a Parte Especial daquele diploma, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Não se pode permitir, todavia, que* ***o anacronismo da legislação penal*** *impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constitição,* ***privilegiando-se o positivismo exacerbado***

[34] Todas as peças processuais podem ser consultadas em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M Acesso em 15-09-2015.

> ***em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma**."* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJE de 30/04/2013. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334 Acessado em 10/09/2015, p. 8)

É segundo esse entendimento que, ao discutir o mérito, a inicial trata dos diferentes "preceitos fundamentais" vulnerados sob uma óptica evolutiva.

Assim, no que diz respeito à "dignidade da pessoa humana", trata-se de uma evolução ligada às transformações culturais do século XX e à superação do positivismo jurídico. Note-se, em especial, o vínculo entre a interpretação evolutiva e um sistema principialista:

> *"A banalização do mal ao longo da primeira metade do século XX e a constatação, sobretudo após as experiências do fascismo e do nazismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie levaram à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista, também identificada como pós-positivismo."* (Idem, *ibidem,* p. 16)

No que tange ao "direito à saúde", trata-se de um reflexo da elevação desse direito à categoria de direito humano fundamental (Idem, *ibidem,* p. 20).

1.2.2. O parecer da PGR e a substituição do juiz ao legislador

Em parecer, datado de 18/08/2004, o Procurador-Geral da República, Claudio Lemos Fonteles, pugnou pelo indeferimento do pleito,

fundamentando-se na primazia do direito à vida e na injuricidade do recurso à interpretação conforme neste caso. Atentemos para este segundo ponto, que nos interessa mais de perto.

O argumento da PGR está assentado na existência de limites à interpretação conforme de preceitos normativos. Para tanto, faz amplas referências à obra *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, de Rui Medeiros. Em síntese, trata-se de cuidar para que a interpretação conforme não seja usada pelos órgãos de controle para atuarem como espécie de legislador apócrifo.

Os limites de tal instrumento seriam dois: a interpretação conforme não poderia contrariar nem a letra nem a *"intenção claramente reconhecida do legislador"*. Isso se aplica também a textos normativos pré-constitucionais, para os quais permanecem os limites, não podendo a interpretação conforme se converter em *"instrumento de revisão do Direito anterior à Constituição."*

1.2.3. A manifestação da AGU

A AGU se manifestou pela procedência do pedido, com o reconhecimento da inconstitucionalidade da incidência do aborto à hipótese específica dos autos.

1.3. Os votos

1.3.1. Min. Marco Aurélio Mello

O Min. Marco Aurélio aceita a aplicação do instituto da interpretação conforme à Constituição e julga que a inclusão da antecipação terapêutica da gestação de fetos anencefálicos no tipo do aborto é inconstitucional.

Em seu voto, há uma breve citação dos debates da Constituinte, mais especificamente uma referência à discussão na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Idem, *ibidem,* p. 37),

sobre a separação entre Igreja e Estado. Conclui daí que *"a questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas."* (Idem, *ibidem,* p. 43)

De modo geral, entretanto, a argumentação é a da preeminência da evolução, de modo que prevalece a chave da interpretação evolutiva. Assim:

> *"Senhor Presidente, mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. No ponto, são extremamente pertinentes as palavras de Padre Antônio Vieira com as quais iniciei este voto.* ***O tempo e as coisas não param.*** *Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação.* ***Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo."*** (Idem, *ibidem,* p. 56)

1.3.2. Min. Rosa Weber

A Min. Rosa Weber também entende pela necessidade de interpretação conforme do dispositivo, excluindo da incidência do tipo do aborto a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. A segunda parte do seu voto é dedicada à *"vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude,"* sendo de grande interesse, assim, para o problema dos fundamentos de validade do ordenamento jurídico.

Para Rosa Weber, trata-se de ver *"se deve, ou não, ser levado em conta o fato de o legislador supostamente ter retirado, de forma deliberada,*

a anencefalia do rol das exludentes de ilicitude do crime de aborto previstas no art. 128 do Código Penal." (Idem, *ibidem,* p. 112)

Segundo a ministra, não se pode, como premissa, ignorar o argumento da vontade do legislador:

> *"Contudo,* ***no caso dos autos o argumento da vontade do legislador não pode ser simplesmente ignorado****, ainda que sabidamente a interpretação histórica, pelo caráter subjetivo e pelo influxo da passagem do tempo autorizador da releitura dos enunciados normativos (basta lembrar o fenômeno das mutações constitucionais), não se revista de maior relevo e esteja em jogo preceito muito anterior à Constituição de 1988, fundamento de validade de todas as normas integrantes do ordenamento jurídico em vigor (Kelsen). E isso porque a tese esgrimida se escora na premissa de que rejeitada* ***voluntariamente*** *no processo legislativo a exegese perseguida na presente ADPF."* (Idem, *ibidem,* p. 112-113)

O argumento de Rosa Weber, assim, parte da admissão da relevância da vontade do legislador, mas se encaminha para dizer que, *nesse caso*, *"a vontade do legislador é no mínimo questionável."* (Idem, *ibidem,* p. 25) Já mesmo porque a Constituição de 1988 deve ser tomada como fundamento de validade do ordenamento jurídico, como se afirma no trecho citado *supra*, com amparo explícito em Kelsen.

Para superar o argumento, não invalidado *a priori*, da vontade do legislador, a ministra aprofunda mais dois pontos.

Em primeiro lugar, quanto ao argumento – levantado, como vimos, pela PGR – de que é a vontade do legislador, e não a do juiz, que deve vincular, respeitando assim a separação dos poderes, a ministra o contempla, desenvolvendo um amplo discurso sobre a conformação da

democracia representativa no Estado Moderno. Conclui que não subsiste a vontade do legislador como critério vinculante, elemento psicológico, e que hoje a vontade do legislador concorre com a forma e o conteúdo da Constituição, uma vez que as Constituições modernas passaram a definir não apenas a forma, mas também o conteúdo das leis. Daí decorreria a inexistência de hierarquia entre métodos de interpretação, pois qualquer método que interprete a lei de acordo com a Constituição é, *a priori*, válido.

Em segundo lugar, a ministra questiona como seria possível identificar a vontade do legislador:

> *"Nesse diapasão, como identificar e determinar a vontade do legislador? A vontade a pesquisar seria aquela expressa em documentos oficiais do procedimento legislativo? Ou a da bancada da maioria que participou da votação da norma? Ou a da minoria computada para atingir o quorum exigido? Ou, ainda, a vontade da liderança governista, ou a da oposição? Existiria mesmo uma vontade do legislador?* ***A conclusão mais plausível parece ser, no mínimo, a da impossibilidade de determinar concretamente essa vontade do legislador responsável por texto de lei a mais das vezes aprovado com emendas aditivas, supressivas e/ou modificativas****."* (Idem, *ibidem,* p. 122)

Esses argumentos – transformação do constitucionalismo contemporâneo e dificuldade de se determinar a vontade do legislador –, somados com a superveniência da Constituição de 1988, fundamento de validade de toda a ordem jurídica, levam a ministra a considerar que não persiste qualquer vinculação à hipotética vontade do legislador.

1.3.3. Min. Joaquim Barbosa

No voto do Min. Joaquim Barbosa – que também aplica a interpretação conforme para afastar da incidência do crime de aborto a interrupção da gravidez dos fetos anencéfalos – apenas de passagem se trata da questão da interpretação histórica, quando o ministro justifica que a hipótese não foi contemplada no Código Penal porque *"em 1940, não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto."* (Idem, *ibidem,* p. 152) Trata-se de mera reprodução de ponto levantado na inicial e retomado em diversos dos votos.

1.3.4. Min. Luiz Fux

Apenas de passagem, o Min. Luiz Fux cogita que não havia como se pensar em antecipação de feto anencefálico em 1940 (Idem, *ibidem,* pp. 165-166) e avança a *"necessidade de interpretação evolutiva."* (Idem, *ibidem,* p. 166) Vota, assim, em consonância com argumentos da própria inicial.

1.3.5. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha

Em seção de seu voto intitulada *"A Ponderação de Bens e a Interpretação da Constituição"*, a Min. Cármen Lúcia assenta que *"a interpretação das normas legais faz-se segundo a Constituição em razão de sua natureza de lei suprema."* (Idem, *ibidem,* p. 181) Ponto basilar também do voto da Min. Rosa Weber, como já visto. A premissa basilar é, assim, a da Constituição como fundamento de validade do ordenamento jurídico.

Não obstante, a ministra transcreve longo trecho de Ronald Dworkin, na obra *Uma questão de princípio*, sobre a interpretação, em que o jurista assenta que o juiz deve interpretar a história jurídica, não inventar uma história melhor, entendendo que a decisão deve levar em conta os sentidos da intenção do legislador, embora não se possa decidir *a priori* qual seja o

sentido adequado. Na visão da ministra, entretanto, a tarefa interpretativa se resolve em um sentido evolutivo e principiológico:

> *"Desconhecer os princípios na interpretação constitucional conduz a trilhas equivocadas, até mesmo porque é a* ***atualização permanente dos conteúdos dos princípios*** *que mantém vivo o sistema de Direito de um povo."* (Idem, *ibidem,* p. 183).

Assim, a proposta de Dworkin de se levar em consideração a história jurídica e explorar os possíveis sentidos da intenção do legislador e dos demais atores que, ao longo do tempo, conformaram a norma, acaba em segundo plano. As dificuldades apontadas por Dworkin parecem ser tomadas por intransponíveis, e a opção é a de uma interpretação evolutiva e principiológica, dentro dos parâmetros fundantes da nova ordem constitucional.

1.3.6. Min. Enrique Ricardo Lewandowski

Abrindo a dissidência, o Min. Ricardo Lewandowski rejeita o pedido de interpretação conforme.

Para ele, não se deveria superar a vontade do legislador argumentando pela posterior evolução técnica, cabendo ao Congresso Nacional, *"intérprete último da vontade soberana do povo"* (Idem, *ibidem,* p. 241), modificar a lei penal. Tratando da intepretação conforme em tópico autônomo do texto, Lewandowski enfatiza o *"princípio básico da conservação das normas"*, invocando obra de Canotilho, e, na sequência, aborda os limites dessa técnica interpretativa. Haveria duas barreiras: (a) não pode o intérprete afrontar a expressão literal da lei e (b) *"não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele."* (Idem, *ibidem,* p. 244) Se não respeitados esses limites, estaria o STF a exercer o papel de legislador positivo (Idem, *ibidem,* p. 245), o que, segundo o ministro, não é lícito.

Vê-se, assim, que o ministro se alinha com a argumentação do parecer da PGR, inclusive na medida em que identifica os mesmos dois limites à interpretação conforme que foram levantados naquela manifestação da Procuradoria Geral da República.

1.3.7. Min. Carlos Ayres Britto

O Min. Ayres Britto entende também pela procedência do pedido de interpretação conforme. Ele lembra brevemente o momento da Constituinte: *"E, nos anais da Assembleia Nacional Constituinte, houve uma proposta de definir o início da vida na Constituição, mas foi rejeitada. Então, a Constituição não diz quando se inicia a vida."* (Idem, *ibidem,* p. 258) Trata-se, no entanto, de observação marginal. O ministro não se debruça sobre o problema da interpretação histórica, nem para acolher essa orientação de leitura, nem para rejeitá-la.

1.3.8. Min. Gilmar Ferreira Mendes

O Ministro Gilmar Mendes vota pela procedência do pedido de interpretação conforme, indo inclusive mais longe que seus pares ao admitir que a Corte deve, em certos casos, atuar como legislador positivo (Idem, *ibidem,* p. 302), até porque, diante da indeterminação semântica de que padecem os textos normativos, a eliminação ou fixação de determinados sentidos pela Corte *"quase sempre têm o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador."* (Idem, *ibidem,* p. 298-299)

Em consonância com o parecer da PGR, o Ministro indica a vontade do legislador, junto com a expressão literal do texto, como um dos limites para a interpretação conforme:

> *"Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme a Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada* ***vontade do***

> ***legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical na própria concepção original do legislador****."* (Idem, *ibidem,* p. 298)

No entanto, o ministro avança além do que foi proposto pela PGR, até porque sua conclusão é diametralmente oposta à daquele órgão. Os dois limites, na argumentação do ministro, encontram-se articulados em cascata, pois a vontade do legislador apenas é levada em consideração caso a interpretação conforme não seja possível de acordo com a expressão literal do texto:

> *"Assim, a prática demonstra que o Tribunal* ***não confere maior significado à chamada intenção do legislador ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto.****"* (Idem, *ibidem,* p. 298)

Trata-se, na terminologia adotada pelo Ministro, com referência à jurisprudência de cortes constitucionais europeias, de decisões de efeitos aditivos, reconhecendo um papel criativo para a Corte.

1.3.9. Min. José Celso de Mello Filho

O Ministro Celso de Mello dá procedência ao pedido de interpretação conforme.

À parte algumas considerações sobre evoluções fáticas, que demonstrariam *"um processo de radical transformação de nossos costumes"* (Idem, *ibidem,* p. 319), não há desenvolvimentos sobre a interpretação histórica, havendo antes uma fundamentação em torno do direito à vida, da

dignidade da pessoa humana, cabendo ao STF *"permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana."* (Idem, *ibidem,* p. 329) De certo modo, intui-se aí um alinhamento com uma leitura a um só tempo evolutiva e principiológica dos textos normativos.

1.3.10. Min. Cezar Peluso

Seguindo a dissidência inaugurada pelo Min. Ricardo Lewandowski, o Min. Peluso negou procedência ao pedido de interpretação conforme. Seu voto se baseia na fundamentalidade do direito à vida e reconhece apenas ao Congresso Nacional a normatização dessa situação, rechaçando a atuação do STF como legislador positivo. Sem que a interpretação jurídica mereça considerações explícitas, o que se vê é um alinhamento com a linha de argumentação que dá prevalência a que o conteúdo da norma seja definido claramente pelo Poder Legislativo.

1.4. Perspectivas

Ao tratarem explicitamente do problema da interpretação histórica, a petição inicial – propugnando a preeminência da interpretação evolutiva e principiológica – e o parecer da PGR – advogando pelos limites da interpretação conforme na letra do texto e na vontade manifesta do legislador –, criaram um panorama argumentativo que ressoou no voto dos ministros do STF, levando a discussões sobre o tema. O problema da interpretação histórica é, no caso desta ADPF, o centro a partir do qual surge, nos votos dos ministros, a problematização acerca dos fundamentos de validade do ordenamento jurídico.

Os dois votos contrários ao pedido enfatizaram a separação de poderes e a legitimidade exclusiva do Congresso Nacional para vencer o dispositivo legal em questão. Nesse sentido, embora não se dediquem ao problema, confirmam a perspectiva originalista segundo a qual, uma vez fixada a vontade do legislador na lei, apenas nova manifestação de vontade

do Poder Legislativo – ou do povo representado pelo Poder Legislativo – poderia criar uma nova, distinta, vinculação normativa.

Embora tenha vencido por ampla margem a procedência da interpretação conforme, tendo alguns ministros, aparentemente, acolhido integralmente a tese esposada na inicial (Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello), embora com nuances, é de se destacar que alguns votos se debruçaram de forma mais detida no problema da interpretação histórica, avançando um panorama interpretativo menos dicotômico.

A ministra Rosa Weber assenta a impossibilidade de se descartar *a priori* a vontade do legislador, embora enfatize, de um lado, a dificuldade de determiná-la concretamente e, de outro, a preeminência do texto constitucional, o que é determinante dada a superveniência de uma nova Constituição. De certo modo, a ministra Cármen Lúcia também apontara para a relevância da interpretação por camadas históricas, ao se valer de obra de Ronald Dworkin em que esse problema aparece, mas, ao que tudo indica, a ministra interpretou os *consideranda* de Dworkin como demonstrações das dificuldades enfrentadas pela leitura histórica e consequentemente busca outra solução interpretativa. Nesses dois casos, o esquema piramidal extraído da teoria kelseniana, em que a superveniência de uma Constituição altera todo o edifício jurídico, é enfatizado, intervindo o problema da vontade do legislador como espécie de objeção retórica superável.

Mais interessante é a perspectiva do Min. Gilmar Mendes, que reconhece os mesmos limites apontados no parecer da PGR para a realização de uma interpretação conforme à Constituição – a não ofensa à literalidade do texto e a existência de vontade expressa do legislador –, mas de forma cumulativa, e não alternativa. Isto é, primeiro se verificaria se a interpretação conforme ofende a literalidade do texto. Se não for o caso, ela é válida. Se for o caso, recorre-se à vontade do legislador, que permitiria ultrapassar a literalidade do texto. No caso em questão, vence-se a literalidade do texto justamente porque, claramente, haveria a vontade do legislador de não fazer incidir um caso como o dos fetos anencéfalos no tipo

do aborto, limitando-se o problema à ausência de tecnologia na época para realizar um diagnóstico preciso desses casos. Evidentemente, vontade não contrária ao texto da CF.

Entre enfatizar a vinculação da vontade do legislador ou a sua efemeridade, desponta assim um modelo em que essa vontade aparece não como vedação à transformação da compreensão da norma *tout court*, mas antes como um limite para tal transformação por um órgão do Poder Judiciário, no caso de uma vontade claramente expressa.

2. ADPF 46: uma sociedade aberta aos intérpretes da Constituição

2.1. Síntese

A ADPF 46 foi ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABED), questionando a recepção da Lei 6.538/78, sobre o monopólio postal da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e, mais especialmente, o seu art. 42, para o qual constituiria crime *"coletar, transportar, transmitir ou distribuir"* objetos sujeitos ao monopólio da União. Com relatoria do Min. Marco Aurélio Mello, por seis votos a quatro, o pleno do STF decidiu, em 05/08/2009, que a lei foi recepcionada, e que cartas, cartões-postais e malotes só podem ser entregues pelos Correios, enquanto às transportadoras privadas é lícito entregar outros tipos de correspondências e encomendas. Nessa definição, o STF se valeu da técnica da "interpretação conforme."

2.2. A petição inicial, a petição da ECT e os pareceres da AGU e da PGR

2.2.1. A petição inicial

Fundamentando o cabimento da ADPF na relevância da controvérsia resultante de lei federal anterior à CF/88 e em atos do poder público que vulneram preceitos fundamentais, a petição inicial, assinada por Dauro Löhnhoff Dórea e Marco Aurélio Souza, propõe que os monopólios existentes no Brasil são apenas aqueles elencados no art. 177 da CF/88. Ela enfatiza as mudanças que resultam da globalização da economia, da desestatização, entre outras, dinamizando os processos de entrega no mundo.

Os preceitos fundamentais violados seriam a livre iniciativa (CF/88, art. 1º, IV), a liberdade do exercício de qualquer trabalho (CF/88, art. 5º, XIII) e a livre concorrência (CF/88, art. 170, IV). A inicial se propõe a demonstrar a inexistência do monopólio postal no ordenamento jurídico brasileiro. Diferentemente do regime de 1967/69, sob aquele de 1988, a lei

não pode instituir monopólios, assentando-se estes direta e exclusivamente no texto constitucional.

A inicial termina por pedir que seja reconhecida a violação dos referidos preceitos fundamentais por atos da ECT e que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei 6.538/78, especialmente no que diz respeito à entrega de correspondências.

2.2.2. A petição da ECT

Dentre os diversos argumentos levantados pela ECT para defender que o serviço postal constitui serviço público e funciona em regime de monopólio, está a evocação do princípio da conservação das normas. A esse respeito, a ECT cita Canotilho (p. 961), para quem *"uma norma não deve ser declarada inconstitucional, quando, observados os seus fins, pode ser interpretada na conformidade do almejado pela Constituição."* Mais que isso, a petição assenta certos limites para a interpretação:

> *"o sentido da norma dado pelo intérprete tem de ser compatível com o texto interpretado e com o sistema jurídico. Ao contrário, e como bem adverte Paulo Dourado de Gusmão, acaba-se por abandonar* ***o direito constituído****, pra criar direito, a pretexto de interpretá-lo."* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46/DF. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJE de 26/02/2010. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504 Acessado em 10/09/2015, p. 967-968)

Interessante essa formulação no que ela tem de semelhante (compatibilidade com o texto) e de diferente (intenção manifesta do legislador de um lado, compatibilidade com o sistema jurídico de outro) com os limites à interpretação conforme discutidos no âmbito da ADPF 54.

Embora de modo tênue, sem adentrar explicitamente o problema da interpretação, esse ponto da petição da ECT aponta para uma leitura mais conservadora (*"princípio da conservação das normas"*), segundo o qual, poder-se-ia avançar, os textos normativos são menos abertos à reproposição de interpretações (à produção de normas) em função de novos contextos. A interpretação evolutiva teria menor espaço para se desenvolver.

2.2.3. O parecer da AGU

Partindo da distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, o parecer assenta a natureza pública dos serviços postais e pugna pela improcedência da ADPF. Não há considerações sobre a interpretação.

2.2.4. O parecer da PGR

Para a PGR, o serviço postal é serviço público, razão pela qual pede pela improcedência do pedido. Não há considerações sobre a interpretação.

2.3. Os votos

2.3.1. Min. Marco Aurélio Mello

Após conhecer do pedido, o Min. Marco Aurélio abre a discussão do mérito com uma discussão a respeito da interpretação. Fundamentando-se em Hans-Georg Gadamer e Richard Palmer, o ministro assenta que a interpretação do direito se faz a partir das pré-compreensões dos intérpretes. Há, assim, um entendimento sobre como as interpretações passadas atuam na interpretação atual do direito:

> *"Intepretar significa apreender o conteúdo das palavras,* ***não de modo a ignorar o passado, mas de maneira a que sirva para uma projeção melhor do futuro.*** *Como objeto*

> *cultural, a compreensão do Direito se faz a partir das pré-compreensões dos intérpretes. Esse foi um dos mais importantes avanços da hermenêutica moderna: a percepção de que qualquer tentativa de distinguir o sujeito do objeto da interpretação é falsa e não corresponde à verdade."* (Idem, *ibidem,* p. 44)

Assim, o horizonte histórico se torna parte de uma interpretação em que não há um sujeito no presente e um objeto no passado a se defrontarem na tarefa interpretativa, mas antes uma construção dialética em que o passado (textual e interpretativo) constitui pré-condição para o presente.

Ao mesmo tempo, essa modalidade interpretativa em que o presente está carregado do passado que o erigiu não pode alienar o intérprete do presente que o circunda:

> *"Nessa linha de entendimento é que se torna necessário salientar que a missão do Supremo, a quem compete, repita-se, a guarda da Constituição, é precipuamente a de zelar pela interpretação que se conceda à Carta a maior eficácia possível, diante da realidade circundante. Dessa forma, urge o resgate da interpretação constitucional, para que se evolua de uma interpretação retrospectiva e alheia às transformações sociais,* ***passando-se a realizar interpretação que aproveite o passado, não para repeti-lo, mas para captar de sua essência lições para a posteridade****.* ***O horizonte histórico deve servir como fase na realização da compreensão do intérprete, mas não pode levar à auto-alienação de uma***

> ***consciência, funcionando como escusa à análise do presente.***" (Idem, *ibidem,* p. 45)

O discurso é complexo na medida em que, embora o presente seja o momento em que se realiza a interpretação do texto normativo, esse presente não é contraposto ao passado, mas atrai o passado, arrasta-o, em um tipo de *"interpretação evolutiva"* (p. 46) que não implica a simples ruptura da teia de significados entretecidos ao longo do tempo, mas antes a construção paulatina da teia dos significados presentes a partir do passado. O ministro reconhece, assim, a possibilidade de *"mutação constitucional"* (p. 46), e é com base nessa ideia que busca o sentido do inciso X do art. 21 da CF/88, para ele o fulcro do problema a ser resolvido no âmbito da ADPF 46: *"Compete à União: (...) X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional."*

Nesse sentido, Marco Aurélio destaca a história dos serviços postais no Brasil. Mais especificamente, detém-se no problema da reforma do Estado na Era FHC, que implicaria *"a necessidade de se rever o papel que a Constituição de 1988, em seu texto primitivo, reservava ao Estado."* (Idem, *ibidem,* p. 55) É como consequência do mesmo entendimento que o ministro se refere ao PL 1.491/99, sobre a possibilidade de prestação do serviço postal em regime privado, lembrando especificamente os debates e as audiências públicas. Lembra também a revisão constitucional, em 1994, e o parecer do relator-geral, então deputado Nelson Jobim, sinalizando a importância de se proclamar extinto o monopólio do serviço postal.

Tratar-se-ia de etapas do processo de evolução histórica que redundaria na intepretação atual de que não há regime de monopólio postal no Brasil. Ao pontuar seu voto com um processo de transformação, em que camadas históricas se vão acumulando para gerar um resultado interpretativo, o ministro se afasta concretamente, em consonância com o modelo interpretativo defendido, de uma leitura simplesmente presentista, vendo antes que as condições para uma (re)interpretação da norma foram gestadas no bojo de um processo histórico.

A leitura kelseniana é, assim, bastante matizada, na medida em que a Constituição, ponto focal de validade do sistema, cede à mobilidade plurilocalizada de constituição temporal do direito. Como se verá, esse ponto é bastante relevante no conjunto dos votos do ministro.

2.3.2. Min. Eros Grau

O Min. Eros Grau abre a divergência, entendendo pela improcedência da ADPF. Nessa toada, entendendo o serviço postal como serviço público – e não como atividade econômica, como Marco Aurélio Mello –, o ministro invoca Konrad Hesse, enfatizando uma leitura presentista do direito, distinta da acumulação da história que tende ao presente que acabamos de testemunhar no voto do Ministro Marco Aurélio:

> *"HESSE sustenta que a Constituição está condicionada pela realidade histórica, razão pela qual – (...) – não se a pode separar da realidade concreta do seu tempo e a pretensão de eficácia de suas normas somente pode ser realizada se for levada em conta essa realidade.* ***Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente.*** *Opera-se então a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam um conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais.* ***Ao intérprete incumbe, então, sob o manto dos princípios, atualizá-lo.***
>
> *"O direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza.*

> *"**É do presente, na vida real, que se toma as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento.** (...) A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos."* (Idem, *ibidem*, p. 91-92)

Não há qualquer referência a interpretações anteriores, mas apenas essa afirmação da preeminência do presente na interpretação jurídica. Note-se, para além do presentismo, traço de uma interpretação evolutiva, a ideia de que a atualização do sentido do texto normativo se dá "sob o manto dos princípios", de acordo com linha argumentativa já identificada segundo a qual há uma associação entre interpretação evolutiva e interpretação principiológica.

2.3.3. Min. Joaquim Barbosa

Joaquim Barbosa fundamenta seu voto na definição do serviço postal como serviço público e nos limites de sua prestação pelo próprio Poder Público. Não há qualquer discussão apartada sobre o problema da interpretação. O ministro segue a divergência, julgando o pedido improcedente, entendendo que *"**não cabe a esta Corte substituir o papel do legislador** e fixar os critérios e formas para a prestação desse serviço público."* (Idem, *ibidem,* p. 110) Nesse sentido, alinha-se, tendencialmente, com aquelas visões que atribuem maior peso ao Poder Legislativo na definição do conteúdo a ser dado aos textos normativos.

2.3.4. Min. Carlos Ayres Britto

O ministro Ayres Britto vota pela parcial procedência do pedido, em voto curto que não contempla o problema da interpretação.

2.3.5. Min. Cezar Peluso

Também votando pela improcedência do pedido, o Min. Peluso, em brevíssimo voto, não trata da interpretação.

2.3.6. Min. Gilmar Ferreira Mendes

O Min. Gilmar Mendes vota, uma primeira vez, em 17/11/2005, pela parcial procedência do pedido, em voto igualmente breve.

Em discussão, no dia 03/08/2009, no entanto – após os votos-vista sucessivos da ministra Ellen Gracie e do ministro Menezes Direito –, o Min. Gilmar Mendes propõe uma *"interpretação conforme"*, alongando-se mais demoradamente em argumentos que interessam para o problema específico deste estudo. Para o ministro, seria possível ver que a norma da Lei 6.538/78 está sofrendo aquilo que denomina um *"processo de inconstitucionalização"*:

> *"Eu até bosquejava a ideia de que esta norma da Lei de 78 era compatível com a Constituição anterior. Parece que a própria evolução social e econômica estaria a sinalizar, aqui,* ***um tipo de processo de inconstitucionalização.*** *A própria dinâmica, hoje, dos serviços estaria a indicar a participação dos atores privados e uma certa obsolescência dos dispositivos, pelo menos se lidos na sua literalidade estrita. (...)* ***Parece que isso está sendo revisto pela realidade, imaginando a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição.****"* (Idem, *ibidem,* p. 129)

Para o problema que nos interessa neste estudo, haveria, assim, incidência de uma interpretação evolutiva. A noção de "sociedade aberta aos intérpretes da Constituição" é retirada da obra de Peter Häberle,

doutrinador traduzido para o português pelo próprio ministro,[35] e indica que esse processo de evolução interpretativa não é prerrogativa de um órgão do Estado (como os órgãos do Poder Legislativo), mas antes um processo sem fronteiras institucionais claras, no qual toda a sociedade está envolvida, como se em um contínuo diálogo.

Essa transformação do sentido a ser conferido ao texto normativo é o que o ministro reafirma em nova manifestação de voto, em 05/08/2009, em que se lê:

> *"Essa parece ser a interpretação possível ante* ***o inegável processo de inconstitucionalização, decorrente de profunda mudança nas relações fáticas,*** *do modelo de monopólio no sentido da prestação exclusiva, pela ECT, de quaisquer das atividades postais indicadas na Lei n. 6.538/78."* (Idem, *ibidem,* p. 221)

Conclui, assim, o ministro pela interpretação conforme, segundo a qual se restringe o monopólio do art. 42 às hipóteses dispostas no art. 9º da mesma lei.

A argumentação que o leva a tanto é evidentemente uma modalidade de interpretação evolutiva, mas que não está calcada em um sistema principiológico, assentando-se antes, por meio da noção de *"processo de inconstitucionalização"*, em uma transformação mais radical que se impõe a partir da sociedade – como se partindo de uma "esfera pública" habermasiana –, cabendo ao Judiciário simplesmente constatá-la. É como se, em uma sociedade moderna, com amplos canais de comunicação, fosse, em certos casos, prescindível que a mudança se expressasse por meio de

---

[35] Nessa sociedade, todos estão envolvidos em reinterpretar continuadamente a Constituição, de modo que "a esfera pública desenvolve força normatizadora", e, "[p]osteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública." Diante dessa posição, a mutação constitucional é fruto de um envolvimento coletivo entre as instâncias da sociedade, incluindo dos diferentes órgãos estatais – aí contado a Suprema Corte, ou o Tribunal Constitucional –, na forma do que o Ministro Gilmar Mendes chama de "diálogo institucional." (Peter Häberle. *Hermenêutica constitucional*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.)

um ato formal do Poder Legislativo. Ideia potencialmente subversiva para o modelo da validade piramidal.

2.3.7. Min. Ellen Gracie Northfleet

A Min. Ellen Gracie vota pela total improcedência do pedido, sem desenvolver o problema da interpretação.

2.3.8. Min. Carlos Alberto Menezes Direito

O Min. Menezes Direito vota com o relator, pela procedência do pedido, sem ingressar na discussão da interpretação.

2.3.9. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha

A Min. Cármen Lúcia vota pela improcedência do pedido, acompanhando a divergência iniciada pelo Min. Eros Grau. Parece, em trecho de seu voto, que a ministra reconhece primazia ao legislador para rever a lei, refreando-se de conceder interpretação conforme:

> *"Farei juntar voto nos (sic) sentido de acompanhar integralmente a expressão do Ministro Eros Grau, com a devida desculpa do Ministro-Relator. Mesmo com as ponderações de Vossa Excelência, quanto à dinâmica da vida, principalmente dessas novas formas de comunicação,* ***eu diria que a Constituição não é imutável, pode ser mudada, que a própria lei, naquilo que ela especificamente estipulou como podendo ser,*** *ou não cabendo no caso do artigo 9º,* ***pode ser repassada por outra****, mas, considerar não recepcionada nem para dar interpretação conforme, não estou convencida disso."* (Idem, *ibidem,* p. 138)

A postura é, portanto, mais conservadora, mais centrada na preeminência do Poder Legislativo para operar mudanças no sentido a se dar aos textos normativos por meio de modificações formais dos próprios textos. E consequentemente mais afim com a visão do ordenamento com o fundamento de validade determinado pelo vértice constitucional.

2.3.10. Min. Enrique Ricardo Lewandowski

O Min. Lewandowski vota pela parcial procedência do pedido, na esteira do voto do Min. Ayres Britto. Em seu voto, é forte, embora genérica, a referência ao constituinte como não passível de ser ultrapassada:

> *"Se entendêssemos assim, nós estaríamos dando uma interpretação extensiva ao comando constitucional que estabelece o monopólio – se é que estabelece – da União, no que tange aos Correios, em detrimento da iniciativa privada que é um dos fundamentos –* ***como eu disse, aliás, não sou eu que digo, são os constituintes que disseram*** *– do Estado democrático."* (Idem, *ibidem,* p. 141)

A postura é, portanto, de deferência à preeminência interpretativa do Poder Legislativo.

2.4. Perspectivas

Embora o problema da interpretação não tenha sido diretamente suscitado quando da propositura da ADPF, ele foi essencial para o voto do Min. Marco Aurélio, relator originário da ADPF, tendo se manifestado também nos votos dos ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski.

Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski enfatizam a impossibilidade de se transpor judicialmente a vontade do legislador ou do constituinte, dando forte peso, na decisão, ao papel do Legislativo. No

entanto, todos os três tocam apenas de passagem no problema da interpretação.

Já o Ministro Gilmar Mendes, que encabeça o entendimento de que se deve aplicar o instituto da "interpretação conforme" ao caso, entende que se deve restringir a figura do monopólio a casos específicos, devido a um processo de inconstitucionalização que estaria em curso como resultado de mudanças fáticas. Diferentemente do voto na ADPF 54, a vontade do legislador não aparece aqui explicitamente como um limite à interpretação conforme, talvez porque o limite seja retirado da própria literalidade do texto (limitação do art. 42 a partir do art. 9º da lei). Há, isso sim, um aceno relevante para uma visão de sociedade em que as comunicações são de tal modo dinâmicas, que canais institucionais pensados *a priori* para realizar ou confirmar mudanças de sentido dos textos normativos não precisam ser seguidos.

O ministro Eros Grau, embora votando pela improcedência do pedido, não fundamenta sua decisão em qualquer precedência da vontade do legislador a impedir uma decisão pela não-recepção da norma. Nesse sentido, seu fundamento é muito distinto daquele dos ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Trata-se justamente de entender que o texto normativo é atualizado no presente. Se ele merece prosperar é porque, no sistema normativo vigente, a Constituição da República o define como serviço público, não porque tira a força do monopólio do que quiseram legisladores de outrora. Embora seja possível a leitura de que a própria Constituição vai sendo atualizada, perenemente se refazendo o ordenamento na interpretação/construção do **texto no presente**, o marco do advento da nova Constituição parece dotado de forte peso.

A posição do ministro Marco Aurélio é a mais surpreendente, na medida em que, distintamente das demais, não se limita a trabalhar com a dualidade entre o passado – preeminência da vontade do legislador – e o presente – prioridade da realidade fática e normativa do presente, à exclusão do histórico interpretativo. Se a interpretação tende para o

presente, esse presente é uma construção paulatina, por fases, estruturada a partir dos textos e das interpretações passadas que vão se acumulando e potencialmente se transformando, mas sem dicotomia e sem insulamento do presente.

Nos votos de Gimar Mendes e de Marco Aurélio, descortina-se uma compreensão dinâmica e policêntrica do ordenamento jurídico, apta a fornecer alternativas à concepção estritamente kelseniana. Retornaremos a elas no capítulo 3, mais à frente.

3. ADPF 153: a validade sob o jugo da legitimidade

3.1. Síntese

A ADPF 153 foi ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, com o objetivo de questionar a recepção do art. 1º, § 1º, da Lei 6.683/79 (Lei da Anistia) perante a ordem constitucional de 1988, segundo o qual estariam anistiados os que cometeram "crimes conexos com os crimes políticos" entre 02/09/1961 e 15/08/1979. Objetivava a interpretação conforme à CF/88 para entender que não se estende a anistia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar (portanto estes não seriam conexos a crimes políticos).

Vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto, a ADPF foi julgada improcedente, em abril de 2009, sendo relator o Min. Eros Grau.

3.2. A petição inicial, o parecer da AGU e o parecer da PGR

3.2.1. A petição inicial

Assinada por Fábio Konder Comparato e por Maurício Gentil Monteiro, a petição inicial argumenta, em primeiro lugar, pelo cabimento da ADPF para pedir uma intepretação conforme do art. 1º, § 1º, da Lei 6.638/79, dadas a existência de séria controvérsia judicial sobre lei federal anterior à Constituição e o fato de que a interpretação segundo a qual a norma concedeu anistia a agentes públicos responsáveis por crimes comuns viola diversos preceitos constitucionais.

O dispositivo, argumenta a inicial, teria sido *"redigido intencionalmente de forma obscura,* ***a fim de*** *incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar."* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF. Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJE de 06/08/2010. Disponível em

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960 Acessado em 10/09/2015, p. 13) Tratar-se-ia de lei com o propósito de *"lôbrega ocultação da verdade."* (Idem, *ibidem*, p. 21) Mais que isso, a lei careceria de legitimidade por ter sido votada pelo Congresso Nacional quando seus membros *"eram eleitos sob o placet dos comandantes militares. (...) Ela foi sancionada por um Chefe de Estado que era General do Exército e fora guindado a essa posição, não pelo povo, mas pelos seus companheiros de farda."* (Idem, *ibidem,* p. 23)

Os preceitos fundamentais violados seriam a isonomia em matéria de segurança (CF/88, art. 5º, *caput*), o preceito fundamental de não ocultar a verdade (CF/88, art. 5º, XXXIII), os princípios democrático e republicano, bem como a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).

Termina por pedir:

> *"uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)."* (Idem, *ibidem,* p. 29)

3.2.2. O parecer da AGU

No parecer de sua Secretaria-Geral de Contencioso, a AGU pugna pelo não conhecimento da medida (ausência de comprovação da controvérsia judicial, ausência de impugnação de todo o complexo normativo pertinente à matéria) e, no mérito, pela improcedência da arguição.

Para a AGU, é necessário retomar o contexto histórico em que foi editada a norma. Ela destaca a *mens legislatoris* e sua relação com a

sociedade, citando documentos de época, incluindo parecer de José Paulo Sepúlveda Pertence sobre o projeto de lei da anistia. Daí decorre:

> *"Pode-se afirmar, portanto, que* ***a abrangência conferida, até então, à Lei nº 6.683/79, decorre, inexoravelmente, do contexto em que fora promulgada****, sendo certo que não estabeleceu esse diploma legal qualquer discriminação, para concessão do benefício da anistia, entre opositores e aqueles vinculados ao regime militar.*
>
> *"Dessa forma,* ***desde a promulgação do diploma legal*** *prevalece a interpretação de que a anistia concedida pela Lei nº 6.638/79 é ampla, geral e irrestrita."* (Idem, *ibidem,* p. 13-14)

Não se pode conferir à lei sentido *"dissidente da pretensão do legislador,"* (Idem, *ibidem,* p. 15) não se podendo operar *"mudança de interpretação da norma."* (Idem, *ibidem,* p. 16)

Fundamentando-se no art. 5º, XXXV, da CF/88, aponta a AGU que buscar desconstituir uma situação jurídica consolidada afrontaria o princípio da segurança jurídica e o princípio da irretroatividade da lei penal mais grave (art. 5º, XL). Quanto à ilegitimidade do Congresso que votou a lei, a AGU rebate que a incorporação da norma pela ordem jurídica superveniente depende apenas de sua compatibilidade material com o conteúdo da nova Constituição, e não da forma, que é regida pela lei da época do fato. Note-se, nessa construção, a estrutura básica da concepção da Constituição como fundamento de validade do ordenamento jurídico.

3.2.3. O parecer da PGR

Em seu parecer, a PGR pede pelo conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Concordando com a AGU no mérito, a PGR entende que a finalidade do dispositivo legal foi *"a de conferir amplitude e afastar dúvidas quanto à abrangência da anistia então concedida."* (Idem, *ibidem,* p. 20) Tratava-se de interpretação ampliativa guiada pelo princípio de reconciliação e pacificação nacional.

Indo além das considerações da AGU, no entanto, a PGR entende que:

> *"A relevantíssima questão submetida ao Supremo Tribunal Federal, entretanto,* ***não comporta exame dissociado do contexto histórico em que editada a norma objeto da arguição****, absolutamente decisivo para a sua adequada interpretação e para o juízo definitivo acerca das alegações deduzidas pela Ordem..."* (Idem, *ibidem,* p. 24)

A anistia teria sido fruto de um longo debate nacional, em que a sociedade civil se articulou, lutando pela democracia, com vistas a promover um processo de transição democrática. Listam-se diversos movimentos sociais em favor da anistia, manifestações de artistas, juristas, inclusive o próprio Conselho Federal da OAB – longamente citado, por então defender uma anistia ampla, geral e irrestrita –, com destaque para os pronunciamentos do então conselheiro Sepúlveda Pertence. Resume a PGR:

> *"Este o quadro,* ***não parece aceitável****, com as vênias devidas,* ***fazer uma leitura atemporal do ato impugnado*** *e, de forma pontual, atacar o mesmo contexto histórico que possibilitou e conferiu legitimidade à convocação da Assembleia Nacional Constituinte.*
>
> *"Aceitar a tese da arguente para desconstituir a anistia como concebida no final da década de 70 seria romper com o compromisso feito naquele contexto histórico."* (Idem, *ibidem,* p. 34-35)

Segundo a PGR, o poder constituinte originário trabalha dentro de limites, jurídicos e políticos, acertos e compromissos que possibilitam uma transição. Assim:

> *"Se o próprio processo constituinte, no desenvolvimento de seus atos, cria as barreiras de conformação jurídica do novo Estado, por meio da Constituição, é de se supor que as cláusulas de compromisso, firmadas nesse processo, sejam respeitadas sob a nova ordem constitucional, sob pena de negar-se ao direito a força que possui de integração social e de estabilizador das expectativas gerais de comportamento."* (Idem, *ibidem,* p. 37)

Isso não significa, como conclui o parecer, que se deva embaraçar o acesso à verdade histórica, devendo-se afirmar a possibilidade de acesso aos documentos históricos relativos ao período, sobre o quê a PGR sinaliza o julgamento pendente da ADI 4.077.

3.3. Os votos

3.3.1. Min. Eros Grau

O Min. Eros Grau, relator da ADPF, votou pelo conhecimento da ADPF e pela sua improcedência.

Seu argumento está fortemente ancorado no problema da intepretação jurídica. Ele parte da premissa de que *"o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente"* (Idem, *ibidem,* p. 30), e mais, de que as leis devem ser interpretadas no momento histórico em que o juiz julga, pois a norma se produz pelo intérprete a partir de textos normativos e da realidade:

> *"Interpretamos sempre os textos e a realidade. Daí – o que venho reiteradamente afirmando – que o direito é um dinamismo, donde a sua força,*

> *o seu fascínio, a sua beleza.* ***É do presente, da vida real, que se tomam as forças que lhe conferem vida.*** *E a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento.* (Idem, *ibidem,* p. 30)

No entanto, o caso da Lei da Anistia é uma exceção a essa premissa geral, na medida em que tal lei não é um preceito primário, dotado de generalidade e de abstração, mas uma "lei-medida", isto é, lei imediata e concreta, que funciona como espécie de ato administrativo especial, sendo lei apenas em sentido formal, e não material. No caso desse tipo de lei, é *"inarredável a necessidade de... interpretar-se, em conjunto com o seu texto,* ***a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada****, não a realidade atual."* (Idem, *ibidem,* p. 31)

Fazendo uma longa lista das leis que concederam anistia na história brasileira, retoma o ministro a realidade da época de edição da norma questionada nesta ADPF, citando novamente o parecer do então conselheiro da OAB, José Paulo Sepúlveda Pertence, invocado pela AGU e pela PGR, delineando o contexto de transição para a democracia como fundado em um necessário compromisso.

Na sequência, introduzindo um limite genérico, e não específico ao caso da Lei da Anistia, para a interpretação conforme, o ministro indica que, no Estado Democrático de Direito, *"o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia."* (Idem, *ibidem,* p. 38) Caso haja revisão da lei de anistia, isso deverá ser feito pelo Poder Legislativo. Narra o ministro, então, as experiências do Chile, da Argentina e do Uruguai.

O argumento se amolda à concepção formalista do ordenamento jurídico, na medida em que a validade ou legitimidade da lei está fundamentada nas condições objetivas – legisladas – sob as quais se

produziram os seus efeitos. Como a Lei de Anistia esgota os seus efeitos logo que é editada, sua interpretação se dá pelos parâmetros de época.

3.3.2. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha

Após votar pelo conhecimento da ADPF, a Min. Cármen Lúcia julgou-a, no mérito improcedente.

Do ponto de vista que aqui importa, o do fundamento de validade do ordenamento, a ministra se mostra sensível ao argumento de que a interpretação histórica é de pouca valia, em geral, para a interpretação jurídica, mas que o caso em tela é um caso especial:

> *"A opção inicial do intérprete do § 1º do art. 1º da Lei n. 6.683/79 haverá de ser* ***entre a adoção de elementos de inteligência da norma segundo os parâmetros atuais****, incluídos os princípios constitucionais vigentes, desapegando-os do seu momento originário, de seu surgimento,* ***ou, diversamente, acolher como elemento determinante para a sua interpretação o quadro fático-histórico no qual veio a ser criada*** *e a finalidade nela patenteada.*
>
> *"Da tribuna, na sessão inicial deste julgamento, foi lembrado que* ***nem sempre o elemento histórico é o melhor dos critérios para se chegar à interpretação da norma****.*
>
> *"E há razão, em geral, em tal argumento.* ***Entretanto, para o caso específico, difícil seria desconhecer o que se vivia e para o que se deu a elaboração da Lei*** *agora em questão e na qual se contém o dispositivo para o qual se pede interpretação específica."* (Idem, *ibidem,* p. 89)

Optando, assim, pela necessidade de interpretar essa lei, em especial, em função da realidade da época, a ministra é da opinião seguinte:

> *"Assim, não se pode, em nome de uma argumentação legítima, trazida agora a este Supremo Tribunal, sobre a interpretação de expressão da Lei n. 6.683/79* ***ignorar-se tudo o que se passou e que secundou a formação daquele documento****, goste-se ou não do que nele se contém ou o que dele resultou."* (Idem, *ibidem,* p. 82)
>
> *"****Não há como julgar o passado com os olhos apenas de hoje****, desconhecendo o que se fez, se ajustou e se comprometeu, produzindo efeitos alguns dos quais exauridos no tempo."* (Idem, *ibidem,* p. 96)

Rever a Lei da Anistia três décadas depois, ainda que, fosse editada atualmente, ela não poderia ser tida por válida, significaria realizar uma indevida revisão criminal. Concordando com o Ministro Eros Grau, apenas poderia haver mudança de uma lei de anistia por via legislativa, e não judicial.

3.3.3. Min. Enrique Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski votou pelo conhecimento da ADPF e pela sua procedência, abrindo a divergência. Para o ministro, que destaca o clima de crescente insatisfação popular contra o regime militar à época da Lei da Anistia, haveria então uma séria crise de legitimidade do regime.

Em afirmação sobre a interpretação histórica, o ministro afirma:

> *"[P]ermito-me recordar uma famosa frase de Thomas Hobbes segundo o qual 'o legislador não é aquele por cuja autoridade as leis pela primeira*

> *vez foram feitas, mas aquele por cuja autoridade elas continuam a ser leis'. Essa assertiva, a meu sentir, sinaliza que a magna tarefa de interpretar o preceito legal aqui contestado exige* ***que se ultrapasse a nebulosa indagação acerca da voluntas legislatoris*** *– perdida em um passado remoto, e cuja aferição assume contornos eminentemente subjetivos, porquanto depende da ótica particular dos distintos exegetas* ***– e se passe a examinar a voluntas legis, cuja avaliação se faz a partir de critérios hermenêuticos mais objetivos.****"* (Idem, *ibidem,* p. 110)

Afastar-se-ia, assim, a subjetividade da "vontade do legislador" em prol da objetividade da "vontade da lei". Nesse sentido, o ministro discute a noção de conexão, a partir da dogmática penalista, assentando que não foi possível alcançar, por meio desse instituto, a absorção das condutas delituosas comuns praticadas pelos agentes da repressão nos crimes políticos referidos pelo *caput* do dispositivo. Não pode, portanto, ter havido conexão entre os crimes aludidos.

Resta, assim, verificar, caso a caso, se os agentes do Estado cometeram crimes de natureza política (caso em que estariam cobertos pela Lei da Anistia) ou crimes comuns. Nessa visão, a Lei de Anistia está inserida em um ordenamento jurídico (o atual), cuja validade depende da CF/88.

3.3.4. Min. Carlos Ayres Britto

Em seu voto, próximo ao do Min. Ricardo Lewandowski, Ayres Britto também decide pelo conhecimento da ADPF e pela sua procedência. Sua argumentação pugna igualmente pela precedência da *mens legis*, ou vontade objetiva da lei, sobre a *mens legislatoris*, ou vontade subjetiva do legislador:

> *"O Ministro Eros Grau, ontem, nos brindou a todos com um voto cuidadoso, detalhado. Sua Excelência colocou muita ênfase para reproduzir os precedentes ou as tratativas da lei, mas não tanto na vontade objetiva desse diploma legal. Ou seja,* ***atentou bem mais para os precedentes do que para a lei em si****...*
>
> *"Mas eu entendo que, no caso, as tratativas ou precedentes devem ser considerados secundariamente, porque* ***o chamado 'método histórico de interpretação', em rigor, não é um método. É um paramétodo de interpretação jurídica, porque a ele só se deve recorrer quando subsiste alguma dúvida de intelecção quanto à vontade normativa do texto interpretado.*** *Vontade normativa não revelada pelos quatro métodos tradicionais a que o operador jurídico recorre: o método literal, o lógico, o teleológico e o sistemático. Ou seja****, o método histórico não é para afastar a priori qualquer dúvida; não é para antecipadamente afastar dúvida de interpretação. É para tirar dúvida por acaso remanescente da aplicação dos outros métodos de interpretação.****"* (Idem, *ibidem,* p. 136-137)

Nessa toada, o ministro afirma estar seguindo um método hegeliano, ainda que não detalhe do que se trata: um método *"não de análise de fatos históricos linearmente, mas de compreensão histórica dos fatos, que é outra categoria, é outra postura interpretativa."* (p. 140) Ainda:

> *"O que interessa é a vontade objetiva da lei, não é a vontade subjetiva do legislador. (...) A*

> *vontade subjetiva do legislador derramada numa folha de papel chamada lei se transforma numa vontade objetiva, autônoma, própria, desgarrada da subjetiva vontade de quem a fez."* (Idem, *ibidem,* p. 140-141)

Buscando simplesmente *"ler a Lei"* (p. 141), o Ministro Ayres Britto nega o caráter amplo, geral e irrestrito da Lei da Anistia, e dá parcial provimento à ADPF, concedendo interpretação conforme que impeça de abrigar na anistia os crimes previstos no art. 5º, XLIII da CF/88. Perfeito enquadramento da interpretação nas quadras do positivismo presentista.

3.3.5. Min. Ellen Gracie Northfleet

Em breve voto, a Min. Ellen Gracie conhece a ADPF e a julga improcedente, seguindo integralmente o relator. Ela menciona brevemente o contexto de 1979, de transição para a democracia, com necessárias concessões recíprocas. Reproduz inclusive trecho do relator em que ele afirma que é a realidade histórico-social de 1979 que deve guiar a interpretação da Lei 6.683/79. Porém, não se alonga em considerações de cunho hermenêutico.

3.3.6. Min. Gilmar Ferreira Mendes

O ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator, votando pelo conhecimento e, no mérito, pela total improcedência da ADPF. Para o Ministro, não haveria na verdade pedido de interpretação conforme, mas pedido de declaração de não-recepção de um sentido normativo, o que tecnicamente configuraria um pedido de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Passando em revista a questão da definição dos crimes políticos e a peculiaridade do movimento que levou à anistia e à democratização – com muitas referências ao contexto de 1977-1979 –, o Ministro Gilmar Mendes

enfatiza a situação histórica concreta do momento de edição da Lei da Anistia:

> *"Assim, observo, neste ponto, que é necessário atentar-se para a natureza pactual da Carta Constitucional de 1988, e verificar-se a amplitude dos compromissos políticos firmados por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou a Constituição ora vigente."* (Idem, *ibidem,* p. 237)

A anistia foi ampla e geral, enfatiza o ministro citando mais uma vez o parecer de Sepúlveda Pertence, no contexto da *"época das discussões legislativas"* (Idem, *ibidem,* p. 243), bem como o discurso do então Senador Paulo Brossard, em 1981 (Idem, *ibidem,* p. 249). Não há, entretanto, considerações sobre a interpretação histórica especificamente.

3.3.7. Min. Marco Aurélio Mello

Não conheceu da ADPF, mas, vencido nas preliminares, acompanhou o Ministro Eros Grau, sem referências específicas ao problema da interpretação histórica.

3.3.8. Min. José Celso de Mello Filho

O ministro Celso de Mello votou pelo conhecimento do pedido e, no mérito, pela sua improcedência.

Reconstruindo o contexto do fim da ditadura, em que *"o objetivo da proposta submetida a amplo debate nacional era, sem qualquer dúvida, o de beneficiar tanto os adversários do regime castrense quanto os agentes incumbidos da repressão"* (Idem, *ibidem,* p. 175), faz-se valer, mais uma vez no julgamento, do já muitas vezes citado parecer de Sepúlveda Pertence, pertencente àquele contexto, para, na sequência, emendar uma discussão sobre o problema da interpretação histórica dos textos normativos.

Nesse ponto, embora não esmiúce o lugar que deve ocupar especificamente a interpretação histórica, o Ministro argumenta que, sem que deva ser tido por preponderante, o método é útil:

> *"É certo que se mostra relativo, sob a perspectiva da interpretação jurídica, o método hermenêutico que se apoia no exame dos debates parlamentares.*
>
> *"Na realidade,* ***o argumento histórico****, no processo de interpretação, não se reveste de natureza absoluta nem traduz fator preponderante na definição do sentido e do alcance das cláusulas inscritas no texto da Constituição e das leis.*
>
> *"Esse método hermenêutico, contudo, qualifica-se como* ***expressivo elemento de útil indagação das circunstâncias que motivaram a elaboração de determinado texto normativo inscrito na Constituição ou nas leis****, permitindo o conhecimento das razões que levaram o legislador a acolher ou a rejeitar as propostas submetidas ao exame do Poder Legislativo...*
>
> *"Daí a importância, para fins de exegese, da análise dos* ***debates parlamentares, cujo conhecimento poderá orientar o julgador no processo de interpretação jurídica****, ainda que esse critério hermenêutico não ostente, como já acentuado, valor preponderante nem represente fator que vincule o juiz no desempenho de suas funções."* (Idem, *ibidem,* p. 177-178)

Segue, por isso, a transcrever manifestações de época, notadamente discurso de 1981 do então senador Paulo Brossard, enfatizando o caráter bilateral da anistia.

Ademais, a anistia, caso revista, afrontaria a irretroatividade da lei penal mais gravosa.

3.3.9. Min. Cezar Peluso

O Min. Peluso busca, em primeiro lugar, entender o que a Lei da Anistia compreende por crimes conexos, afastando a leitura, baseada na dogmática penalista, de que se trataria de uso impróprio de um conceito técnico, buscando, antes, entender qual o sentido da noção para a lei. Tratar-se-ia de crimes de qualquer ordem, visando justamente uma larga abrangência.

Apenas ao fim do voto, fazendo referência ao voto do relator, o ministro Peluso fala da Lei da Anistia como um acordo nascido dentro de determinado contexto histórico. Não há discussão específica sobre a interpretação histórica.

3.4. Perspectivas

Com o pano de fundo criado pelo embate entre, de um lado, a petição inicial e, de outro, os pareceres da AGU e da PGR, o problema da interpretação histórica ganhou relevo nos votos dos ministros. Como visto, a AGU e a PGR defenderam que a lei deveria ser interpretada a partir de seu contexto, como peça chave na transição para a democracia. Não que a inicial desconsiderasse o contexo histórico de nascimento da lei – ao contrário! –, mas buscou caracterizá-lo como negociação desvestida de legitimidade.

Nos votos, a posição minoritária foi aquela que dispensou a importância do argumento histórico para o caso concreto e, mais genericamente, para a interpretação jurídica de forma geral. Foi a visão externada pelos ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto, ainda

que este último tenha se expressado com nuances que merecem maior consideração no contexto deste estudo. Esses dois votos, em suas linhas gerais, reafirmam, no entanto, a visão formalista – e presentista – do ordenamento jurídico derivado apenas do vértice constitucional.

Embora muitos ministros tenham destacado que era importante resgatar o contexto da lei, seja porque o afirmaram explicitamente, seja porque simplesmente o fizeram (Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Marco Aurélio Mello), é preciso destacar as posições dos ministros Eros Grau e Cármen Lúcia, que indicam que o uso da interpretação histórica neste contexto é especial. A ministra não detalha o porquê dessa especificidade, enquanto o ministro aponta que, no caso de leis apenas em sentido formal, que funcionam como verdadeiros atos administrativos, é o contexto de edição da lei que deve guiar a interpretação do texto normativo, o contrário valendo para as leis em sentido material, dotadas de generalidade e abstração. Não nos afastamos aqui tampouco da visão formalista; apenas, ao levar em consideração o plano da eficácia da lei, verifica-se que a validade dependia do contexto jurídico-social da época.

O texto normativo aparece como limite claro à interpretação conforme para o ministro Eros Grau, no mesmo sentido que, na ADPF 53, a literalidade do texto – lá, em conjunto com a manifesta vontade do legislador – fora invocada, pela PGR e confirmada em diferentes votos, como limite para esse tipo de interpretação.

Restam dois votos intrigantes por apontarem para a relevância, maior ou menor, da interpretação histórica, em termos genéricos, ainda que de forma que não seja fácil extrair um modelo interpretativo. Assim, o ministro Celso de Mello destaca a utilidade do método histórico para a interpretação jurídica, podendo auxiliar o julgador, mas sem que fique claro como isso se dará ou se articulará com o conjunto do empreendimento interpretativo.

Já o ministro Ayres Britto propõe um modelo, a princípio desfavorável para a interpretação histórica, tida como um "paramétodo", mas que ao menos lhe atribui um lugar claro. Esgotados os modelos centrados na objetividade do texto da lei (métodos literal, lógico, teleológico e

sistemático), caso subsitam dúvidas, poder-se-á lançar mão do método histórico, recorrendo à "vontade do legislador" para dirimir tais dúvidas em um momento posterior, mas nunca no princípio da argumentação.

Aí pareceria se esgotar, com um caráter nitidamente subsidiário, o papel da argumentação histórica. No entanto, o ministro acaba por definir seu método como histórico em outro sentido, que alega ser hegeliano. Transcrevemos novamente: *"não de análise de fatos históricos linearmente, mas de compreensão histórica dos fatos, que é outra categoria, é outra postura interpretativa."* (Idem, *ibidem,* p. 140) Seria interessante verificar a consistência dessa afirmação, para averiguar se se trata efetivamente da possibilidade de um método de interpretação histórico em outro sentido que não o da reconstrução do contexto histórico da época da edição da lei para a interpretação do texto normativo.

De modo geral, é de se notar que, talvez pela grande repercussão do caso, em nenhum dos votos, o problema interpretativo se discute apenas em função da validade do texto normativo. Ele sempre aparece estritamente ligado – como se dele dependesse – à legitimidade do texto normativo. É nesse sentido que a maior parte das circunstâncias fáticas de época são invocadas.

4. ADPF 130: uma lei purificada pela prática

4.1. Síntese

A ADPF 130 foi proposta, em 2008, pelo PDT contra a Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), com o objetivo de declará-la inteiramente não-recepcionada pela Constituição de 1988 ou, subsidiariamente, de declarar alguns dispositivos não-recepcionados e dar aos demais interpretação conforme à Constituição.

Sob relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, a ADPF foi julgada, por maioria, procedente, declarando-se a Lei de Imprensa não-recepcionada *in totum*, vencidos os ministros Marco Aurélio Mello, que votou no sentido da total improcedência da ADPF, e Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, que votaram no sentido de sua procedência parcial, declarando apenas alguns dispositivos não recepcionados.

4.2. A petição inicial, o parecer da AGU e o parecer da PGR

4.2.1. A petição inicial

Na petição inicial, subscrita por Miro Teixeira e Ernesto Villa-Verde Filho, em 19/02/2008, argumentava-se que a Lei de Imprensa feriria os preceitos fundamentais contidos no art. 5º, incisos IV (manifestação do pensamento), V (direito de resposta), IX (liberdade de expressão), X (inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem), XIII (liberdade do exercício profissional) e XIV (acesso à informação) da CF/88, bem como em seus arts. 220 a 223 (liberdade de comunicação).

Do ponto de vista que aqui nos interessa, cabe destacar que o contexto histórico de edição da lei questionada assume grande relevância, pois ele denotaria a falta de legitimidade de tal diploma frente ao atual Estado Democrático de Direito:

> *"A vetusta Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, imposta à sociedade brasileira pela ditadura militar, contém dispositivos totalmente incompatíveis com o Estado Democrático de*

> *Direito inaugurado em 5 de outubro de 1988 ou que demandam seja fixada pelo STF interpretação conforme a nova ordem constitucional."* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. Publicado no DJE de 06/11/2009. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504 Acessado em 10/09/2015, p. 13)

Assim, a lei, embora se apresente à consideração em função de sua suposta incompatibilidade com o atual regime, guarda um vínculo com os seus propósitos originários, de modo a levantar, do ponto de vista da falta de legitimidade, a subsistência da vontade do legislador no texto normativo promulgado:

> *"A **insubsistência** das disposições ora impugnadas sobressai não só **porque produzidas durante o regime autoritário** (aspecto temporal), mas sobretudo por terem sido **instrumentos legislativos destinados à manutenção desse mesmo regime**, valendo-se da truculenta restrição à liberdade de comunicação (aspecto material)."* (Idem, *ibidem,* p. 13)

Levanta-se, assim – questão que será trabalhada ao longo de diferentes votos – o problema de saber se a incompatibilidade da lei pré-constitucional depende apenas do conteúdo objetivo da lei ou de uma falta de legitimidade originária entrelaçada com uma vontade legislativa (*mens legislatoris*) viciada.

4.2.2. O parecer da AGU

Em parecer datado de 09/06/2008, após aduzir que o pedido formulado na inicial é genérico, por não ter indicado e fundamentado a impugnação de cada dispositivo da lei, a AGU defende que, não sendo a liberdade de imprensa direito absoluto, não se deve afastar toda norma que limite o seu exercício.

Para os propósitos deste trabalho, dois argumentos são de primordial importância, embora potencialmente conflitivos entre si. O primeiro é o de que o parâmetro de análise é a Constituição de 1988:

> *"Por isso, a Lei de Imprensa deve ser interpretada e aplicada em consonância com os princípios e regras previstos no texto constitucional de 1988, sob pena de serem declaradas revogadas as suas disposições legais que contrariem as normas da Carta Magna."* (Idem, *ibidem,* p. 321)

O segundo, levantado indiretamente ao tratar especificamente dos arts. 20, 21 e 22 da Lei de Imprensa, é o de que, mesmo assim, haja relevância da vontade do legislador:

> *"Na verdade,* ***a intenção do legislador****, a tratar de forma específica os crimes contra a honra, praticados por meio da imprensa, foi dar ao Estado o poder de impor sanções mais severas àqueles que praticam esses delitos, uma vez que a violação ao referido bem jurídico através da imprensa tem um alcance e efeitos mais amplos que potencializam o dano acarretado à vítima."* (Idem, *ibidem,* p. 341)

4.2.3. O parecer da PGR

A PGR, em manifestação de 16/12/2008, criticando também o pedido genérico do arguinte, milita pela procedência parcial do pedido, no sentido

da revogação de certos dispositivos, conferindo a outros interpretação conforme à CF/88. No cerne da análise empreendida no parecer está a ideia de que se deve atingir uma harmonia entre as autonomias pública (liberdade de impresa) e privada (direitos de personalidade).

Nesse sentido, a PGR entende que é possível ler a Lei de Imprensa segundo perspectivas distintas, dentro do ordenamento jurídico próprio à CF/67, de um lado, e dentro daquele próprio à CF/88, de outro:

> *"Dessa forma, a Lei de Imprensa pode ser lida como: (i) um fluxo sutil de limitação do exercício do poder popular, como nos contornos próprios do ordenamento jurídico anterior (CF/67), ou (ii) um catalisador dos anseios populares por informação responsável, em respeito à intimidade, capaz de fomentar o exercício efetivo da cidadania (art. 1º, parágrafo único, CF/1988)."* (Idem, *ibidem,* p. 664-665)

Essa afirmação nos interessa de perto na medida em que ela indica uma possibilidade de leitura sistemática ou teleológica da Lei de Imprensa, em que o sistema é o definido pela Constituição, e em que o *télos* é a realização dos desígnios esculpidos em cada diploma constitucional. Interpretação plenamente compatível com uma visão kelseniana em que as normas retiram seu fundamento de validade da Constituição. A *mens legislatoris*, seja em sua dimensão negativa (como na petição inicial), seja naquilo que dela pode subsistir (como na manifestação da AGU) some assim de vista.

4.3. Os votos

4.3.1. Min. Carlos Ayres Britto

Em um voto que destaca a importância da imprensa ao ponto de entender que ela é inteiramente livre e que, neste caso, não cabe qualquer ponderação de princípios nos moldes das propostas teóricas de Dworkin e

Alexy (p. 61), o Min. Ayres Britto vota pelo conhecimento e pela total procedência do pedido, declarando não recepcionada toda a Lei 5.250/67. Não caberia, sob a égide da CF/88 qualquer regulação infraconstitucional que limitasse a plena liberdade de imprensa.

Ao fazê-lo, para os fins deste estudo, importa ressaltar, em primeiro lugar, que o ministro esposa a tese da petição inicial, para entender relevante o contexto histórico em que foi gestada, incluindo-se aí a intenção que lhe deu origem:

> *"A atual Lei de Imprensa foi **concebida** e promulgada num prolongado período autoritário da nossa história de Estado soberano, conhecido como 'anos de chumbo' ou 'regime de exceção' (...) Regime de exceção escancarado ou vistosamente inconciliável com os arejados cômodos da democracia afinal resgatada e orgulhosamente proclamada na Constituição de 1988.*
>
> *"(...)*
>
> *"[Q]uanto ao seu spiritus rectus ou fio condutor do **propósito último** de ir além de um simples **projeto** de governo para alcançar a realização de um **projeto** de poder..."* (Idem, *ibidem,* p. 70)

Há, portanto, relevância da *mens legislatoris* em sentido negativo, como se um propósito supostamente espúrio já lhe retirasse, *ab initio*, legitimidade e, *a posteriori*, qualquer possibilidade de validade.

Em segundo lugar, como decorrência do primeiro argumento, verifica-se que a tese da interpretação conforme é rechaçada para o caso específico, pois a projeção do propósito espúrio impede a descontaminação da lei sem a intervenção de um ato propriamente legislativo (de um ato de vontade, poder-se-ia cogitar):

> *"... a técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria."* (Idem, *ibidem,* p. 74)

Nesse sentido – é o terceiro ponto e último ponto que gostaríamos de destacar nesse voto – é recheçado justamente o tipo de leitura que se intuía no parecer da PGR, em que os métodos interpretativos sistemático e teleológico permitiriam a ressignificação do conjunto do diploma legal. Para o ministro, que rechaça, como visto, a possibilidade de interpretação conforme no caso:

> *"... deixam de ter prestiosidade dois métodos de interpretação jurídica: a) o método teleológico, sabido que* ***não se muda, a golpes de interpretação, o telos ou a finalidade da norma interpretada****; b) o método sistemático, dada a impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei Federal nº 5.250/67) que foi* ***ideologicamente concebida e maquinadamente escrita*** *para operar em bloco. Urdida e concretamente redigida* ***sob os auspícios do pensar maquiavélico*** *de que o bem deve ser feito aos poucos, enquanto o mal, de uma só vez."* (Idem, *ibidem,* p. 75-76)

Como se vê, a negação da possibilidade de se proceder a uma leitura sistemática e/ou teleológica está ligada a uma espécie de interpretação histórica às avessas: havendo um defeito de vontade *ab origine*, a lei não se convalida sistematicamente ou teleologicamente de acordo com o (novo) ordenamento jurídico, mas carrega consigo a subjetividade do ordenamento pretérito.

4.3.2. Min. Carlos Alberto Menezes Direito

Em voto que segue, no resultado, o do relator, o Ministro Menezes Direito introduz no entanto uma diversa fundamentação, calcada na premissa de que a ponderação é necessária, não sendo a liberdade de imprensa um direito absoluto.

Apenas em breve passagem, no entanto, percebe-se que, na esteira do Ministro Ayres Britto, a Lei de Imprensa teria um insanável vício de origem:

> *"Considerando que a atual Lei de Imprensa nasceu com* ***inspiração*** *incompatível com o princípio constitucional da liberdade de imprensa..."* (Idem, *ibidem,* p. 94)

4.3.3. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha

Votando também segundo o relator, a Ministra Cármen Lúcia compartilha da visão do vício de origem de natureza volitiva:

> *"Fruto de período autoritário, a Lei 5.250/67 – ela toda em sua concepção articulada nas normas que a compõem – obedeceu a parâmetros que não mais se compõem com o sistema constitucional vigente, graças a Deus, agora democrático. As expressões mesmas que se contém em seus dispositivos esclarecem o* ***intento*** *de se instituir a inquisição da palavra escrita e falada como palavra publicada."* (Idem, *ibidem,* p. 301)

4.3.4. Min. Enrique Ricardo Lewandowski

Na mesma linha – acompanhando o voto do relator para conhecer e dar integral provimento ao pedido do arguente – vota o Ministro Ricardo

Lewandowski, novamente valendo-se do argumento volitivo sob um prisma negativo:

> *"... a Lei 5.250/67 foi editada num período autoritário, cujo* ***objetivo*** *– evidentemente não declarado – foi o de cercear ao máximo a liberdade de expressão,* ***com vistas a*** *perpetuar o regime autoritário que vigorava no País.*
>
> *"Cuida-se, hoje, à evidência, de um diploma legal que se mostra totalmente incompatível com os valores e princípios fundamentais abrogados (dic) Constituição de 1988."* (Idem, *ibidem,* p. 101)

4.3.5. Min. Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa inaugura a divergência na ADPF 130, julgando apenas parcialmente procedente o pedido, preservando partes da Lei de Imprensa. Para o ministro, é importante uma imprensa livre, mas a imprensa livre também tem de ser, à luz da CF/88, plural e diversa e impeditiva à concentração dos meios de comunicação.

O ministro não trata de forma expressa dos problemas que aqui nos ocupam.

4.3.6. Min. Cezar Peluso

Embora concorde com o relator para extirpar o conjunto da Lei de Imprensa do ordenamento jurídico, o Ministro Peluso admite que o Congresso Nacional pode editar uma lei de imprensa, e que portanto não há vedação constitucional a qualquer interferência legislativa nesse campo.

O voto é breve e não se alonga em problemas interpretativos.

4.3.7. Min. Ellen Gracie Northfleet

A Ministra Ellen Gracie acompanha a divergência aberta pelo Ministro Joaquim Barbosa, não vendo possibilidade de completa blindagem legislativa à liberdade de imprensa.

Tampouco aqui há desenvolvimentos de ordem interpretativa.

4.3.8. Min. Marco Aurélio Mello

O Ministro Marco Aurélio diverge do voto do relator, mas também daqueles dos Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, defendendo a total improcedência do pedido. É importante acompanhar os seus argumentos para entender o que eles podem significar para o problema tratado neste trabalho.

Em primeiro lugar, o ministro entende que declarar a incompatibilidade da lei introduziria um vácuo normativo e permitiria que as situações concretas fossem decididas por meio de atos de vontade dos juízes:

> *"passaremos a ter, nos conflitos de interesse, o critério de plantão estabelecido pelo julgador, a partir de um ato de vontade – o ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica."* (Idem, *ibidem,* p. 134)

Em segundo lugar – ponto extremamente relevante para esta investigação –, o ministro entende que a Lei de Imprensa, já após vários anos de vigência da CF/88, foi sendo corrigida concretamente na prática do Judiciário:

> *"Poderíamos dizer que existe hoje,* ***em termos de eficácia****, em termos de concretude, uma lei purificada pelo crivo equidistante, como o voto de um colega demonstrou nesta assentada, do próprio Judiciário..."* (Idem, *ibidem,* p. 135)

Essa ideia é interessante porque ela indica o próprio processo histórico de transformação de um texto normativo, dadas as sucessivas interpretações que resultaram em concreções normativas distintas daquelas originalmente previstas. Como em outros votos do ministro analisados neste trabalho, existe uma abertura justamente para uma intepretação de transformação sucessiva, mais do que em função de fortes rupturas.

Não é desvestido de interesse que o ministro se valha de um argumento calcado em sua "eficácia." Há aqui a possibilidade de uma ruptura da cadeia que subordina a eficácia à validade. A eficácia produziria transformações no seio de uma sociedade policêntrica em que se gestam, autonomamente, novos pólos de legitimidade, validade e eficácia.

Em terceiro lugar, finalmente, o ministro questiona os limites supostamente bem estabelecidos entre a ordem constitucional pretérita e a atual, como se a primeira devesse ser vista sob uma óptica necessariamente negativa, e a segunda, positiva. Mais que isso, ao fazê-lo, o ministro implicitamente permite que se questione se de fato a mudança de Constituição é o único fato gerador de validade ou de invalidade das normas, como no esquema kelseniano:

> *"há a síndrome da ditadura militar. Volta-se aos idos imediatamente anteriores a 1988, quando se sentiu necessidade de transportar para a Lei Maior do País preceitos que poderiam estar muito bem na legislação ordinária."* (Idem, *ibidem,* p. 138)
>
> *"não podemos,* ***só porque veio à balha a Carta Cidadã****, simplesmente apagar toda a legislação pretérita, principalmente aquela que adveio no período subsequente a março de 1964."* (Idem, *ibidem,* p. 139)
>
> *"Não posso, de forma alguma, proceder a partir de um ranço, a partir de um pressuposto de que essa lei foi editada pelo Congresso Nacional, em regime que aponto não como de chumbo, mas*

> *como de exceção, considerado o essencialmente democrático."* (Idem, *ibidem,* p. 143)

Nesses termos, do ponto de vista da interpretação jurídica, descortina-se a possibilidade de não tratar apenas de grandes rupturas ou grandes sistemas, mas antes de construções paulatinas, passíveis de serem afetadas menos por grandes momentos do que por práticas reiteradas, que se reorientam com o passar do tempo. Modelo de construção dinâmica e policêntrica do ordenamento jurídico.

4.3.9. Min. José Celso de Mello Filho

O Ministro Celso de Mello seguiu o relator, conhecendo e julgando o pedido inteiramente procedente, para declarar a totalidade da lei 5.250/67 não recepcionada pela ordem constitucional de 1988.

Do ponto de vista que aqui nos interessa, cumpre notar a vista larga aberta pelo ministro sobre a evolução histórica da liberdade jornalística, o que, com conclusões bastante diversas daquelas a que chegou o Ministro Marco Aurélio, permite inserir a interpretação jurídica em um devir histórico que não é simplesmente cindido pela superveniência de uma nova Constituição:

> *"Com a superveniência da Constituição de 1988,* ***intensificou-se, ainda mais****, o sentido tutelar dessa especial proteção jurídica..."* (Idem, *ibidem,* p. 180)
>
> *"a liberdade de informação jornalística...* ***em seu processo de evolução histórica****..."* (Idem, *ibidem,* p. 182)

4.3.10. Min. Gilmar Ferreira Mendes

Na linha da divergência aberta pelo Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Gilmar Mendes, embora conheça da ADPF 130, irá declará-la

apenas parcialmente procedente – embora tendo em vista a manutenção de outros artigos da Lei de Imprensa.

Interessa apontar, em seu voto, uma afinidade com a exposição realizada pelo Ministro Marco Aurélio Mello.

Partindo da premissa – também compartilhada pelo Ministro Celso de Mello, como visto – de que a conformação da liberdade de imprensa é um processo histórico contínuo, o ministro vê a ordem constitucional de 1988 como uma etapa desse processo, assim como vê o processo continuar a se desenrolar sob sua égide:

> *"No Brasil, como não poderia deixar de ser, o permanente aprendizado da democracia, em constante evolução positiva desde o advento do regime constitucional instaurado pela Constituição de 1988, sempre foi indissociável da incessante busca por uma imprensa de fato livre."* (Idem, *ibidem,* p. 208)
>
> *"Sob todas essas ordens constitucionais [anteriores a 1988], o legislador tratou de regular o tema da imprensa, sempre com algum intuito de controlar e, dessa forma, de censurar a atividade dos meios de comunicação."* (Idem, *ibidem,* p. 250)

Dessa premissa, o Ministro Gilmar Mendes retira a mesma conclusão que o Ministro Marco Aurélio, a de que a prática concreta dos tribunais vai depurando a Lei de Imprensa no cotidiano de suas decisões, e que não cabe abrogá-la de modo a criar um vácuo normativo:

> *"É preciso ponderar, por outro lado, que a lei nº 5.250/67 há muito vem sendo objeto de depuração..."* (Idem, *ibidem,* p. 252)

4.4. Perspectivas

A partir de pontos-de-vista delineados na petição inicial e nas manifestações da AGU e da PGR, delinearam-se fundamentalmente dois posicionamentos nos votos dos ministros, além de um terceiro que não encontra paralelo naqueles textos.

O primeiro posicionamento é aquele que, seguindo a petição inicial, concede uma surpreendente relevância às intenções do legislador que editou a Lei de Imprensa, vistas como intenções marcadamente negativas, porque antidemocráticas, e impossíveis de serem extirpadas pela não-recepção parcial de dispositivos da lei e pela interpretação conforme dos demais. Essa visão foi majoritária na Corte, contando com os votos dos ministros Ayres Britto, Menezes Direito, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Essa visão, conforme visto na ADPF 153, vincula intimamente validade e legitimidade, afastando-se, já aí, do modelo kelseniano.

O segundo posicionamento é aquele, mais afinado com o parecer da PGR, segundo o qual a nova ordem constitucional serve ela mesma como uma nova estrutura para o sistema, dotado de um novo *télos*, de forma a permitir que a Lei de Imprensa seja desprendida de qualquer intencionalidade e se amolde, com a supressão de certos dispositivos e a interpretação conforme de outros, a esse novo sistema jurídico. É a visão dos ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Aqui temos expressão mais próxima do modelo kelseniano.

Por fim, um terceiro posicionamento, claramente delineado pelos ministros Marco Aurélio Mello e Gilmar Mendes, é mais original, até por não ser derivado da inicial e das manifestações da AGU e da PGR. Para essa visão, o processo de evolução normativa é contínuo, e não apenas ditado por rupturas derivadas do advento de uma nova Constituição. Ele não se dá apenas por atos solenes pontuais, mas por um trabalho contínuo de ressignificação dos textos normativos, operado pela prática cotidiana, majoritariamente, ao menos na visão do Ministro Marco Aurélio, pela prática dos tribunais. Aqui é o próprio foco de validade que vai sendo diluído nos termos de uma sociedade mais complexa.

5. ADPF 187: o ordenamento aberto

5.1. Síntese

A ADPF 187 foi ajuizada pela PGR contra a Presidência da República com o objetivo de obter interpretação conforme do art. 287 do Código Penal, de modo a impedir que fossem criminalizados os participantes de marchas ou passeatas favoráveis à descriminalização das drogas.

A ADPF foi unanimemente julgada procedente em 15/06/2011, por oito votos a zero.

5.2. A petição inicial e as manifestações da Presidência e da AGU

5.2.1. A petição inicial

Em sua petição inicial, conforme dito, a PGR pedia interpretação conforme do art. 287 do Código Penal. Seriam preceitos violados a liberdade de expressão (CF/88, arts. 5º, IV e IX e 220) e a liberdade de reunião (art. 5º, XVI). O ato do poder público lesivo aos preceitos indicados seriam as várias decisões, em diferentes estados, que proibiram a "Marcha da Maconha", em 2008. Nesses termos, a PGR formula o seu pedido:

> *"O constituinte brasileiro chegou a ser redundante, ao garantir a liberdade de expressão em múltiplos dispositivos (art. 5º, IV e IX e 220, CF), rejeitando peremptoriamente toda forma de censura. Esta insistência não foi gratuita. Por um lado, ela é uma resposta a um passado de desrespeito a esta liberdade pública fundamental, em que a censura campeava e pessoas eram perseguidas por suas ideias. Por outro, ela revela o destaque que tal direito passa a ter em nossa ordem constitucional."* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF. Relator: MELLO, Celso de.

> Publicado no DJE de 29/01/2014, Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195 Acessado em 21-10-2015, p. 9-10)

5.2.2. A manifestação da Presidência da República

Ao prestar informações, a Presidência reproduz largamente parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça. Do ponto de vista que aqui nos interessa, esse parecer insiste na excepcionalidade da interpretação conforme. Esse método encontra limites muito claros, dentre outros, na intenção do legislador:

> *"Isto porque o artigo não dá qualquer margem a este tipo de interpretação, uma vez que caso se busque excluir as manifestações pela legalização do uso de drogas da incidência do art. 287 do Código Penal, estar-se-á a* ***contrariar o sentido que o legislador buscou conferir à norma*** *incriminadora em questão."* (Idem, *ibidem,* p. 103)
>
> *"No caso em questão, como dito não sobra margem de interpretação para alcançar o que pretende o Ministério Público Federal.* ***Qualquer exegese que se busque contraria o sentido que o legislador buscou dar à norma****, motivo pelo qual não há como realizar interpretação conforme a Constituição para desconfigurar o delito de apologia de crime no que tange às manifestações pela legalização do uso de drogas."* (Idem, *ibidem,* p. 104)

5.2.3. A manifestação da AGU

Em sua manifestação, a AGU pugna pelo não conhecimento da ADPF porque é impossível a intepretação de que o art. 287 se aplica ao caso das manifestações em questão, tendo em vista que exaltar um fato criminoso é em tudo distinto de simplesmente emitir uma opinião. Pugna, no mérito, pela improcedência, pois a liberdade de expressão não é um direito absoluto, e as condutas devem ser analisadas caso a caso.

5.3. Os votos

5.3.1. Min. José Celso de Mello Filho

Em um alentado e complexo voto, o ministro Celso de Mello rejeitou a preliminar de não-conhecimento de que o dispositivo não ensejaria múltiplas possibilidades interpretativas e, no mérito, votou pela integral procedência da ADPF.

Como em outros votos analisados neste trabalho, um traço essencial da argumentação jurídica de Celso de Mello é a adoção de uma perspectiva temporal ampla na análise dos direitos discutidos. Assim, a superveniência da Constituição de 1988 aparece como mais um passo dentro de um processo bastante mais amplo:

> *"Torna-se extremamente importante reconhecer, desde logo, que,* ***sob a égide da vigente Constituição da República, intensificou-se****, em face de seu inquestionável sentido de fundamentalidade, a liberdade de manifestação do pensamento."* (Idem, *ibidem,* p. 104)
>
> *"Essa repulsa constitucional bem traduziu* ***o compromisso da Assembleia Nacional Constituinte de dar expansão*** *às liberdades do pensamento."* (Idem, *ibidem,* p. 105)

Diga-se passagem que o ministro alude ao Código Penal de 1890, o primeiro diploma repressivo republicano, lembrando que ele criminalizava a

capoeiragem em público. A ideia é a de que, não fossem vozes virem a público contra a existência do tipo penal, como o ministro Gustavo Capanema, nunca se teria superado esse estágio do direito penal.

5.3.2. Min. Luiz Fux

Embora fixe alguns parâmetros para a realização das marchas, o ministro Fux vota pela integral procedência do pedido, na esteira do voto do relator. Não incursiona, no entanto, no problema da interpretação.

5.3.3. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha

A ministra Cármen Lúcia segue integralmente o voto do relator, quer quanto às preliminares, quer quanto ao mérito.

No entanto, em sua fundamentação, promove uma reflexão de maior importância para este trabalho e bastante pertinente para o tema desta ADPF. Para a ministra, as manifestações de rua têm um potencial efetivamente construtivo para o ordenamento jurídico, impelindo as transformações e levando-se as decisões sobre o que *"vai ser mantido como direito ou ser um dado transformador do direito."* (Idem, *ibidem,* p. 161) Esse problema já fora de certo modo tratado no voto do ministro Celso de Mello, mas aqui se trata de um discurso mais abstrato, mais conceitual:

> *"O art. 1º da Constituição afirma a República Federativa do Brasil, e não apenas o Estado de Direito, mas, como resultado das lutas da década de 70 e da década de 80, um Estado Democrático de Direito. Ou seja,* ***o direito não é um ordenamento fechado, mas, pela nossa Constituição, é uma construção permanente,*** *as pessoas podem e devem discutir o que é justo em determinado momento e buscar transformar esse justo, esse ideal de justiça, em normas*

> *jurídicas para que se ponha à observância obrigatória de todos."* (Idem, *ibidem,* p. 159-160)

5.3.4. Min. Enrique Ricardo Lewandowski

O ministro Lewandowski vota, nas preliminares e no mérito, como o relator, e não tece desenvolvimentos pertinentes ao tema aqui em exame.

5.3.5. Min. Carlos Ayres Britto

Também o ministro Ayres Britto segue – com muitos elogios – integralmente o voto do relator.

Embora não haja efetivamente desenvolvimentos pertinentes à temática deste trabalho, cumpre registrar trecho em que o ministro compara a ordem constitucional de 1988 àquela de 1967/69, ecoando uma tópica já constatada em outros votos de sua autoria:

> *"Dei-me o trabalho de consultar a Constituição de 1967 apenas, com a Emenda de 69, porque é uma Constituição de viés autoritário. É praticamente a mesma coisa, não há proibição, não há limitação, não há restrição. O direito de reunião já era amplamente concebido nessa ordem constitucional vencida, ultrapassada."* (Idem, *ibidem,* p. 179)

5.3.6. Min. Ellen Gracie Northfleet

Em brevíssimo voto, a ministra Ellen Gracie segue integralmente o relator, sem desenvolver uma argumentação própria.

5.3.7. Min. Marco Aurélio Mello

Embora também siga o relator nas preliminares e no mérito, o ministro Marco Aurélio introduz uma fundamentação que é muito relevante para o presente trabalho. Ele parte de constatações feitas pelo ministro Celso de Mello e tratadas de modo mais conceitual, como vimos, pela ministra Cármen Lúcia, para afirmar que o direito é construído na praxis cotidiana.

Baseando-se, como em outros votos já analisados, em Jürgen Habermas, propõe o ministro:

> *"[N]as sociedades contemporâneas, os indivíduos discordam veementemente sobre um leque variado de assuntos. Nesse 'mosaico cultural' que são as sociedades de hoje,* ***a legitimidade das normas jurídicas só pode ser extraída do processo de autolegislação levado a efeito pelos próprios cidadãos.*** *Esta é a concepção política de Habermas: primazia do processo democrático na construção de um direito legítimo, porque não a mais como recorrer a verdades apriorísticas."* (p. 187)

O provimento da ADPF não é, assim, fundamentado em um complexo normativo cujo vértice de validade seja ditado pela Constituição de 1988, mas antes baseado em um processo social difuso, como se a validade se extraísse da base, onde se encontra a legitimidade, e não do vértice imaginário. Nesse sentido, vê-se qua tal concepção implica a ideia de um modelo democrático que não é o da democracia representativa clássica, mas antes o da democracia participativa ou deliberativa. É o próprio ministro que, na sequência, aduz:

> *"Somente com tal garantia o Direito será protegido de forma legítima. Esse é o pressuposto da* ***democracia deliberativa****..."* (Idem, *ibidem,* p. 187)

De modo também original, no panorama de votos colhidos nesse julgamento, o ministro Marco Aurélio também afasta a submissão do art. 287 à Constituição de 1988, por assim dizer, a partir do alto, pois o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 13, 5, teria derrogado o art. 287 do Código Penal de modo que se deva entender que apenas as condutas previstas no tratado podem ser tidas por crime nos termos daquele artigo do Código Penal. Assim:

> *"O artigo 287 do Código Penal atua exatamente nesse espaço constitucionalmente protegido, mas não é preciso declarar a não recepção do preceito pela Carta Federal de 1988. Há uma baliza segura para a aplicação da norma."* (Idem, *ibidem,* p. 190)

5.3.8. Min. Cezar Peluso

Em voto breve, sem adentrar nos problemas interpretativos de que aqui nos ocupamos, o ministro Cezar Peluso segue integralmente o voto do relator.

5.4. Perspectivas

No julgamento da ADPF 187, houve pouco dissenso – o resultado foi unânime – e, ao mesmo tempo, o problema da interpretação histórica foi pouco discutido, talvez porque o voto do relator, que não tocava no problema – como em geral os votos do ministro Celso de Mello – foi bem acolhido pelo colegiado, que cuidou mais de complementá-lo, no geral.

A esse respeito, chama atenção um ponto específico desse voto, que, de forma ampliativa, reverberou nos votos da ministra Cármen Lúcia e do ministro Marco Aurélio, de modo bastante pertinente para os problemas enfrentados nesta monografia. O ministro Celso de Mello destaca a importância dos movimentos de rua – como a Marcha da Maconha – na

produção das normas jurídicas, muito possivelmente tendo em mente a pressão que esse tipo de manifestação pode exercer sobre o Legislativo.

Ora, em seu voto, a ministra Cármen Lúcia, a partir desse mote, assentou que o direito não é um ordenamento jurídico fechado, mas uma construção permanente. Nesse sentido, em consonância também com a relativização da ruptura constitucional que a larga visão histórica do voto do relator pressupõe, concebe-se o direito como uma textura perpetuamente tecida pela própria sociedade, e não predeterminada nos quadros formais de um ordenamento todo ele delimitado, fechado, pela Constituição.

É no voto do ministro Marco Aurélio que essa ideia se corporifica de modo mais radical, falando-se em autolegislação e vinculando-se essa abertura do ordenamento ao modelo de democracia deliberativa, o que, por contraposição, deixa claro que o modelo que entende que o fundamento de validade do ordenamento (fechado) está na Constituição é o da democracia representativa liberal.

CONCLUSÃO

Por diversos ângulos, a visão kelseniana do ordenamento jurídico, que, como ficou demonstrado no primeiro capítulo desta monografia, subjaz à lógica da arguição de descumprimento de preceito fundamental, vem relativizada ou solapada nos votos proferidos pelos ministros do STF nas ADPFs que versavam sobre leis anteriores à Constituição de 1988.

Isso de duas maneiras distintas, mas que, como parece possível afirmar após a análise empreendida nas páginas anteriores, são convergentes. Por um lado, a visão que enfatiza a interpretação histórica, dando importância, em um registro seja axiologicamente negativo, seja positivo, à *mens legislatoris* como critério relevante para a interpretação do texto normativo, contraria a noção de novação do direito anterior com base em um novo fundamento de validade quando da superveniência de nova Constituição. Por outro lado, a visão que desgarra a efetivação do texto normativo como norma do vértice constitucional, vinculando-a a uma práxis movimentada cotidianamente por atores como tribunais, cidadãos, intérpretes em geral, ataca frontalmente a hierarquia em cascata do controle de constitucionalidade concentrado tal qual se manifesta por meio da ADPF.

Assim, seja porque se prende a um evento passado sempre relevante - a volição do legislador -, seja porque se desgarra de todo e qualquer evento forte, vertical, impositivo para acompanhar um presente sempre em movimento, a legislação editada antes da Constituição vigente é encerrada em modelos hermenêuticos conflitivos com a concepção que presidiu à estruturação da ADPF, que, conforme visto, tem traços kelsenianos bastante pronunciados.

Não que o modelo kelseniano não seja contemplado em diversos votos, conforme vimos. No entanto, nesta breve conclusão, pretendemos singelamente retomar o quanto dito nos capítulos desta monografia, organizando a análise em uma síntese articulada nesses dois eixos por meio dos quais o ordenamento kelseniano que parece estar na base da própria

ADPF se transmuda em outros ordenamentos, que talvez pudessem ser chamados de pós-positivistas, ainda que precisemos argumentar por quê, no caso da interpretação histórica, cuja relevância é anterior ao advento mesmo do positivismo kelseniano, trata-se de interpretação pós-, e não pré-positivista.

1. O ordenamento jurídico e a interpretação histórica

É no século XIX que a interpretação passa a ser *"objeto de reflexão, tendo em vista a constituição de uma teoria."*[36] Conforme ganhava importância o pensamento sistemático em detrimento do pensamento problemático, buscava-se resolver a interpretação sistematicamente, por meio de regras meta-jurídicas, capazes de orientar sistematicamente, e não caso a caso, a resolução dos problemas interpretativos. Daí decorre a sistematização dos "métodos de interpretação" (gramatical, sistemático, histórico-evolutivo, teleológico, etc.) ainda hoje elencados em não poucos manuais.

Passando por cima da especificação de posições que, embora próximas, não podem ser confundidas, a hermenêutica jurídica nasce – em F. C. von Savigny – dando especial relevo à gênese do texto normativo (especificamente como produto de uma vontade subjetiva), admitindo, em consonância com os postulados filosóficos mais amplos do Romantismo, que há algo de intrinsecamente verdadeiro e essencial, duradouro e definidor na gênese das coisas.

Não nos cabe aqui traçar a história – movimentada – dessa ideia *in abstracto*, mas tão somente indicar que, no Brasil, a pregnância da interpretação histórica foi muito forte. Ela está no cerne do primeiro grande trabalho pátrio sobre hermenêutica jurídica, o *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, de Francisco de Paula Baptista, publicada em Recife, em 1860. Segundo Christiano José de Andrade, *"[o] autor dá muita importância à história da lei aos trabalhos preparatórios, mas para aclarar o pensamento*

---

[36] Tercio Sampaio Ferraz Junior. *A ciência do direito*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 69.

do legislador, que é objetivo da interpretação que ele domina doutrinal."[37] Nos termos do próprio autor: *"Acima da vontade do legislador, nenhuma outra existe; conhecer bem esta vontade para cientemente obedecê-la é que é tudo."*[38] Na mesma esteira seguem as *Cinco Lições de Hermenêutica* do Barão de Ramalho, de 1865, de modo que o autor *"sempre tem em vista o desvendamento da vontade ou o pensamento do legislador."*[39]

Embora a preeminência da interpretação histórica tenha sido mitigada com o desenvolvimento da hermenêutica jurídica no Brasil, notadamente a partir da obra clássica de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, de 1925,[40] esse discurso permaneceu como parte de como se pensa e se decide o direito, inclusive no STF, conforme visto ao longo do capítulo 2.

Como se constatou, uma série dos debates sobre o fundamento de validade do ordenamento jurídico parte justamente da discussão sobre qual papel deve ser atribuído à vontade do legislador na determinação do sentido da norma. Evidentemente essa questão é fulcral no contexto de que aqui se fala, pois entender que a interpretação da norma depende de uma vontade - seja no sentido individual ou coletivo, pouco importa - emitida no passado, antecedente e concomitante com a positivação de um texto normativo equivale a pôr abaixo o construto segundo o qual todo o ordenamento está fundamentado na Constituição.

É sintomático que o argumento da vontade do legislador seja defendido com mais clareza em casos em que a tensão parece se dissipar.

Foi assim no julgamento da ADPF 153, pois, no argumento vencedor emitido pelo relator, Min. Eros Grau, a lei da anistia é uma lei-medida, espécie de ato administrativo especial que nasce e morre na sequência,

---

[37] Cristiano José Andrade. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: RT, 1991, p. 74.
[38] Francisco de Paula Baptista e Barão de Ramalho. *Hermenêutica juridical*. Ed. Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 57.
[39] Cristiano José Andrade. *Hermenêutica jurídica no Brasil, op. cit.*, p. 81.
[40] "Reduzir a interpretação à procura do intento do legislador é, na verdade, confundir o todo com a parte; seria útil, embora nem sempre realizável, aquela descoberta; constitui um dos elementos da Hermenêutica; mas, não o único; nem sequer o principal e o mais profícuo; existem outros, e de maior valia. Serve de base, como adiante se há de mostrar, ao processo histórico, de menor eficiência que o sistemático e o teleológico." (Carlos Maximiliano Pereira dos Santos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 24.)

exaurindo todos os seus efeitos no momento de sua edição. Desse modo, não se pondo em questão a novação da lei pela Constituição superveniente, pois que a lei pertence ao passado, prolongando-se apenas em seus efeitos, e não em sua capacidade de constituir novas relações jurídicas, não se configura um cenário em que haveria conflito entre um fundamento de validade (vontade do legislador) e outro (Constituição superveniente). No entanto, poder-se-ia cogitar, se a lei deve ser medida pelo momento em que editada, dado o caráter peculiar da lei da anistia - e há vários trechos dos votos que falam simplesmente em levar em consideração o contexto de época -, por que não discuti-la com base na Constituição de 1967/69, que, na visão kelseniana, deveria ser seu fundamento de validade, e sim com foco nas motivações dos agentes, naquilo que se quis fazer?

Ousaríamos dizer que a vontade de que falam muitos dos votos na ADPF 153 é uma vontade difusa, que abraça, mas vai muito além da vontade *do legislador*. Assim, o Min. Celso de Mello fala nas *"circunstâncias que motivaram a elaboração de determinado texto normativo*," circunstâncias e motivações genericamente formuladas, que permitem incluir a sociedade como um todo - e, nesta ADPF, evoca-se a vontade de diversos atores, da OAB, em primeiro lugar, mas da sociedade civil mais amplamente - e despersonalizam a vontade do legislador em direção a um construto de ordem coletiva.

Outro viés argumentativo que dissipa a tensão potencial pela qual se teria que sopesar diretamente a vontade do legislador contra a Constituição é recorrente nos votos do Min. Ayres Britto, qual seja o de imputar ao legislador não uma vontade válida, mas antes uma vontade espúria, afinada com uma Constituição também espúria. Haveria, assim, não novação do fundamento de validade com a superveniência da Constituição vigente, mas sim instauração de uma verdadeira ordem jurídica frente ao que antes fora apenas arremedo disso. Em passagem característica, ao julgar a ADPF 130, o Min. Ayres Britto entende, em termos claramente voluntaristas: "*quanto ao seu spiritus rectus ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder..."*

Ora, ao formular o problema nesses termos, embora aluda à vontade na base da constituição da lei, valorando-a axiologicamente de modo negativo, o que o ministro faz é desenhar um quadro em que se opõem vontades legítimas - o anseio social pelo Estado democrático de Direito, de um lado - e vontades ilegítimas - o projeto de poder dos agentes estatais, que são os mesmos, quer se pense na Constituição, quer se pense nas leis. De certo modo, constata-se aí uma visão em que a função de legiferação não está condicionada tanto por um esquema formal de derivação de atos normativos uns dos outros, segundo uma escala hierárquica, mas por injunções sociais, canalizadas pelo Estado.

Talvez essa breve retomada de elementos discutidos no capítulo 2 permitam compreender em que sentido se deve entender a afirmação de que a consideração da vontade do legislador no contexto atual do STF deve ser vista como parte de uma argumentação pós-, e não pré-positivista. Trata-se, afinal, não de uma defesa do argumento voluntarista *per se*, mas de um dimensionamento do direito como construção social, em que os agentes expressam vontades, canalizadas institucionalmente, e constroem o ordenamento a partir dessa movimentação social, e não abstratamente a partir e um sistema de derivação de normas a partir de normas. O fundamento de validade se deslocaliza assim dos textos normativos hierarquizados para o tecido social em movimento.

2. O ordenamento jurídico e a sociedade em movimento

Como dito no princípio desta introdução, ao lado dos argumentos que localizam o fundamento de validade em um momento anterior à suposta novação da ordem jurídica pela superveniência de uma nova Constituição, os ministros do STF, conforme visto no capítulo 2, desenvolvem argumentos que localizam tal fundamento em eventos posteriores à Constituição nova. Aqui também, já se disse, desconstroi-se a visão kelseniana do ordenamento, tal qual em princípio a consagra o próprio instituto da ADPF.

Esse viés argumentativo se identifica em diversos votos. Lembre-se, por exemplo, a Min. Carmen Lúcia na ADPF 54, que faz extensa referência a Dworkin, em trecho em que o autor trata, nos termos da ministra, da

"atualização permanente dos conteúdos dos princípios." Dworkin, efetivamente, propõe uma leitura do ordenamento como algo em contínuo movimento, e não como se fosse algo cuja história se resume às fissuras da novação ou da revogação pela superveniência de uma nova Constituição. Assim, servindo-se da imagem do juiz ideal que nomeia Hércules:

> *"Hércules não interpreta apenas o texto da lei, mas sua vida, o processo que começa antes de ela entrar em vigor e se estende muito além daquele momento. (...) Hércules interpreta a história em movimento, porque a estória que ele precisa tornar tão boa quando possível é o todo da história, até sua decisão e para além dela. Ele não emenda leis desatualizadas para adaptá-las aos novos tempos, como a metafísica do sentido do emissor sugeriria. Ele reconhece o que as velhas leis se tornaram desde então."*[41]

Em que pese a referência a um modelo relevante e potencialmente profícuo de "interpretação evolutiva" - locução que aparece em diversos dos votos analisados -, a ministra descarta a aplicação de uma interpretação dworkiniana para o caso que analisava, o que talvez seja mais indício de uma tensão entre modelos renovadores da compreensão do ordenamento e práticas assentadas, e *ipso facto* mais confortáveis, de compreensão e aplicação do Direito.

No entanto, conforme se pôde observar ao longo dos cinco acórdãos analisados, há ministros que consistentemente aplicam modelos evolutivos de interpretação. Cabe aqui sintetizar o quanto foi visto da prática decisória dos ministros Marco Aurélio Mello e Gilmar Mendes, por serem certamente aqueles em que tal consistência se expressa em maior grau.

Em todos os votos do Min. Marco Aurélio, existe a ideia de que o direito está em contínua evolução. Na ADPF 54, por exemplo, o discurso é

---

[41] Ronald Dworkin. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986, p. 348-350.

claro: *"O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo."* Não são poucas as vezes em que o ministro se vale da locução "interpretação evolutiva" para descrever sua prática hermenêutica. Há referências a Hans-Georg Gadamer e a Richard Palmer (pré-compreensões dos intérpretes), na ADPF 46, e a Jürgen Habermas (esfera pública), na ADPF 187. Embora não seja fácil harmonizar todas as referências teóricas, sequer se precisa pressupor que o ministro tenha uma complexa construção zetética a respeito da interpretação evolutiva para se compreender a sua prática decisória como informada por um princípio basilar segundo o qual o direito se constitui temporalmente, sendo uma construção móvel e plurilocalizada. Na ADPF 130, por exemplo, o ministro assenta que a Lei de Imprensa foi sendo corrigida na prática pelo Judiciário. De modo semelhante, na ADPF 187, fala em autolegislação pelos cidadãos, nas sociedades contemporâneas, associando o fenômeno ao alargamento da democracia deliberativa.

Em breves termos, o modelo hermenêutico que preside aos votos do Min. Marco Aurélio entende o Direito como uma construção contínua de diversos atores, que transformam o conteúdo de textos normativos na própria prática cotidiana, seja intelectual (como na ADPF 46), seja decisória propriamente (como na ADPF 130), seja ainda de pressão (assim como na ADPF 187). Deste modo, não há vértice de validade do ordenamento apontando para a Constituição, mas antes uma larga base a partir da qual o Direito ganha sentido, base que é o próprio tecido social.

No caso do Ministro Gilmar Mendes, o panorama é muito semelhante, identificando-se também, em diversos pontos, o emprego da locução "interpretação evolutiva" como modo de identificação genérico do procedimento hermenêutico adotado. No entanto, é possível notar algumas ênfases, determinadas nuances que particularizam a postura interpretativa do Ministro relativamente àquelas já apontadas. Talvez o mais interessante seja que, de forma consistente, o Min. Gilmar Mendes propõe um modelo

interpretativo que compõe a interpretação evolutiva com o problema da vontade do legislador.

É cara ao Min. Gilmar Mendes a noção de "sociedade aberta aos intérpretes", formulada por Peter Häberle, para quem:

> *"Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.*
>
> *"Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos 'vinculados às corporações' (zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade."*[42]

A partir desse pano de fundo - explicitado na ADPF 46 - em que se desenha uma compreensão do ordenamento informada a um só tempo por uma atividade interpretativa que é criativa e por uma atividade interpretativa que é plural em seus agentes, desenham-se os principais

---

[42] Peter Häberle. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 13.

topoi do ministro, tais quais o papel do STF como legislador positivo, por exemplo na ADPF 54 (afinal, ele é um dos agentes da sociedade aberta aos intérpretes da Constituição), ou ainda o processo de inconstitucionalização de certos textos normativos, como na ADPF 46 (as relações vão se transformando em uma sociedade aberta, e o sentido dado ao texto normativo, incluindo a própria Constituição, transformam-se em decorrência disso).

Nesse contexto, compreende-se o modelo segundo o qual o Min. Gilmar Mendes aplica a técnica da interpretação conforme: aplica-a se, em primeiro lugar, a literalidade do texto normativo comporta aquela leitura pretendida, apenas recorrendo, em segundo lugar, à vontade do legislador nos casos em que não é possível realizar a intepretação conforme segundo a expressão literal do texto. A técnica se revela assim um instrumento por meio do qual um tribunal consegue dar vazão à renovação do Direito pelos movimentos de uma sociedade aberta, mas ao mesmo tempo controla essa renovação como forma de evitar o arbítrio judicial. Concordando com o Min. Marco Aurélio, o Min. Gilmar Mendes entendeu, no bojo da ADPF 130, que houve justamente uma depuração da Lei de Imprensa na prática. Assim, ainda que a visão do Min. Gilmar pareça mais focada no papel das instituições estatais, com uma forte ênfase para o papel da corte constitucional, ela é largamente compatível com a visão da "interpretação evolutiva" que se capta nos votos do Min. Marco Aurélio. Nos dois casos, sobressai uma visão do Direito como construção contínua, paulatina, progressiva de uma sociedade complexa em que interagem vários agentes, dando, na renovação da prática social, um fundamento de validade ao ordenamento enraizado nas relações interpessoais, e não em um esquema abstrato de encadeamento normativo.

*

Em texto intitulado "Entre a teoria da norma e a teoria da ação", José Reinaldo Lima Lopes contrapõe uma visão tradicional da teoria das normas a uma visão moderna, que vai se impondo, da teoria da ação, ou da decisão. Faz parte da "teoria das normas" a ideia de que:

> *"a norma jurídica pertence a um conjunto organizado de normas: um ordenamento ou sistema normativo. Normas jurídicas são as normas que pertencem a tal ordenamento por pedigree, por serem produzidas dentro desse ordenamento e na forma determinada por tal ordenamento, por procederem de uma certa autoridade, a autoridade jurídica."*[43]

Por sua vez, faz parte da "teoria da ação" a centralidade do agente:

> *"Estando o agente dentro de um grupo que pretende ter uma prática compartilhada - o direito de determinada sociedade - a regra que lhe serve de guia. Ele inicia sua ação guiando-se pela conformidade com o direito e caso seja chamado a explicar sua decisão, dá razões, isto é, justifica-a por referência a esse padrão."*[44]

Identifica-se aí uma transformação em curso na compreensão do Direito, que vai deixando de ser visto como um complexo de normas jurídicas determinado pelas normas, também jurídicas, que indicam como deve se organizar o direito, visão normativista do próprio fenômeno jurídico, para ser percebido como uma plêiade de padrões concretos de atribuição de sentido a condutas em função de expectativas que vão se impondo e se transformando na prática social, visão não normativista, mas social, prática, do fenômeno jurídico. Haveria várias formas de se enquadrar essa transformação, mas é possível compreendê-la sob o ângulo do quanto foi discutido neste trabalho, isto é, como uma alteração no fundamento de validade do Direito, que se desloca do vértice de uma pirâmide de normas escalonadas para a extensão de uma sociedade dinâmica, em contínuo devir.

---

[43] José Reinaldo Lima Lopes. "Entre a teoria da norma e a teoria da ação." In: Alfredo Carlos Storck e Wladimir Barreto Lisboa (org.). *Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito.* Porto Alegre: Linus Editores, 2009, p. 48.
[44] Idem, *ibidem.* p. 66.

Não é fácil fazer prognósticos sobre o futuro do Direito, embora a tarefa seja sedutora, e sequer é este o nosso objetivo nesta monografia.[45] No entanto, o STF é, sem sombra de dúvidas, um foco gerador de tendências na percepção e no funcionamento do Direito no Brasil. Assim sendo, não seria de se estranhar se as tendências que nele se identificaram, com uma espécie de reconfiguração da compreensão da ADPF a partir de uma perspectiva renovada sobre o fundamento de validade do ordenamento jurídico, fossem ganhando terreno na imaginação jurídica brasileira e, como consequência, os padrões decisórios fossem se alterando, mas também as modalidades e as intensidades da participação da sociedade na construção dos padrões decisórios fossem se alargando.

[45] A propósito, cf. José Eduardo Faria. *Direito e conjuntura.* 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIBLIOGRAFIA

Acórdãos

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2/DF. Relator: BROSSARD, Paulo. Publicado no DJ de 21/11/1997. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151 Acessado em 21-10-2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33/PA. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Publicado no DJ de 27/10/2006, p. 29-30, grifos nossos. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700 Acessado em 21-10-2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46/DF. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJE de 26/02/2010. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504 Acessado em 10/09/2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJE de 30/04/2013. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334 Acessado em 10/09/2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. Publicado no DJE de 06/11/2009. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504 Acessado em 10/09/2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF. Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJE de 06/08/2010. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960 Acessado em 10/09/2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJE de 29/01/2014. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195 Acessado em 21-10-2015

Estudos

ANDRADE, Cristiano José. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: RT, 1991.

Anteprojeto de Constituição: elaborado pela comissão presidida por Afonso Arinos. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1987.

BAPTISTA, Francisco de Paula e Barão de Ramalho. *Hermenêutica juridical*. Ed. Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1984.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck (org.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).* 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura.* 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ, JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito.* 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

KELSEN, Hans. *A General Theory of Law and State.* Cambridge/MA: Harvard University Press, 1949.

KELSEN, Hans. *A jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

LIMA, José Alberto de Oliveira, Edilenice Passos, João Rafael Nicola. A gênese do texto da Constituição de 1988. Brasília: Senado Federal, 2013. 2 vols.

LOPES, José Reinaldo Lima. "Entre a teoria da norma e a teoria da ação." In: Alfredo Carlos Storck e Wladimir Barreto Lisboa (org.). *Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito.* Porto Alegre: Linus Editores, 2009, pp. 43-80.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental." in: Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. *Mandado de segurança e ações constitucionais.* 36ª edição. São Pulo: Malheiros, 2014, pp. 597-674.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PIRES, Felipe Luciano. *O Supremo Tribunal Federal e os 15 anos da Lei nº 9882/1999: a eficácia como critério de admissibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.* Monografia da Escola de Formação de 2014. p. 38-39. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/255_Felipe%20Pires.pdf Acesso em: 10 set. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.* São Paulo: Saraiva, 2010.