

Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Rio de Janeiro, RJ

415/GP

Em 15 de agosto de 1979.

fronte-se ao processo.
Em 17.8.79

Senhor Presidente:



Tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência, em anexo, o parecer do Conselheiro JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE sobre o Projeto de Lei de Anistia em tramitação no Congresso Nacional, aprovado por este Conselho Federal em sua sessão Plenária de 24 de julho último.

Valho-me do ensejo para renovar os protestos da minha estima e consideração.



EDUARDO SEABRA FAGUNDES
Presidente

Excelentíssimo Senhor
SENADOR LUIZ VIANA FILHO
Digníssimo Presidente do Senado Federal
Brasília - DISTRITO FEDERAL

Parecer do relator

Quem venha testemunhando a coerência da Ordem dos Advogados do Brasil, no desdobramento do seu compromisso com a aspiração de um Estado de Direito Democrático, não pode ter dúvidas quanto à posição do Conselho Federal, em face do projeto de lei de anistia que o Governo encaminhou ao Congresso. O pronunciamento que nos cabe, em nome dos advogados brasileiros, haverá de somar-se ao das críticas logo endereçadas à mesquinha das discriminações e ressalvas que apequenam, desfiguram e desqualificam a proposição governamental.

02. De resto, passado quase um mês da revelação da proposta, não é temerário afirmar que, à falta de contestação válida dos intérpretes do Poder, já se conscientizou a opinião pública da procedência das objeções suscitadas pela vanguarda da sociedade civil contra as restrições que o Governo pretende impor à conquista da anistia.

03. O exame global do projeto desvela de imediato o seu pecado substancial: é a sua frontal incompatibilidade com um dado elementar do próprio conceito de anistia, ou seja, o seu caráter objetivo. Em outras palavras: o que o Governo está propondo, com o nome de anistia, tem antes o espírito de um indulto coletivo que o de uma verdadeira anistia. Esta distorção básica está subjacente aos pontos mais criticáveis do projeto: da odiosa e arbitraria discriminação dirigida exclusivamente aos já condenados por determinados crimes políticos (art. 1º, § 2º), ao condicionamento do retorno ou reversão dos servidores públicos à existência de vaga e ao interesse da Administração (art. 3º), e à exclusão desse benefício "quando o afastamento tiver sido motivado por improbidade do servidor" (art. 3º, § 4º).

04. Mais que a forma de lei (que decorre de sua essência, mas com ela não se confunde), o que caracteriza a anistia é a sua objetividade. Isso sabidamente significa, como

se lê, por exemplo, em Anibal Bruno (Direito Penal, III/201), que, "a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime e, em consequência, ficam excluídos de punição os que o cometeram". A idéia já estava presente no célebre arrazoado de Rui Barbosa (*in* Comentários à Constituição, 2/441), quando se mostrava que, pela anistia, "remontando-se ao delito, se lhe elimina o caráter criminoso, suprimindo-se a própria infração". Por isso, a observação de Pontes de Miranda (Comentários à Const. de 1946, I/343-344), de que "a finalidade da anistia é a mesma da lei criminal com sinais trocados"; e acrescenta: com ela, "olvida-se o ato criminal, com a consequência de se lhe não poderem atribuir efeitos de direito material ou processual. Aconteceu o ato; agora, indo-se ao passado, mesmo onde ele está, acontece juridicamente desaparecer, deixar de ser, não ser". Na mesma linha, Raimundo Macedo (Extinção da Punibilidade, p.), a enfatizar que a anistia "é como a lei nova que deixou de considerar o fato como crime".

05. A recordação dessa verdade elementar basta para ver como não se pode sustentar a sério a legitimidade jurídica ou moral de pretender engalanar-se com a grandeza da anistia -- que está, por definição, na generalidade objetiva da determinação do seu alcance -- um projeto que discrimina entre autores não condenados e autores já condenados pelos mesmos crimes políticos, para excluir estes dos benefícios da anistia, que se estenderão àqueles.

06. Não se desconhece que a tradição histórica -- fonte necessária de identificação conceitual do instituto, onde, como ocorre entre nós, a Constituição não o define -- tem legitimado a anistia parcial, que exclua da sua incidência discriminante determinadas categorias de partícipes do fato anistiado. Mas, para que tais exclusões sejam legítimas, devem elas basear-se em fatos atribuíveis às pessoas excluídas da anistia. São exemplos frequentes a reincidência, a recusa à deposição de armas no prazo estabelecido e outras tantas circunstâncias objetivas, às quais -- porque imputáveis ao agente -- se tem considerado que o legislador pode atribuir a for

ça negativa de impedir que sobre a sua conduta criminosa, em particular, se estenda a eficácia da anistia.

07. Por isso, em linha de princípio, até se poderia admitir (é claro que sem apoiá-lo, no caso concreto), que se viesse a propor o inverso do pretendido no projeto. O que, entretanto, não só é inédito em nossa tradição história -- que é generosamente rica na matéria -- mas também é juridicamente inaceitável, porque irracional e arbitrário, é discriminar, entre os autores do mesmo fato, contra os que já tenham sido condenados, para negar apenas a estes a anistia concedida aos autores foragidos dos mesmos delitos políticos.

08. A esse argumento, mais que a outros aos quais tem sido dirigida, de certo se aplicaria a única resposta que o Sr. Ministro da Justiça tem utilizado contra todas as críticas à inexplicável discriminação do projeto: a anistia seria medida eminentemente política, à qual não seriam pertinentes objeções de ordem jurídica.

09. Formalmente, a réplica governamental teria consistência, se se cogitasse de anistia por via de norma constitucional. Mas não é o caso; trata-se de projeto de lei ordinária de anistia. E se a anistia -- pelo seu caráter de objetividade, ínsito no conceito do instituto, que se presume incorporado à Constituição -- retroage para retirar a criminalidade de um fato, não é lícito ao legislador ordinário discriminar arbitrariamente entre os seus co-autores, com base em circunstâncias de todo estranha ao mesmo fato anistiado ou à diversidade de conduta dos seus diversos partícipes. A discriminação desarrazoada, além de politicamente amoral, é ofensa típica do princípio constitucional da igualdade, e há de ser denunciada, para que, se o Congresso não vier a extirpar o despautêrio do projeto, fique expressa a confiança dos advogados em que os Tribunais o farão.

10. De resto, é inconveniente e frouxa a única defesa substancial da exclusão malsinada, até hoje reduzida à afirmiação da mensagem presidencial que encaminhou o projeto.

11. Sem que isso implique em aplaudir qualquer forma de violência política, a verdade é que, aos condenados políticos, a que, presumidamente, se aporá a equívoca qualificação de terroristas, para negar-lhes os efeitos da anistia proposta, só os desvarios do arbítrio poderiam enquadrar na tipologia dos criminosos contra a humanidade, objeto de repulsa universal. Não é legítimo desconhecer a evidência -- que a imprensa tem recordado nos últimos dias -- de que a grande maioria dos condenados pelas ações políticas armadas ocorridas há cerca de uma década foi recrutada nos estratos mais jovens do movimento estudantil, e levada à prática de tais fatos sob o clima do terror repressivo do Ato Institucional nº 5, da empolgação ostensiva do poder pela Junta Militar e de tantos outros episódios de arbítrio e de violência estatal, que então faziam impossível qualquer forma de contestação pacífica à ditadura.

12. De qualquer sorte, o apelo é universal condenação ética do terrorismo, como justificativa da exclusão questionada, não resiste ao próprio contexto do projeto. É que, além de nada ter a ver com o § 2º do art. 1º -- pois a exclusão atinge precisamente aos que, já condenados, purgam, há cerca de dez anos, a culpa que tenham tido -- o pretexto moral de que se lança mão não pode coexistir seriamente com o § 1º do mesmo dispositivo do projeto.

13. Não há, com efeito, como aceitarmos -- à luz dos valores do Estado de Direito Democrático, que integram o compromisso da Ordem perante a nação -- que a condenação ética do terrorismo sirva para excluir os contestatários violentos de uma ditadura dos benefícios da mesma lei de anistia, na qual a mais forte e universal condenação ética da *tortura policial* não foi óbice à extensão da impunidade legal aos crimes dos que a tornaram rotina, no procedimento da repressão aos adversários do regime.

14. Ora, não há objeção retórica que possa obscurecer que a amplitude, com a qual o mencionado § 1º definiu, como conexos nos 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.

15. Aliás, não é sem propósito indagar se não será a preocupação de anistiar as violências do regime o que explica que, do benefício, se tenham excluído apenas os já condenados pelos crimes de oposição violenta. Com a relativa liberdade de imprensa que já se alcançou, não há dúvida, como acentua a justificação do projeto, que, se tivessem continuidade, os processos contra os não condenados iriam "traumatizar a sociedade com o conhecimento de eventos que devem ser sepultados em nome da paz": entre eles, em primeiro lugar, os relativos à institucionalização da tortura aos presos políticos.

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 de 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 como 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 colorido de farisaísmo.

19. Não é preciso acentuar, de seu turno, que a extensão da anistia aos abusos da repressão terá efeitos meramente penais, não elidindo a responsabilidade civil do Estado, deles decorrentes.

20. 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 política a que a nação fora reduzida.

21. Pugnando, assim, pela simples eliminação do § 2º do art. 1º do projeto, dispensamo-nos de maior atenção à fonte de arbítrio judicial em que, a ser mantida, a norma se poderia transformar, mercê da referência, para excetuá-los da anistia, aos condenados por crimes de terrorismo, que é figura penal inexistente nas últimas leis de segurança nacional.

22. Desnecessário repisar a procedência das críticas que, a esse respeito, se tem dirigido ao projeto. Basta assinalar que, além de não definido em lei, o crime de terrorismo, na alusão do projeto de anistia, não fica restrito aos fatos de violência política -- *assaltos, sequestros e atentados pessoais* -- a cujos agentes a linguagem comum vinha atribuindo entre nós a qualificação de terroristas. A referência expressa, contida no mesmo parágrafo, a essas três modalidades de ação violenta torna claro que, além delas, outras poderão levar à exclusão da anistia, pois do contrário se tornará ociosa a menção, para esse fim, ao dito "crime de terrorismo".

23. Somado à indeterminação dos tipos penais da Lei de Segurança, já tantas vezes recriminada pela Ordem, logo se vislumbra o perigo de vir a condicionar-se, na prática, a declaração judicial da anistia, a extensões mais ou menos subjetivas do conceito de terrorismo, para o qual nem a doutrina logrou fixar critérios inequívocos.

24. Passando, agora, da esfera estritamente penal para o âmbito das sanções revolucionárias impostas com base nos Atos Institucionais, às quais se estende o projeto, não é possível calar que também aqui se fez presente, em grande parte, a distorção fundamental que nos levou, de começo, a afirmar que a anistia proposta tem antes o espírito de um grande indulto.

25. Ampla e irrestrita sô é a anistia, segundo o projeto, no que tange às suspensões revolucionárias de direitos políticos. Nenhuma ressalva se impôs no particular, de tal modo que, vigente a lei de anistia, os efeitos da suspensão desaparecerão por completo, como se a sanção jamais tivesse sido imposta, independentemente da exaustão do seu prazo.

26. No que diz, porém, com "*os servidores civis e militares demitidos, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados*", a anistia projetada terá apenas o limitado efeito de converter em aposentadoria, transferência para a reserva ou reforma as outras sanções aplicadas, e de fazer computar, em qualquer caso, o tempo corrido desde o afastamento para o cálculo dos proventos da inatividade ou da pensão (art. 4º).

27. No mais, o que se programou não é anistia verdadeira. Por esta, já o ensinou Rui (op. loc. cit.), "*além de se extinguir o próprio delito, se repõem as coisas ao mesmo estado em que estariam, se a infração nunca se tivesse cometido*". Transposta para o âmbito dos direitos do servidor público arbitrariamente afastado do seu emprego ou cargo público pela punição revolucionária, só mereceria as galas da anistia o ato que lhe assegurasse, como direito, pelo menos, a restauração da situação funcional anterior.

28. O projeto, ao contrário, não assegura qualquer direito nesse campo. Limita-se a afastar o óbice da sanção revolucionária, para que, a requerimento do interessado, e havendo vaga, possa a autoridade competente, discricionariamente ("no interesse da administração", art. 2º), admitir a sua vol

ta ao serviço ativo. Ademais, o retorno, quando deferido, se fará "para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor (...) ocupava na data de seu afastamento", negando-se-lhe até as promoções, do direito às quais o tenha privado a sanção.

29. Não se trata, pois, logo se vê, de anistia, mas de simples autorização legal para o perdão individual e de eficácia *ex nunc* do servidor sancionado.

30. Assim, não espanta o repúdio antecipado que o projeto tem recebido, no particular, de algumas das grandes personalidades de que foi privado o serviço público brasileiro, pelo obscurantismo e a intolerância, particularmente na área universitária.

31. Não se pode aceitar o sistema proposto, com base no argumento da existência de restrições semelhantes em leis anteriores de anistia. É preciso notar que, então, se tratava de anistia a crimes políticos, onde o apagamento dos seus efeitos penais não se estendia necessariamente à órbita das relações funcionais de seus agentes com a administração pública. Agora, no particular, não se trata de anistiar crimes apurados pelas vias processuais adequadas, mas sim de fazer desaparecer sanções arbitrariamente impostas pelo Governo, sem arremedo de defesa (com a única ressalva do período inicial dos seis meses do Ato Institucional nº 1), nem qualquer motivação.

32. Tudo isso impunha que a reparação se fizesse por meio de autêntica anistia, e não pela simples outorga à administração do poder de cooptar livremente aqueles cuja volta possa interessar ao sistema de poder dominante, após a prova de humildade do requerimento de perdão.

33. Pomo-nos, assim, pela inversão radical do procedimento engendrado no projeto: salvo impossibilidade constitucional ou legal, o retorno aos cargos, postos ou empregos se faria através da simples reapresentação do servidor, regulan-

do-se, ademais, fórmula adequada para o reajuste da sua situação funcional à que lhe tocaria na carreira, se não fora o afastamento arbitrário.

34. A própria existência de vaga é manifestamente inconciliável com a idéia de verdadeira anistia.

35. O projeto suscita um outro problema, particularmente delicado, que, por preconceito, tem ficado à sombra das discussões. É a exclusão da possibilidade da volta ao serviço ativo do servidor cujo afastamento, a teor do § 4º do art. 3º, "tiver sido motivado por improbidade do servidor".

35. O receio de parecer solidário a corruptos, parece, tem desestimulado as críticas sérias que a restrição proposta reclama. É preciso ponderar, contudo, que o nosso compromisso com as garantias processuais do Estado de Direito Democrático não pode ficar restrito à condenação do desrespeito delas em relação apenas aos acusados de crimes políticos. Mais que a injusta condenação por delitos de opinião, que não infama o condenado, é preciso assegurar as salvaguardas do devido processo legal a quantos se viram envolvidos, na exacerbação do movimento revolucionário vitorioso, pela acusação de improbidade na gestão da coisa pública.

36. De outro lado, como as chamadas sanções revolucionárias não foram motivadas, tal dispositivo levaria à outorga de poderes à administração para, na execução da lei de anistia, emitir julgamentos declaratórios do suposto motivo de improbidade, em que se teria fundado a punição. A anistia, se tornaria, paradoxalmente, em tais casos, ao invés de esquecimento, pretexto para a reiteração de juízos arbitrários sobre a honorabilidade de cidadãos que não se defenderam.

37. Finalmente, cumpre ponderar que a administração teve tempo de sobra para levar ao juízo criminal eventuais crimes de improbidade dos servidores atingidos pelas sanções revolucionárias. Fê-lo com relação a muitos: quanto aos condenados, a perda do cargo ganhou outro título jurídico,

o da pena acessória, contra a qual é razoável negar a extensão da anistia; quanto aos absolvidos, uma vez desaparecido, pela anistia, o efeito impeditivo da punição revolucionária, a absolvição criminal é um motivo a mais para impor a reintegração. Quanto a aqueles contra os quais, até hoje, nenhum processo penal se instaurou, na generalidade dos casos -- somada à anistia que desfez o ato punitivo revolucionário -- a extinção da punibilidade do crime eventualmente cometido trará, por norma legal, a extinção da responsabilidade administrativa.

39. Por tudo isso, o § 4º do art. 3º do projeto não pode subsistir. Como concebido, ele pretende ressuscitar um poder arbitrário, incompatível com o estágio de normalização jurídica já conquistado com a revogação dos atos institucionais. Na hipótese, entretanto, de aprovação do projeto, neste passo, resta proclamar que não se poderá mais negar ao atingido pelo dispositivo em tela o acesso às vias adequadas de controle jurisdicional: o ato administrativo que, agora, declarasse fundado em improbidade a sanção revolucionária, ao sem tempo imotivada, não se incorporaria a esta, e, portanto, jamais poderia gozar da imunidade que a Constituição emprestou às punições decretadas com base nos Atos Institucionais.

40. Pode entender-se, como o intérprete oficial do projeto, que ao abranger todos os "servidores da administração pública" e "fundações vinculadas ao poder público", o art. 1º do projeto beneficia os empregados de todas as pessoas jurídicas de direito privado integradas na administração indireta. É notório, porém, que poucos dentre eles foram punidos por ato do Chefe do Governo, e, portanto, fundado diretamente nos atos institucionais. Igualmente notório, contudo, que inúmeras dispensas se fizeram, através dos órgãos diretivos de tais entidades descentralizadas, por motivos e com caráter de punição política: as fundações universitárias fornecem exemplos notórios. Cumpre encontrar fórmula hábil que permita estender a anistia a essas hipóteses.

41. Manifestamos ainda completa solidariedade à reivindicação já amplamente veiculada de alargar o termo final da anistia -- fixada no projeto em 31.12.78 -- pelo menos

até 27.06.79, data da sua remessa ao Congresso Nacional: a fórmula, tomada de empréstimo à Constituição Italiana, é suficiente para determinar o encerramento de uns poucos processos por fatos recentes, cuja persecução penal representaria um anacronismo político, na conjuntura que se abrirá com a vigência da lei.

42. A situação dos magistrados atingidos pelos Atos Institucionais já mereceu consideração especial deste Conselho que, então, se manifestou pela imediata e incondicional reintegração de todos eles. O projeto evidentemente não atende a essa postulação. De início, não se deixa claro, na proposição governamental, se se poderia reputar os juizes, que são *órgãos* do Poder Judiciário, beneficiários da anistia da sanção revolucionária, concedida aos seus *servidores*. De outro lado -- além do condicionamento à existência de vaga (cuja superação, no caso de vários Tribunais, exigiria emenda constitucional) -- também a discricionariedade, a que ficou sujeita a volta dos anistiados ao serviço ativo, é, com relação aos magistrados, ainda menos admissível que com referência aos funcionários.

43. Estas, Sr. Presidente e Srs. Conselheiros, as considerações que nos ocorre submeter a esse Plenário. À vista do exame crítico procedido, é de esperar que o Congresso Nacional venha a aprovar substitutivo que, eliminando as discriminações e distorções indicadas, concretize uma anistia compatível com a generosidade do instituto e as aspirações da Nação. É evidente, no entanto, que, se a isso se opuser a obstinação do Poder, qualquer ampliação obtida será positiva.

44. Cremos, por fim, que o pronunciamento da Ordem dos Advogados a respeito desse projeto não pode terminar sem que a entidade repise, uma vez mais, a advertência, já reiterada, sobretudo através do eminente ex-presidente Raymundo Faoro: no processo de construção o Estado de Direito, a anistia "é um passo necessário, mas não o suficiente". Ainda que se tornasse ampla, geral e irrestrita, ela deixaria subsistir, para o futuro, empecilhos institucionais decisivos contra o estabelecimento, no País, dos pressupostos necessários a uma autêntica convivência democrática.

45. Entre eles, este momento de reflexão sobre a anistia induz a realçar duas questões, cuja solução constitui desafios imediatos ao pensamento democrático. O primeiro é a subsistência (malgrado a recente diminuição das penas cominadas, que não atinge a substância do problema) de uma lei de segurança nacional fundada em doutrina marcadamente totalitária. A outra, no mesmo contexto, é a sobrevivência, na administração pública, da chamada "comunidade de informação", em moldes de todo inconciliáveis com a construção de um regime democrático.

Paulo L. L. L.

Resoluções aditivas

1. Manifesta-se o Conselho, por unanimidade de votos, no sentido de estender a anistia aos ex-dirigentes sindicais que sofram restrições de direito decorrentes de intervenção nos respectivos órgãos de classe.
2. Entende o Conselho, por unanimidade, na linha do § 39 do parecer do relator, que a ser mantido o § 49 do art. 39 do projeto, conviria tornar explícita a admissibilidade do controle jurisdicional da existência do motivo de recusa de reintegração do servidor público, com base naquela norma de exclusão do benefício.
3. Pronuncia-se o Conselho, por maioria de votos (impedidos o relator e os demais conselheiros que assim se declararam), no sentido de que os funcionários civis e militares atingidos por punições fundadas em atos institucionais -- ressaltados apenas os condenados por crimes comuns contra a administração pública -- devam ser reintegrados nos cargos e postos respectivos, com ressarcimento de todos os prejuízos decorrentes do afastamento arbitrário que sofreram.

Anistia. Crítica ao projeto de lei de anistia submetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo. Sugestões para a sua compatibilização com o próprio conceito de anistia e com as aspirações nacionais em favor da construção do Estado de Direito Democrático.

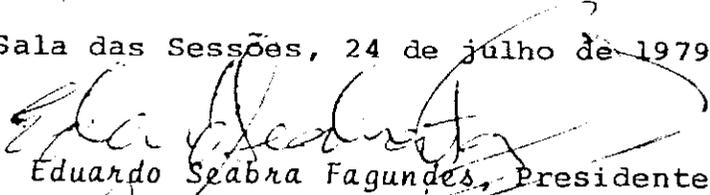
Processo CP Nº 2164 /79

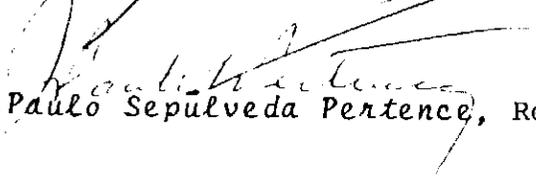
Relator: Conselheiro J. Paulo Sepúlveda Pertence

Acórdão "A"

Vistos e discutidos estes autos do processo CP 2164/79, através do qual o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pede a manifestação do seu Plenário sobre o projeto governamental de lei de anistia, ora em tramitação, acordam os integrantes do Conselho em aprovar em todos os seus termos o parecer do relator, que integra o presente acórdão, com as resoluções aditivas ao final relacionadas.

Sala das Sessões, 24 de julho de 1979.


Eduardo Seabra Fagundes, Presidente


J. Paulo Sepúlveda Pertence, Relator