

Nota AGU/SGCT/Nº01-DCC/2009

PROCESSO JUDICIAL: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153

INTERESSADO: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

PROCEDÊNCIA: Supremo Tribunal Federal

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Anistia. Interpretação do § 1º do art. 1º da Lei nº 6.638/79, em face da ordem constitucional inaugurada com a Carta de 1988. Pretensão de excluir-se da norma os 'crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar'. Preliminares. Não atendimento a requisito de admissibilidade da arguição incidental. Ausência de comprovação da controvérsia judicial, bem como de impugnação a todo complexo normativo. Mérito. Anistia ampla e irrestrita. Efeitos concretos e limitados no tempo. Estado Democrático de Direito. Postulado da Segurança Jurídica. Da reação da Ordem dos Advogados do Brasil às suas próprias interpretações (venire contra factum proprio). Irretroatividade da lei penal mais severa. Impossível prevalência dos tratados internacionais. Manifestação pelo não conhecimento da medida e, no mérito, pela improcedência da arguição.

Senhora Secretária-Geral de Contencioso,

Em atendimento ao pedido de informações enviado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, cumpre tecer as seguintes considerações.

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objeto o § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/79, *verbis*:

“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”

Insurge-se o arguente, na espécie, em face da interpretação do referido dispositivo, *“no sentido de que a anistia estende-se aos crimes comuns, praticados por agentes públicos contra opositores políticos durante o regime militar”* (fl. 13).

Nesse contexto, sustenta que a norma hostilizada *“estende a anistia a classes absolutamente indefinidas de crimes”* (fl. 18), restando a cargo do Poder Judiciário *“definir ou classificar os crimes em lugar do legislador”* (fl. 18), o que consubstanciaria, segundo entende, *“descumprimento do preceito fundamental de que ‘não há crime sem lei anterior que o defina’”* (fl. 18).

Acrescenta, ainda, que haveria ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que a Lei nº 6.683/79 excetua da anistia *“os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e*

atentado pessoal” (art. 1º, § 2º), ao passo que “*a prática sistemática e organizada, durante anos a fio, de homicídios, seqüestros, tortura e estupro contra opositores políticos*” configuraria, em seu entendimento, “*terrorismo de estado*” (fl. 21).

Não obstante, argui descumprimento, pelo Poder Público, do preceito fundamental de não ocultar a verdade (art. 5º, XXXIII, CF/88), uma vez que a Lei nº 6.683/79 teria sido editada num contexto de “*lôbrega ocultação da verdade*”, pois, “*ao conceder anistia a pessoas indeterminadas, ocultas sob a expressão indefinida ‘crimes conexos com crimes políticos’*” (fl. 22), teria impedido que o “*povo brasileiro, restabelecido em sua soberania (pelo menos nominal) com a Constituição de 1988, tomasse conhecimento da identidade dos responsáveis pelos horrores perpetrados, durante dois decênios, pelos que haviam empalmado o poder*” (fl. 22/23).

No mais, sustenta-se ofensa aos princípios democrático e republicano, sob o fundamento de que o diploma legal questionado estaria eivado de “*carência de legitimidade democrática*” (fl. 24), dada a forma indireta como os representantes do povo no Congresso Nacional e o Presidente da República foram eleitos, à época.

Por fim, uma vez que a Lei nº 6.683/79 decorre de “*um acordo para permitir a transição do regime militar ao Estado de Direito*” (fl. 25), seria forçoso reconhecer-se que “*o Estado instituído com a liquidação do regime militar nasceu em condições de grave desrespeito à pessoa*

humana” (fl. 26), o que consubstanciaria suposta ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). Sob tal aspecto, afirma a “*incompatibilidade ético-jurídica radical da tortura com o princípio supremo de respeito à dignidade humana*” (fl. 27), do que decorreria a não recepção do diploma questionado pela nova Carta.

Os autos foram distribuídos ao Min. Relator Eros Grau, que determinou fossem requisitadas informações às autoridades responsáveis pelo ato questionado.

1. PRELIMINARES

1.1. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONTROVÉRSIA JUDICIAL

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo §1º do art. 102 da Constituição Federal, *verbis*:

“§ 1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

A Lei nº 9.882/1999 estabeleceu o processo e o julgamento da referida ação, definindo, em seu art. 1º que:

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;

Analisando o transcrito texto legal, a doutrina majoritária identifica a existência de duas modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental: i) a primeira, prevista pelo *caput* do artigo, constitui a arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma, ou seja, uma típica ação de controle concentrado-principal de constitucionalidade, que tem como escopo a defesa objetiva de preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por qualquer ato do poder público; e ii) a segunda, disposta no inciso I do parágrafo único do art. 1º, constitui a arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental, requerida no bojo de uma ação judicial, na qual se controverte, com fundamentos relevantes, sobre a aplicação de lei ou ato do poder público contestado em face de um preceito fundamental inserto na Lei Maior.¹

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 3, também admitiu a existência dos dois tipos de arguição, confira-se:

“(...) A Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cumprindo a norma constitucional, dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. No art. 1º estatuiu: ‘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.’

¹ Nesse sentido conferir CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2008. P. 296-297; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 254.

Trata-se, nesse caso, de Arguição autônoma, com caráter de verdadeira Ação, na qual se pode impugnar ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição. 3. Outra hipótese é regulada no parágrafo único do mesmo art. 1º da Lei nº 9.882/99, 'in verbis': 'Parágrafo único. Caberá também arguição 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.' 4. **Cuida-se aí, não de uma Ação autônoma, qual a prevista no "caput" do art. 1º da Lei, mas de uma Ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.** (ADPF-QO nº 3, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento: 18/05/2000).

No caso em tela, conforme se depreende da petição inicial, o autor optou pela segunda modalidade de arguição para requerer a tutela da ordem jurídico-constitucional junto ao Supremo Tribunal Federal. Com efeito, ao abordar o aspecto relativo ao cabimento da ação, o arguente refere-se expressamente à arguição incidental, citando, para tanto, doutrina do ilustre jurista Luis Roberto Barroso sobre o tema.

Nesses termos, a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental deve ser analisada levando-se em consideração os requisitos de admissibilidade da arguição incidental.

A Lei nº 9.868/99, quando cuidou da matéria, estabeleceu, basicamente, como requisito de admissibilidade a existência de controvérsia judicial ou jurídica relacionada à constitucionalidade da lei ou

à legitimidade do ato impugnado. Assim, segundo afirma Gilmar Mendes², “*também na arguição de descumprimento de preceito fundamental há de se cogitar de uma legitimação para agir in concreto, tal como consagrada no Direito Alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei.*”

Ao analisar a forma como o estado de incerteza deve manifestar-se no caso específico da arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental, o referido jurista esclarece que:

“Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade da norma. A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição.

(...)

Embora, como já acentuamos, as decisões judiciais sejam provocadas ou mesmo estimuladas pelo debate doutrinário, é certo que simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta a plena aplicação da lei”.

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.”

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed.. São Paulo : Saraiva, 2008, pp. 1150 e 1151.

Nesse mesmo sentido é a opinião de Marcelo Novelino³, para quem:

A argüição é incidental porque a controvérsia só pode ser aquela que se apresenta em juízo. Não teria sentido que fosse de qualquer tipo, como uma controvérsia doutrinária, ou mesmo entre particulares que não tenha sido levada ao conhecimento do Judiciário. Este entendimento é corroborado pelo disposto no art. 3º, V, da Lei n. 9.882/99 que determina que a petição inicial contenha, ‘se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado’”.

Nota-se, portanto, que a petição inicial deveria demonstrar a controvérsia jurídica ou judicial sobre a interpretação da Lei da Anistia.

Entretanto, o arguente não demonstrou, em sua peça vestibular, a existência da controvérsia judicial a que se refere a lei. Isso porque, em momento algum, verifica-se a demonstração de pronunciamentos de órgãos jurisdicionais sobre a controvérsia relevante relacionada à aplicação da mencionada lei. De fato, o autor restringiu-se a transcrever interpretações promovidas por órgãos do executivo ou doutrinadores a respeito da mencionada lei.

Assim, considerando que não foi observado, pelo arguente, pressuposto específico da ação, entende-se que a argüição em exame não deve ser conhecida.

³ NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 203.

1.2. DA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODO O COMPLEXO NORMATIVO

Cumpra observar, ademais, que o autor não impugnou adequadamente todo o complexo normativo pertinente à matéria disciplinada pela Lei nº 6.683/79, comprometendo, dessa forma, o correto processamento do feito.

Com efeito, a anistia prevista pela lei referida “(...) *a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes (...)*” foi ratificada pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, cujo artigo 4º, § 1º, concede, em sua parte inicial, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos. Veja-se:

“Art. 4º (...)

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no "caput" deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.” (Grifou-se).

Evidencia-se, pois, a inutilidade do pleito autoral, cujo acolhimento por essa Corte Suprema (o que se admite por mera hipótese) seria insuficiente para desconstituir a anistia igualmente concedida pela Emenda nº 26/85, pois o pedido de atribuição de interpretação conforme à

Constituição apresentado pelo requerente diz respeito, com exclusividade, à Lei nº 6.683/79. Sendo assim, revela-se a inviabilidade da pretensão do requerente, em conformidade com a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

“A jurisprudência desta Corte é firme no tocante à imprescindibilidade de impugnação dos textos normativos que cuidem da mesma matéria atacada na ação direta. Assim, a demanda não pode ter por objeto o ataque a apenas um dos preceitos contidos no complexo normativo. O sistema de leis vinculadas a determinado tema deve ser combatido em sua íntegra. A razão desse entendimento reside no fato de a eficácia da declaração de inconstitucionalidade alcançar tão-somente o ato impugnado e não o complexo em que ele está inserido.”
(ADI 972/DF – Relator: Min. EROS GRAU; Julgamento: 20/06/2005; decisão monocrática; Publicação DJ 24/06/2005).

Impõe-se, também sob esse aspecto, o não-conhecimento da presente arguição.

2. DO SENTIDO DA NORMA: ANISTIA AMPLA E IRRESTRITA

Pretende-se, na presente arguição, que essa Suprema Corte restrinja o sentido da norma decorrente do § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/79, a qual concede anistia a todos quantos, durante o regime militar, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, considerando-se conexos *“os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”*.

Argui-se, para tanto, que a norma não abrangeria os agentes públicos que praticaram, durante a ditadura, crimes comuns contra opositores políticos, os quais não teriam sido beneficiados pela anistia.

Sabe-se que a anistia, conforme ensina Pinto Ferreira, “*é um conceito de direito público, vem do grego amnistia, o que significa esquecimento e implica ato do soberano legal, concedendo pela graça uma extinção voluntária da memória de certos crimes cometidos contra o Estado*”⁴. Consubstancia, inegavelmente, causa de extinção da punibilidade.

Pode ser concedida em termos gerais ou restritos, sendo certo que a anistia geral ou absoluta “*não conhece exceção de crimes ou de pessoas, nem se subordina a limitações de qualquer espécie*”⁵.

A regra é de que a anistia dirija-se aos chamados crimes políticos, nada impedindo, no entanto, que seja concedida a crimes comuns. Com efeito, o conceito evoluiu com o tempo, para abranger, também, delitos comuns, em casos especiais, e atos punitivos de modo geral. A propósito, entende essa Suprema Corte que qualquer sanção, qualquer pena, pode ser anistiável. Confira-se a esse respeito:

“CONSTITUCIONAL. ANISTIA: LEI CONCESSIVA. Lei 8.985, de 07.02.95. CF, art. 48, VIII, art. 21, XVII. LEI DE ANISTIA: NORMA GERAL. I. - Lei 8.985/95, que concede anistia aos candidatos às eleições gerais de 1994, tem caráter geral, mesmo porque é da natureza da anistia beneficiar alguém ou a um

⁴ Pinto Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, 2º volume, p. 518.

⁵ Carvalho Filho, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. IV, p. 126.

grupo de pessoas. Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. II. - A anistia, que depende de lei, é para os crimes políticos. Essa é a regra. Consubstancia ela ato político, com natureza política. Excepcionalmente, estende-se a crimes comuns, certo que, para estes, há o indulto e a graça, institutos distintos da anistia (CF, art. 84, XII). Pode abranger, também, qualquer sanção imposta por lei. III. - A anistia é ato político, concedido mediante lei, assim da competência do Congresso e do Chefe do Executivo, correndo por conta destes a avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade do ato, sem dispensa, entretanto, do controle judicial, porque pode ocorrer, por exemplo, desvio do poder de legislar ou afronta ao devido processo legal substancial (CF, art. 5º, LIV). IV. - Constitucionalidade da Lei 8.985, de 1995. V. - ADI julgada improcedente.”

(ADI 1231/DF - DISTRITO FEDERAL; Relator: Min. CARLOS VELLOSO; Julgamento: 15/12/2005)

Feita a análise do instituto da anistia, resta perquirir-se em que termos foi concedida a anistia prevista na Lei nº 6.683/79. Para tanto, impende retomarmos o contexto histórico em que editada a norma em questão.

O diploma legal surgiu da negociação havida entre a sociedade civil e o regime militar, que possibilitou, à época, a transição para o regime democrático. Dessa forma, assegurou-se, com a lei, que ambos os lados seriam beneficiados com a anistia, evitando-se, inclusive, qualquer espécie de revanchismo no novo governo.

Assim, a *mens legislatoris* da época não passou despercebida pelos diversos setores da sociedade, tendo sido vislumbrada pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, que consignou, em 30 de maio de 1979, *verbis*:

“A anistia, representando reconciliação da nação consigo mesma, deve ser ampla, deve ser geral e deve ser irrestrita.

Deve abranger todos aqueles que de uma forma ou de outra praticaram atos políticos contrários a uma orientação então prevalente. Não deve ter limites, já que as características do ato político, se variaram de caso a caso tiveram um mesmo fator motivante. Sendo ato de conciliação da nação consigo mesma, não deve ser feita nenhuma forma de gradação ou consideração da natureza do ato político. Significa esquecer o passado e viver o presente com vistas ao futuro.”

De sua parte, também a Ordem dos Advogados do Brasil percebeu o intuito da proposição. Em 15 de agosto de 1979, aquela entidade encaminhou ao Presidente do Senado Federal o Parecer da lavra do então Conselheiro José Paulo Sepúlveda Pertence sobre o projeto de lei de anistia em tramitação no Congresso Nacional, aprovado pelo Conselho Federal. Dele se extrai o seguinte excerto:

“Ora, não há objeção retórica que possa obscurecer que a amplitude, com a qual o mencionado § 1º definiu, como conexos aos crimes políticos, os crimes de qualquer natureza com eles relacionados, tem o único sentido de prodigalizar a anistia aos homicídios, violências e arbitrariedades policiais de toda a sorte, perpetrados nos desvãos da repressão política.

(...)

Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável com o passo adiante no caminho da democracia.”

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. Inclusive, é a própria jurisprudência pátria que confirma a abrangência da medida, conforme julgados que se transcreve, *verbis*:

STM:

“ANISTIA. CONDENAÇÃO POR CRIME POLÍTICO. PENA CUMPRIDA. INSTITUTO DE AMPLÍSSIMA ABRANGÊNCIA, A ANISTIA PRODUZ EFEITOS 'EX TUNC', APAGANDO A SENTENÇA IRREVOGÁVEL, PARA ALCANÇAR O CRIME CUJAS CONSEQÜÊNCIAS FAZ DESAPARECER. O ANISTIADO PELA EC 26, PRESCINDE DA REABILITAÇÃO DECRETADA PELO JUIZ 'A QUO'. RECURSO PROVIDO PARA DESCONSTITUIR O DESPACHO CONCESSÓRIO DE REABILITAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA 'DE OFICIO' FACE OS TEMAS DO ARTIGO 650 DA LEI ADJETIVA PENAL E EC 26 DE 1985.”

(Acórdão nº 1986.01.005751-7; UF: MG; Decisão: 19/03/1987; Ministro Relator JOSÉ LUIZ B RAMALHO CLEROT; Proc: Rcrimfo - RECURSO CRIMINAL (FO) Cód. 320; Data da Publicação: 07/05/1987; Vol: 00487-01; Veículo: DJ);

STJ:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. CRIME POLÍTICO. ANISTIA AMPLA. APLICAÇÃO DO ADCT. PRECEDENTES. - A ANISTIA CONCEDIDA, POR ATOS CONSIDERADOS SUBVERSIVOS, FOI A MAIS AMPLA, ATINGINDO VENCIDOS E VENCEDORES, TANTO QUE REPETIDA NO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. - RECURSO CONHECIDO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

(Processo REsp 23757/DF; RECURSO ESPECIAL 1992/0015311-9; Relator MIN. PEÇANHA MARTINS (1094); Órgão Julgador SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 04/11/1992; Data da Publicação/Fonte: DJ 14/12/1992 p. 23913);

A própria Carta de 1988 reforça, inclusive, o caráter amplo e irrestrito da anistia a que se refere a Lei nº 6.683/79, conforme seu art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesse sentido, a propósito, confira-se entendimento do Ministro Peçanha Martins, ao prolatar seu voto nos autos do Mandado de Segurança nº 756, que tramitou perante o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“Senhor Presidente, sempre entendi que neste País não deve haver lugar para ódios intransponíveis, e a anistia decretada visou apagar fatos cometidos por vencidos e vencedores. Foi a mais ampla, tanto que repetida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (...)”

Veja-se, pois, que a amplitude é própria da medida concedida pela Lei nº 6.683/79 e, nesses termos, o significado do que seja conexão para os efeitos da norma deve ser entendido dentro do contexto específico da causa extintiva de punibilidade. Assim é que o § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/79 deve ser interpretado da forma mais ampla possível, atribuindo-se ao termo conexão a abrangência que se quis dar à medida.

Ademais, a conceituação prevista no § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/79 está adstrita à aplicação da medida em questão, não se prestando para nenhum outro fim.

Por outro lado, uma vez que a anistia abrange os mais diversos crimes, comuns ou políticos, qualquer que seja a natureza – desde que tenham sido praticados em decorrência de razões políticas –, é contraditório falar-se em enumeração dos referidos delitos, sob pena de conferir-se à medida caráter restritivo e dissidente da pretensão do legislador.

Feitas essas considerações, e uma vez demonstrado que a anistia conferida pela norma hostilizada foi a mais ampla, geral e irrestrita possível – conforme se entendeu até então –, é certo que se pretender a mudança de interpretação da norma, limitando-se o universo dos destinatários de tal benesse, equivaleria, em última análise, à modificação de sua própria hipótese de incidência⁶.

Assevera-se, contudo, que se trata de norma extintiva de punibilidade e, portanto, a mudança de interpretação pretendida na presente arguição, para afastar o benefício da anistia concedida até então a alguns sujeitos, atinge, por certo, situações jurídicas já consolidadas, além de acarretar leitura mais gravosa da norma. Dessa forma, a possibilidade jurídica de modificação de seu sentido deve ser analisada em face dos princípios constitucionais insculpidos no art. 5º, *caput* e XL, da Lei Maior, que proclamam:

*“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”
(Grifou-se).

À luz dessas garantias fundamentais, passa-se a demonstrar a impossibilidade de acolhimento da pretensão deduzida pelo requerente.

⁶ Com efeito, afirma Paulo de Barros Carvalho que “A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. (...) A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito”. In Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 8.

3. DA COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 6.683/79 COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como visto, o requerente, a pretexto de conferir à Lei nº 6.638/79 interpretação conforme à Constituição, pretende restringir a amplitude da anistia por ela prevista, atribuindo ao artigo 1º, § 1º, do diploma legal entendimento incompatível com o próprio texto do dispositivo.

Não obstante, a pretensão do requerente de desconstituir a anistia concedida pelo ato normativo hostilizado não encontra respaldo na Carta da República, cujo artigo 5º proclama, como direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e a irretroatividade da lei penal mais severa (artigo 5º, *caput* e inciso XL, da Constituição).

A disposição do inciso XXXVI do art. 5º da Carta de 1988 consagra, por certo, princípio fundamental destinado a resguardar a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. Com efeito, o “*princípio da não-retroatividade das leis tem por fundamento filosófico a necessidade da segurança jurídica, da estabilidade do direito*”⁷.

Conforme conceitua Pinto Ferreira, a anistia constitui ato político “(...) *que significa esquecimento e implica ato do soberano legal,*

⁷ Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.51.

*concedendo pela graça uma extinção voluntária da memória de certos crimes (...)*⁸. Tem lugar, segundo Magalhães Noronha em ocasiões “(...) em que o esquecimento é preferível à punição, no próprio interesse público, apaziguando ódios e ressentimentos, máxime após movimentos políticos e sociais, buscando por essa forma criar um clima de harmonia e entendimento que, conforme a hipótese, jamais seria conseguido com a aplicação ou persistência das rígidas normas de direito penal”⁹.

Trata-se de causa extintiva da punibilidade (artigo 107 do Código Penal¹⁰), destinada a produzir efeitos que, além de concretos e limitados no tempo¹¹, caracterizam-se como indelévels. Veja-se, a respeito, o entendimento de Pontes de Miranda¹²:

“Pode o Poder Legislativo revogar a lei de anistia? (...) Sim e não. Sim, porque é sempre possível revogar-se uma lei; não, porque os efeitos dela não se revogam. (...) Em suma: a anistia é revogável, derogável; mas os seus efeitos realizados são inabluíveis.”

Assim, considerando-se que entre a edição Lei nº 6.683/79 e a promulgação da nova ordem constitucional transcorreram praticamente dez anos, é certo que a anistia, tal como concedida pelo diploma legal, ou seja, de forma inegavelmente ampla, produziu todos os seus efeitos (fato

⁸ Ferreira, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2, p. 518.

⁹ Noronha, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 353.

¹⁰“Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

(...)

II - pela anistia, graça ou indulto;”

¹¹ Confira-se, a respeito, o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da ADI nº 1231/DF – Relator: Min. CARLOS VELLOSO; Julgamento: 15/12/2005; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação DJ 28-04-2006.

¹² Miranda, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. 2, p. 50.

consumado), consolidando a situação jurídica de todos aqueles que se viram envolvidos com o regime militar, quer em razão de oposição, quer por atos de repressão.

De tal modo, os beneficiários da anistia concedida pela Lei nº 6.638/79 encontram-se submetidos a uma situação jurídica consolidada, cuja desconstituição pela ordem vigente caracterizar-se-ia como hipótese de retroatividade máxima, a depender de previsão expressa em norma derivada do exercício do poder constituinte originário. Confira-se, a respeito, a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal:

“Pensões especiais vinculadas a salário mínimo. Aplicação imediata a elas da vedação da parte final do inciso IV do artigo 7. da Constituição de 1988. - Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrario - e a Constituição pode fazê-lo -, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividades máxima e media). Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(RE 140499/GO – Relator: Min. MOREIRA ALVES; Julgamento: 12/04/1994; Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Publicação DJ 09-09-1994; grifou-se).

Destarte, o desfazimento da situação jurídica existente quando da inauguração da nova ordem constitucional esbarra, por certo, no princípio da segurança jurídica, ínsito ao Estado Democrático de Direito e garantido pela própria Carta de 1988¹³. De fato, embora o Texto Constitucional vede a concessão de anistia a determinados crimes em seu

¹³ “Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.” In Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118.

artigo 5º, inciso XLIII¹⁴, não confere, de modo expresso (e especificamente em relação aos agraciados pela Lei nº 6.638/79), eficácia retroativa a tal norma.

De igual modo, referida alteração superveniente da situação dos anistiados violaria o princípio da irretroatividade da lei penal mais grave, inscrito no inciso XL do artigo 5º da Lei Maior¹⁵. É que, conforme afirma Gilmar Ferreira Mendes¹⁶, “quanto à lex gravior, impera o princípio da irretroatividade **absoluta**” (grifou-se). No mesmo sentido, essa Suprema Corte entende que o princípio da irretroatividade absoluta da lei mais severa incide no plano do reconhecimento das causas extintivas da punibilidade. Veja-se:

“(...) **IRRETROATIVIDADE ABSOLUTA DA LEX GRAVIOR - VEDAÇÃO INCIDENTE SOBRE NORMAS PENAIS DE CARÁTER MATERIAL.** - A cláusula constitucional inscrita no art. 5º, XL, da Carta Política - que consagra o princípio da irretroatividade da lex gravior - incide, no âmbito de sua aplicabilidade, unicamente, sobre as normas de direito penal material, que, no plano da tipificação, ou no da definição das penas aplicáveis, ou no da disciplinação do seu modo de execução, ou, ainda, no do reconhecimento das causas extintivas da punibilidade, agravem a situação jurídico-penal do indiciado, do réu ou do condenado. Doutrina.”
(AI-AgR-ED 177313/MG – Relator: Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 18/06/1996; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação DJ 13-09-1996).

¹⁴ “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (...)”. Note-se que a própria redação do dispositivo indica que se destina a reger situações futuras, tendo empregado o verbo *considerar* no futuro do presente.

¹⁵ “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 565.

Vê-se, pois, que, à luz dos postulados constitucionais contidos no *caput* e no inciso XL do artigo 5º da Lei Maior, não há como se admitir que a ordem jurídica inaugurada com a Carta de 1988 retroaja para atingir situações consolidadas quase dez anos antes de sua promulgação, revestindo-se do caráter de lei penal mais gravosa. O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição encerra disposição mais grave acerca de causa extintiva de punibilidade, razão pela qual apenas os crimes de tortura praticados após a promulgação da Carta de 1988 encontram-se sob o âmbito de aplicação do postulado.

Ressalte-se, ademais, que a anistia prevista pela lei em exame abrange os crimes cometidos no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não obstante a anistia concedida legalmente, verifica-se que a extinção da punibilidade relativa a tais delitos também decorreria da prescrição da pretensão punitiva, haja vista o transcurso de mais de 29 (vinte e nove) anos desde seu cometimento.

Com efeito, o prazo prescricional máximo previsto pelo Código Penal (seja em sua redação original, seja naquela conferida pela Lei nº 7.209/84) corresponde a 20 (vinte) anos, sendo inferior, pois, ao já decorrido. Além disso, deve-se ressaltar que a Constituição da República somente qualifica como imprescritíveis os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, incisos XLII e XLIV, da Lei Maior).

Constatada a compatibilidade material da Lei nº 6.683/84 com a Constituição de 1988, restam prejudicados os demais argumentos apresentados pelo requerente, que pretende sustentar a não-recepção do diploma legal questionado pela Carta vigente em razão de supostos vícios formais em sua formação.

O requerente assevera, por exemplo, que “(...) *a citada lei foi votada pelo Congresso Nacional, na época em que os seus membros eram eleitos sob o placet dos comandantes militares*” (fl. 24). Tal fato, no entanto, é irrelevante para concluir-se acerca da recepção ou não da lei em exame, uma vez que a incorporação de ato normativo a ordem jurídica instaurada supervenientemente depende, apenas, de sua compatibilidade material de seu conteúdo com a nova Constituição. Confira-se, nesse sentido, o que afirma Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁷ a respeito:

“O importante, então, é que a lei antiga, no seu conteúdo, não destoe da nova Constituição. (...) A forma é regida pela lei da época do fato (tempus regit actum), sendo, pois, irrelevante para a recepção.”

De fato, entendimento diverso resultaria na invalidade não apenas da Lei nº 6.683/79, mas de todos os atos normativos editados à época. Ademais, como já demonstrado em sede de preliminar, a anistia conferida por referido diploma foi ratificada pela Emenda Constitucional nº 26/85, ato do qual a própria Constituição de 1988 extrai sua legitimidade.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 194.

Por fim, ressalte-se a insubsistência da alegação apresentada pelo requerente no sentido de que a lei hostilizada violaria a Constituição por impedir o acesso do povo brasileiro a informações sigilosas relativas ao período da ditadura. O sigilo a que alude o autor constitui matéria estranha à versada na Lei nº 6.683/79, porquanto objeto das Leis nºs 8.159/91 e 11.111/05, cuja validade foi impugnada pelo próprio requerente, nos autos da ADI nº 3.987.

Por todas essas razões, conclui-se que a pretensão do requerente de restringir o alcance da norma contida no § 1º do artigo 1º da Lei nº 6.683/79 é vedada pela Constituição Federal, em face do postulado do Estado Democrático de Direito e do princípio da segurança jurídica em que se alicerça.

4. DA REAÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL ÀS SUAS PRÓPRIAS INTERPRETAÇÕES (*VENIRE CONTRA FACTUM PRÓPRIO*)

É de se observar que o arguente aguardou trinta anos de vigência da Lei de Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979) e vinte anos de vigência da Constituição Federal para mudar a interpretação e, tardiamente, apresentar uma extemporânea irresignação.

A histórica conformidade está registrada em manifestação de 15 de agosto de 1979, na qual aquela entidade encaminhou ao então Presidente do Senado Federal o Parecer do **Conselheiro José Paulo Sepúlveda Pertence** sobre o projeto de lei de anistia em tramitação no Congresso Nacional, **aprovado pelo Conselho Federal.**

Nele consta o seguinte trecho que merece destaque:

“14. Ora, não há objeção retórica que possa obscurecer que a amplitude, com a qual o mencionado § 1º definiu, como conexos aos crimes políticos, os crimes de qualquer natureza com eles relacionados, tem o único sentido de prodigalizar a anistia aos homicídios, violências e arbitrariedades policiais de toda a sorte, perpetrados nos desvãos da repressão política.

(...)

16. Note-se que, sob esse prisma, o projeto rompe duplamente com a tradição brasileira. Restringe-se, de um lado, contra os precedentes, o alcance da anistia com relação à criminalidade política, para dela excluir – à vista da circunstância fortuita da existência da condenação – parte dos autores de alguns delitos caracterizadamente políticos, objetiva e subjetivamente. E, de outro lado, amplia-se ineditamente o conceito de crime comum conexo a crimes políticos, para beneficiar com a anistia, não apenas os delitos comuns de motivação política (o que encontra respaldo nos precedentes), mas também, com o sentido já mencionado, os que tenham com os políticos, qualquer tipo de relação.

17. Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável com o passo adiante no caminho da democracia.

18. De outro lado, de tal modo a violência da repressão política foi tolerada – quando não estimulada, em certos períodos pelos altos escalões do Poder – que uma eventual persecução penal dos seus executores materiais poderá vir a ganhar certo contorno de farisaísmo.

(...)

19. Se assim se chega, no entanto, a impor à sociedade civil a anistia da tortura oficial – em nome do esquecimento do passado para aplainar o caminho do futuro Estado de Direito – não é admissível que o ódio repressivo continue a manter no cárcere umas poucas dezenas de moços, a quem a insensatez da luta armada pareceu, em anos de desespero, a única alternativa para a alienação.”

Agora, o Conselho da OAB volta-se contra sua própria opinião, essencial àquela época para a formação da mentalidade que permitiu entender que todos os sujeitos que eventualmente tivessem praticado quaisquer ilícitos fossem beneficiários da anistia.

Ressalte-se que esse posicionamento não foi exclusivo do Conselho da OAB. Com efeito, também o Instituto dos Advogados do Brasil – IAB pronunciou-se no mesmo sentido, no Ofício PR-437/79, de 15 de agosto de 1979, do seu então Presidente, Reginaldo de Souza Aguiar, dirigido ao Presidente do Senado Federal, à época, Senador Luiz Viana Filho. Tal ofício amparava-se no Parecer do **Dr. Sérgio Tostes**, datado de 1º de agosto de 1979, proferido, segundo ele, em momento que fora possível a análise menos emocionada do projeto, por haver decorrido pouco mais de um mês de sua ciência pública.

Naquele pronunciamento, Sérgio Tostes afirmava que:

“... é fora de dúvida que o parágrafo 1º do citado artigo 1º pode dar margem a se excluir do campo da apreciação judicial aqueles que podem ser qualificados como “torturadores”. A idéia do crime conexo certamente aproveitará aqueles que extravasaram na competência legal e infligiram sofrimentos morais e físicos. Por mais que repugne à sensibilidade humana, até mesmo admitir-se, que alguém valendo-se de uma autoridade de que momentaneamente dispõe possa causar danos pessoais a um semelhante, por uma questão de coerência, por se considerar que a idéia de anistia implica num esquecimento total, é de se concordar com a menção expressa do citado parágrafo 1º. O que visa a anistia é esquecer o passado e se viver o presente com vistas ao futuro. Desta forma, se a anistia deve ser como o exige o presente momento histórico, ampla, geral e irrestrita, deve também abranger todos àqueles que de uma forma ou de outra estiveram envolvidos no processo de exacerbação de ânimos” (grifamos) (doc. anexo).

Essa opinião se coadunava com a da maioria do Congresso Nacional, bem como com o sentimento de lideranças partidárias, considerando-se a necessidade de início da transição para a normalização democrática.

Diante disso, percebe-se que tão adversa alteração não merece guarida após a consolidação conquistada com a contribuição do próprio arguente.

5. A IMPOSSÍVEL PREVALÊNCIA DOS TRATADOS PARA TORNAR INVÁLIDA A ANISTIA BRASILEIRA DIANTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Uma das hipóteses veiculadas pelo arguente é a prevalência de Tratados Internacionais sobre a Constituição brasileira, de modo a permitir que tipos penais recentemente admitidos nessas convenções ou tratados possam ser aplicados internamente, ainda que não possuam aqui correspondência e ainda que essas normas não tenham sido recepcionadas no país.

O primeiro obstáculo a essa hipótese se encontra na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que subordina os tratados à Constituição da República, como claramente transcrito no voto do Ministro Celso de Mello, relator da ADI 1.480 MC-DF. Considerando-se, também, por hipótese, que estivesse internalizado algum dos tratados, seria somente como lei ordinária, não se sobrepondo à Constituição e, portanto, não podendo “criar” tipos penais inexistentes.

Esta barreira serve a uma dupla função neste caso: a) primeiro para impedir que se considere como crime condutas que não estão previstas nas nossas leis, fazendo sobrepujar a Constituição da República que

consagra o princípio da anterioridade da lei penal e, b) ao considerar como prescritíveis os possíveis atos que pudessem ser classificados como crime, se praticados por agentes do Estado.

Mesmo quando se observa a Emenda Constitucional nº 45, que acrescenta o § 3º ao art. 5º, dando força de Emendas Constitucionais às convenções e tratados internacionais, não há, até agora, a recepção de nenhuma dessas normas, diante das exigências complementares de quorum. Mais uma vez se assoma a interpretação que se amolda em conformidade com a Constituição da República e com a mentalidade pacificadora da Lei de Anistia.

6. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se pelo não conhecimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, pela sua improcedência.

São estas as conclusões a serem submetidas à superior consideração.

Brasília, 30 de janeiro de 2009.

ANA CAROLINA DE ALMEIDA TANNURI LAFERTÉ
Advogada da União

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO
Advogado da União