Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJe nº 145 Divulgação 05/08/2010 Publicação 06/08/2010
Ementário nº 2409 - 1

29/04/2010 **TRIBUNAL PLENO**

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	:	**MIN. EROS GRAU**
ARGTE.(S)	:	CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB
ADV.(A/S)	:	FÁBIO KONDER COMPARATO
ADV.(A/S)	:	RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO
ARGDO.(A/S)	:	PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	:	ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ARGDO.(A/S)	:	CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S)	:	ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA
ADV.(A/S)	:	PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:	CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL - CEJIL
ADV.(A/S)	:	HELENA DE SOUZA ROCHA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:	ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANISTIADOS POLÍTICOS - ABAP
ADV.(A/S)	:	ADERSON BUSSINGER CARVALHO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:	ASSOCIAÇÃO DEMOCRÁTICA E NACIONALISTA DE MILITARES
ADV.(A/S)	:	EGON BOCKMANN MOREIRA E OUTRO(A/S)

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, *CAPUT*, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.

1. *Texto normativo* e *norma jurídica*, *dimensão textual* e *dimensão normativa* do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma

STF - Seção de Composição de Acórdãos 266

a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.

2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera.

3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São *crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"*; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] hão de terem estado *relacionados com os crimes políticos* ou [ii] hão de terem sido *praticados por motivação política*; são crimes outros que *não políticos*; são *crimes comuns*, porém [i] *relacionados com os crimes políticos* ou [ii] *praticados por motivação política*. A expressão *crimes conexos a crimes políticos* conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada *Lei de anistia* diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada *conexão criminal*; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas *leis-medida* (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo

especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão *crimes conexos* na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada *Lei da anistia* veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma *lei-medida*, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta *leis-medida* que a tenham precedido.

7. 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 mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não *recebida* pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a *revolução branca* que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem

constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera *lei-medida*, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em *sentido formal*, não o sendo, contudo, em *sentido material*. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a *norma-origem*. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.

10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em julgar improcedente a argüição, nos termos do voto do relator.

Brasília, 29 de abril de 2010.

EROS GRAU - RELATOR

28/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	:	**MIN. EROS GRAU**
ARGTE.(S)	:	CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB
ADV.(A/S)	:	FÁBIO KONDER COMPARATO
ADV.(A/S)	:	RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO
ARGDO.(A/S)	:	PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	:	ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ARGDO.(A/S)	:	CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S)	:	ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA
ADV.(A/S)	:	PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:	CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL - CEJIL
ADV.(A/S)	:	HELENA DE SOUZA ROCHA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:	ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANISTIADOS POLÍTICOS - ABAP
ADV.(A/S)	:	ADERSON BUSSINGER CARVALHO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:	ASSOCIAÇÃO DEMOCRÁTICA E NACIONALISTA DE MILITARES
ADV.(A/S)	:	EGON BOCKMANN MOREIRA E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB propõe argüição de descumprimento de preceito fundamental objetivando a declaração de não-recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979. A concessão da anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos estender-se-ia, segundo esse preceito, aos crimes conexos --- crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

2. Eis os textos a considerarmos:

"Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979

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.

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

3. O arguente alega ser notória a controvérsia constitucional a propósito do âmbito de aplicação da "Lei de Anistia". Sustenta que "se trata de saber se houve ou não anistia dos agentes públicos responsáveis, entre outros crimes, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar" [fl. 04].

4. Afirma ainda que a controvérsia constitucional sobre a lei federal está consubstanciada na divergência de entendimentos, notadamente do Ministério da Justiça e do Ministério da Defesa, no que toca à aplicação da lei de que se cuida. Caberia ao Poder Judiciário pôr fim ao debate.

5. Daí o cabimento da ADPF, instrumento hábil a definir, com eficácia geral, se a lei federal guarda conformidade com a ordem constitucional vigente.

6. Acrescenta não ser possível, consoante o texto da Constituição do Brasil, considerar válida a interpretação segundo a qual a Lei n. 6.683 anistiaria vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor. Sustenta que essa interpretação violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais.

7. A eventual declaração, por esta Corte, do recebimento do § 1º do artigo 1º da Lei 6.683 implicaria, segundo o arguente, desrespeito [i] ao dever, do Poder Público, de não ocultar a verdade; [ii] aos princípios democrático e republicano; [iii] ao princípio da dignidade da pessoa humana.

8. Por fim, alega que os atos de violação da dignidade humana não se legitimam com a reparação pecuniária [Leis ns. 9.140 e 10.559] concedida às vítimas ou aos seus familiares, vez que os responsáveis por atos violentos, ou aqueles que comandaram esses atos, restariam "imunes a toda punição e até mesmo encobertos pelo anonimato".

9. Requer que esta Corte, dando interpretação conforme à Constituição, declare que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar.

10. Solicitei informações, em 30 de outubro de 2008, e determinei fossem os autos, posteriormente, encaminhados ao Ministério Público Federal, nos termos do disposto no artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.882/99.

11. A Câmara dos Deputados prestou informações às fls. 53/60. Informou apenas que a Lei n. 6.683/79 foi aprovada na forma de projeto de lei do Congresso Nacional, conforme andamento a elas acostado.

12. O Senado Federal alegou, em suas informações, inépcia da inicial, vez que a Lei da Anistia teria exaurido seus efeitos "no mesmo instante em que entrou no mundo jurídico, há trinta anos, na vigência da ordem constitucional anterior" [fls. 70/81]. Sustentou ainda a impossibilidade jurídica do pedido e a ausência do interesse de agir do arguente.

13. A Associação Juízes para a Democracia requereu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, o pedido tendo sido deferido às fl. 778. Afirma o cabimento da presente ADPF. Postula, às fls. 130/176, que esta Corte reconheça "com base em seus próprios precedentes, na doutrina, e na legislação material e processual em vigor, a inexistência de conexividade entre delitos praticados pelos agentes repressores do regime militar e os crimes políticos praticados no período, de forma a afastar a incidência do § 1º do artigo 1º da Lei 6.683/79, e que as eventuais situações concretas que ensejem a aplicação destes dispositivos sejam apuradas singularmente pelos Juízos competentes para a instrução penal" [fl. 149]. Sustenta ainda que a interpretação extensiva da Lei de Anistia caracterizaria expansão da extinção de punibilidade aos agentes do regime militar e legitimaria a auto-anistia [fl. 160].

14. A Advocacia Geral da União encaminhou manifestação da qual constam informações prestadas pela Secretaria Especial de Direitos Humanos - SEDH, pela Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República - SAJ-CC, pelo Ministério das Relações Exteriores, pelo Ministério da Justiça, pelo Ministério da Defesa e pela Consultoria-Geral da União.

15. A Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, em manifestação de 11 de novembro de 2008, afirma que deveria ser declarada "inconstitucional a interpretação que estende a anistia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar" [fl. 472]. A Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União conclui todavia pelo não-conhecimento da presente arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido [fl. 206].

16. Sustenta preliminarmente, a Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União, a ausência de comprovação da controvérsia judicial e a falta de impugnação de todo o complexo normativo. No mérito, que "a abrangência conferida, até então, à Lei n. 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 n. 6.683/79 é ampla, geral e irrestrita" [fls. 192/193].

17. Rechaçando as alegações do arguente, a Secretaria-Geral de Contencioso afirma que a pretensão contida nesta ADPF é de mudança de interpretação do texto normativo --- segundo o qual a anistia seria uma benesse ampla e irrestrita --- e que essa limitação consubstanciaria modificação da própria hipótese de incidência do preceito, o que contrariaria a intenção do legislador.

18. Prossegue, "considerando-se que entre a edição da Lei n. 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 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. [...]. 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 1988."

[fls. 197/198]. Diz que a alteração superveniente da abrangência da anistia colidiria com o princípio da irretroatividade da lei penal, contemplado no artigo 5º, inciso XL, da Constituição do Brasil.

19. A anistia conferida pela Lei n. 6.683/79 teria sido ratificada pela Emenda Constitucional n. 26/85. Conclui no sentido de que a pretensão, do argüente, de restringir o alcance de aplicação do preceito contido no § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 é vedada pela Constituição do Brasil em razão do postulado do Estado Democrático de Direito e do princípio da segurança jurídica. Aponta ainda o fato de o arguente ter aguardado a Lei n. 6.683 viger por trinta anos e vinte anos a Constituição de 1988 para manifestar irresignação em relação a ela.

20. O Procurador Geral da República opina, no parecer de fls. 575/614, em 29 de janeiro passado, pelo conhecimento da ADPF e, no mérito, pela improcedência do pedido. No tocante às preliminares suscitadas pela Advocacia-Geral da União, sustenta que "preliminarmente, são apontados vícios formais que impediriam o conhecimento da presente arguição. A despeito dos respeitáveis argumentos desenvolvidos, alguns - pelo menos em princípio - de inegável consistência, parece à Procuradoria Geral da República que a extrema relevância do tema proposto recomenda afastar-se na espécie visão reducionista do instituto que inviabilize a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de questão de tamanha importância" [fls. 577/578].

21. Afirma que a análise da questão posta nestes autos demanda o exame do contexto histórico em que produzida a lei da anistia. A anistia tem índole objetiva, não visando a beneficiar alguém especificamente, mas dirigindo-se ao crime, retirando-lhe o caráter delituoso e, por consequência, excluindo a punição dos que o cometeram.

22. Prossegue dizendo 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, como, aliás, já destacado em outros pronunciamentos trazidos aos autos. A anistia, no Brasil, todos sabemos, resultou de um longo debate nacional, com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual. A sociedade civil brasileira, para além de uma singela participação neste processo, articulou-se e marcou na história do país uma luta

pela democracia e pela transição pacífica e harmônica, capaz de evitar maiores conflitos" [fls. 598/599].

23. O Centro pela Justiça e o Direito Internacional - CEJIL, a Associação Brasileira de Anistiados Políticos - ABAP e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares - ADNAM ingressaram neste feito como *amici curiae* [decisões de fls. 806, 807 e 854].

24. O arguente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, requereu a realização de audiência pública sob o fundamento da relevância da matéria discutida nesta arguição. Indeferi o pedido, vez que a ação foi proposta em outubro de 2008 e só em 2010 foi afirmada sua necessidade, necessidade de audiência pública. Afirmei, ademais, estarem os autos instruídos de modo bastante, permitindo o perfeito entendimento da questão debatida e que o pedido suscitado longo tempo após sua propositura redundaria em inútil demora no julgamento do feito [fl. 805]. A decisão de indeferimento de audiência pública transitou em julgado no dia 20 de abril, consoante certidão de fl. 858.

25. No dia 16 de abril passado a Associação Juízes para a Democracia, que figura nos autos como *amicus curiae*, requereu fosse a eles acostado "manifesto de juristas e de abaixo-assinado contendo 16.149 assinaturas contra a anistia dos militares". Diz que os documentos evidenciam a comoção social contra a anistia dos militares e seria imprescindível a sua juntada aos autos. Determinei que a documentação fosse a eles juntada por linha.

26. É o relatório.

28/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Está inscrita para falar em nome do Congresso Nacional a Doutora Gabrielle Tatith Pereira, mas, antes de lhe conceder a palavra, submeto à Corte a questão da admissibilidade da intervenção.

É que, eventualmente, ao Congresso poderia não ser reconhecido interesse institucional, mas creio que, diante da relevância da matéria, a Corte nada tem a objetar.

Vamos ouvi-la.

28/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

V O T O

As preliminares

1. A este tribunal incumbe, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aferir a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais ou atos normativos municipais e a Constituição, se e quando controversa tal compatibilidade, desde que não seja possível, a fim de que se a questione, a propositura de ação direta ou de ação declaratória. Refiro neste passo, por tudo, o acórdão lavrado na ADPF/MC n. 33, Relator o Ministro Gilmar Mendes.
No que concerne à matéria atinente às preliminares, vou me valer, em linhas gerais, para ser breve, do quanto observou Sua Excelência o Procurador Geral da República em seu parecer de fls.

2. Quanto à primeira delas, suscitada pela Advocacia Geral da União --- ausência de comprovação de controvérsia constitucional ou judicial quanto ao ato questionado ---, a norma veiculada pelo inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei n. 9.882/99, prevê o cabimento da ADPF *quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*. Há, aí, ampliação da regra do *caput* do artigo 1º, de sorte a admitir-se a ADPF autônoma para questionar lei ou ato normativo de qualquer ente federativo em face de preceito fundamental constitucional.
Esta ADPF amolda-se tanto à hipótese do *caput* do artigo 1º da Lei n. 9.882/99 (lesão a preceito fundamental por ato material, do Poder Público, de não promover investigações e ações penais por indevida aplicação da lei), como também à do seu parágrafo único, inciso I (lesão por produção de ato normativo federal que teria conferido indevidamente anistia a autores de crimes não passíveis de receberem o benefício).
Aqui não se tratando de ADPF incidental --- já que não se pretende discutir, paralelamente a qualquer outro processo judicial, matéria relativa à validade de ato normativo --- é desnecessária a comprovação da existência de controvérsia judicial atinente à aplicação do preceito constitucional. Basta a demonstração de controvérsia jurídica (em qualquer sede) sobre a validade da norma questionada (ou da sua interpretação).
Está satisfatoriamente demonstrada a existência de polêmica quanto à validade constitucional da interpretação que reconheça a anistia aos agentes públicos que praticaram delitos por conta da repressão à

dissidência política durante a ditadura militar.
A divergência em relação à abrangência da anistia penal de que se cogita é notória mesmo no seio do Poder Executivo federal, tendo sido aportadas aos autos notas técnicas que a comprovam. Esta Corte, ela mesma diagnosticou a presença de controvérsia sobre a interpretação a ser conferida à anistia penal da Lei n. 6.683/79. Confiram-se os votos prolatados na Extradição n. 974 [Informativos ns. 519 e 526 do STF]. Isso é suficiente para que resulte demonstrada a controvérsia instaurada. Rejeito a preliminar.

3. A Advocacia Geral da União e o Senado Federal invocam também a preliminar de ausência de impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema. A inicial haveria de ter questionado o § 1º do artigo 4º da Emenda Constitucional n. 26, de 1985.
Ocorre que essa preliminar confunde-se com o mérito. Será, a seu tempo, examinada.
Rejeito-a pois.

4. Mais, a ADPF seria incabível por estar voltada contra lei cujos efeitos se esgotaram na data da sua edição. Nada porém impede que leis temporárias sejam questionadas mediante ADPF. Adoto, ainda neste ponto, razões expostas no parecer do Procurador Geral da República. Preliminar rejeitada.

5. No que tange a preliminar do Ministério da Defesa, relativa à falta de indicação das autoridades responsáveis pelos atos concretos de descumprimento de preceitos fundamentais, a fixação da interpretação pretendida pela Arguente, se vier a ser fixada, abrangerá todos os agentes públicos de uma ou outra forma relacionados à persecução penal, juízes, tribunais, membros do Ministério Público e agentes da Polícia Judiciária que aplicaram, aplicam e podem vir a aplicar a Lei n. 6.683 em sentido incompatível com a Constituição em ações judiciais e investigações sob sua competência.
A observação no parecer do Procurador Geral da República é, também neste ponto, correta: "[a] ausência de qualquer dificuldade na identificação das autoridades e órgãos *responsáveis pela prática dos atos questionados* não impede que se advirta, todavia, que essa exigência de identificação é relativizada em relação à pretensa ADPF autônoma: nessa modalidade, realiza-se um controle objetivo da conformidade constitucional do ato normativo, sendo genéricos os efeitos do pronunciamento judicial em relação ao descumprimento de preceito fundamental. (...) Vale aqui o quanto se reconhece às ações diretas de (in)constitucionalidade: que não há réus ou legitimados passivos, pois é a validade constitucional de normas o que se discute. Em precedentes, o STF, ao julgar procedente a alegação de descumprimento de preceitos fundamentais, aceitou os efeitos

genéricos naturais ao controle objetivo de constitucionalidade. Na ADPF nº 101/DF (Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgamento em 24/06/2009), proposta pelo Presidente da República, combatiam-se *os efeitos das decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados*. Na ADPF nº 130/DF (Relator Ministro Carlos Britto, julgamento em 30/04/2009), proposta pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, pedia-se a declaração da revogação total da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1969). O STF satisfez-se com tal formulação e soube reconhecer sem dificuldade as autoridades e órgãos destinatários das providências cabíveis".
Esta preliminar também é rejeitada.

6. O Ministério da Defesa afirma por fim, contra o cabimento da ADPF, a inutilidade de eventual decisão de procedência. Isso por que os crimes --- ainda que não anistiados --- estariam prescritos. Caso viesse a ser julgada procedente, dela não resultaria nenhum efeito prático.
Sucede que a matéria da prescrição não prejudica a apreciação do mérito da ADPF, visto que somente se ultrapassada a controvérsia sobre a previsão abstrata da anistia abrir-se-á a oportunidade de apuração da prescrição. A preliminar é, destarte, rejeitada.
Afastadas todas elas e tendo como presentes os requisitos da ação, dela tomo conhecimento.

7. Registre-se, contudo, que o pedido constante da inicial --- item 5, alínea b --- menciona "os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, [sic] durante o regime militar (1964/1985)".
Ora, como a anistia foi concedida a todos que cometeram determinados crimes "no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979"[1], não alcançou crimes praticados após 15 de agosto de 1979 [= praticados entre essa data e 1985]. De modo que o pedido resulta parcialmente impossível: esta Corte não teria como declarar por ele não alcançado período de tempo ao qual o artigo 1º da Lei n. 6.683 não refere. Passo porém ao largo dessa circunstância, até porque a ela nada foi oposto e o prejudicaria, o pedido, apenas parcialmente.

A inicial: primeiras considerações

8. A inicial compreende duas linhas de argumentação: [i] de uma banda visa à contemplação de interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar-se que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos,

[1] Artigo 1º da Lei n. 6.683/79.

durante o regime militar; [ii] d'outra, o não recebimento da Lei n. 6.683/79 pela Constituição de 1988.
Afirma inicialmente que determinada interpretação do preceito veiculado pelo § 1º do seu artigo 1º seria com ela incompatível, a interpretação a ele conferida "*no sentido de que a anistia estende-se aos crimes comuns, praticados por agentes públicos contra opositores políticos, durante o regime militar*".
Por isso o pedido é de "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)".
A Associação Juízes para a Democracia [AJpD] afirma, em razões aportadas aos autos, que neles se trata de delinear o conceito de crimes políticos e crimes conexos com estes, previstos na Lei n. 6.683/79, para que seja determinada a sua extensão.

9. A redação *do texto* seria, segundo a inicial, propositadamente obscura (a inicial menciona a redação *da norma*). E assim seria porque "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. Daí porque a norma [o *texto*, digo eu] seria obscura e tecnicamente inepta [fls. 13 inicial]. Vê-se bem que, nos termos da inicial, a obscuridade da norma (do texto) pretenderia esconder o que "se procurou". O que "se procurou", segundo a inicial, foi a extensão da anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

10. Permito-me, neste passo, deixar bem vincados dois pontos, o primeiro dizendo com o fato de que todo, todo e qualquer texto normativo é obscuro até o momento da interpretação.
Hoje temos como assentado o pensamento que distingue *texto normativo* e *norma jurídica*, a *dimensão textual* e a *dimensão normativa* do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. Permitam-me, senhores Ministros, uma breve digressão, que não será vã, eis que a ela voltarei na parte final deste voto, incisivamente.
A interpretação do direito tem caráter constitutivo --- não meramente declaratório, pois --- e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção [= concretizar] ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do

texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: a sua inserção na vida.
A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida]. Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto.
Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular[2]. As normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, *enquanto textos, enunciados, disposições*, não dizem nada: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem[3].

11. Se for assim --- e assim de fato é --- todo *texto* será obscuro até a sua interpretação, isto é, até a sua transformação em *norma*. Por isso mesmo afirmei, em outro contexto, que se impõe "observarmos que a clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada"[4]. Daí não caber a afirmação de que o texto de que nesta ação se cuida seria, por obscuridade, *tecnicamente inepto*.
Observo apenas, quanto a este primeiro ponto, aspecto ao qual adiante retornarei. É que --- como a interpretação do direito consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas --- cumpre definirmos qual a realidade, qual o momento da realidade a ser tomado pelo intérprete da Lei n. 6.683/79.

12. O segundo ponto a ser considerado está em que --- se o que "se procurou", segundo a inicial, foi a extensão da anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão --- a revisão desse desígnio haveria de ser procedida por quem procurou estende-la aos agentes do Estado encarregados da repressão, isto é, pelo Poder Legislativo. Não pelo Poder Judiciário. Também a ele adiante voltarei.

Afronta a preceitos fundamentais

13. Permito-me examinar as duas linhas de argumentação compreendidas na inicial na seguinte ordem: desde já a atinente ao

---

[2] Sobre a interpretação do direito, vide meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 5ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2009.
[3] Meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, cit., pág. 86.
[4] Meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, cit., pp. 74-75.

não recebimento da Lei n. 6.683/79 pela Constituição de 1988; após, a que pretende uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar-se 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.

14. A Arguente afirma ser inválida a conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar. Essa conexão criminal, que fundamentaria a interpretação objeto da ADPF, não seria válida porque ofende vários preceitos fundamentais inscritos na Constituição.

15. O primeiro deles seria o da *isonomia em matéria de segurança*, destacado do artigo 5º, *caput*, da Constituição do Brasil. Sucede que a Arguente inicialmente não contesta exclusivamente uma determinada interpretação do preceito veiculado pelo § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79, mas o próprio texto da lei. Ora, delineada a distinção entre *texto* e *norma*, teremos a Arguente não investe, nesse passo, contra uma determinada *norma* resultante da interpretação do texto do § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79. O que, segundo ela, afrontaria a isonomia seria o próprio texto, que "estende a anistia a classes absolutamente indefinidas de crimes" e, despropositadamente --- diz a inicial ---, usa do adjetivo "relacionados", cujo significado não esclarece e a doutrina ignora, além de mencionar crimes "praticados por motivação política". A isonomia estaria sendo afrontada --- é verdade que neste ponto a inicial menciona a "interpretação questionada da Lei n. 6.683, de 1979" --- na medida em que *nem todos são iguais perante a lei em matéria de anistia criminal*. Isso porque uns "*praticaram crimes políticos, necessariamente definidos em lei, e foram processados e condenados. Mas há, também, os que cometeram delitos, cuja classificação e reconhecimento não foram feitos pelo legislador, e sim deixados à discrição do Poder Judiciário, conforme a orientação política de cada magistrado*".
Que a Arguente investe neste passo contra o texto da lei, isso é reafirmado na alusão ao § 2º do seu artigo 1º, que não é objeto da ADPF.
É certo, pois, que o argumento da Arguente não prospera, mesmo porque há desigualdade entre a prática de crimes políticos e crimes conexos com eles. A lei poderia, sim, sem afronta à isonomia --- que consiste também em tratar desigualmente os desiguais --- anistiá-los, ou não, desigualmente.

16. O segundo preceito fundamental malferido pela interpretação questionada do § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79

estaria contido no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição, que assegura a todos o *direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral*.
A Lei n. 6.683/79, segunda a Arguente, impediu que as vítimas dos agentes da repressão e o povo brasileiro tomassem conhecimento da "identidade dos responsáveis pelos horrores perpetrados, durante dois decênios, pelos que haviam empalmado o poder". Diz ela que a lei, "[a]o conceder anistia a pessoas indeterminadas, ocultas sob a expressão indefinida 'crimes conexos com crimes políticos', (...) impediu que as vítimas de torturas, praticadas nas masmorras policiais ou militares, ou os familiares de pessoas assassinadas por agentes das forças policiais e militares, pudessem identificar os algozes, os quais, em regra, operavam nas prisões sob codinomes".
Ocorre que o quê caracteriza a anistia é a sua *objetividade*, o que importa em que esteja referida a um ou mais delitos, não a determinadas pessoas. Liga-se a fatos, não estando direcionada a pessoas determinadas. A anistia é mesmo para ser concedida a pessoas indeterminadas.

17. Não vejo, de outra parte, como se possa afirmar que a Lei n. 6.683/79 impede o acesso a informações atinentes à atuação dos agentes da repressão no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.
Permito-me neste passo reproduzir trecho do parecer do Procurador Geral da República:

> "É evidente que reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia não significa apagar o passado.
> 105. Nesse sentido, o estado democrático de direito, para além da discussão acerca da punibilidade, precisa posicionar-se sobre a afirmação e concretização do direito fundamental à verdade histórica.
> 106. Com a precisão habitual, o Ministro Sepúlveda Pertence, em entrevista antes referida, afirmou que
>
> > *viabilizar a reconstituição histórica daqueles tempos é um imperativo da dignidade nacional. Para propiciá-la às gerações de hoje e de amanhã, é necessário descobrir e escancarar os arquivos, estejam onde estiverem, seja quem for que os detenha.*
>
> 107. Romper com a boa-fé dos atores sociais e os anseios das diversas classes e instituições políticas do final dos anos 70, que em conjunto pugnaram - como já demonstrado - por uma Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita, significaria também prejudicar o acesso à verdade histórica.
> 108. O que se propõe, ao invés, é o desembaraço dos mecanismos existentes que ainda dificultam o conhecimento do ocorrido naquelas décadas. Nesta toada, está pendente de

julgamento a ADI nº 4077, proposta pelo anterior Procurador-Geral da República, que questiona a constitucionalidade das Leis 8.159/91 e 11.111/05.

109. O julgamento da ADI nº 4077 é sensível para resolver a controvérsia político-jurídica sobre o acesso a documentos do regime anterior. Se esse Supremo Tribunal Federal reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia e, no mesmo compasso, afirmar a possibilidade de acesso aos documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à verdade, o Brasil certamente estará em condições de, atento às lições do passado, prosseguir na construção madura do futuro democrático".

O argumento de que se cuida, ancorado no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição, não prospera.

18. O terceiro preceito fundamental afrontado pela interpretação questionada do § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 estaria contido nos *princípios democrático e republicano*.

A inicial diz que "os que cometeram crimes comuns contra opositores políticos, durante o regime militar, exerciam funções públicas e eram, por conseguinte, remunerados com recursos também públicos, isto é, dinheiro do povo". Daí é retirada a seguinte conclusão: "Nestas condições, a interpretação questionada da Lei nº 6.683 **representa clara e direta ofensa ao princípio democrático e ao princípio republicano, que embasam toda a nossa organização política**" (negritos no original).

Mais, diz a inicial que a lei foi votada pelo Congresso Nacional "**na época em que os seus membros eram eleitos sob o *placet* dos comandantes militares**" --- aí a alusão a senadores escolhidos por via de eleição indireta (os chamados "Senadores Biônicos") --- e ela, a lei, "**foi sancionada por um Chefe de Estado que era General do Exército e fora guindado a essa posição,** [sic] **não pelo povo, mas por seus companheiros de farda**" (negritos no original).

Em consequência, "o mencionado diploma legal, para produzir o efeito de anistia de **agentes públicos que cometeram crimes contra o povo**, deveria ser legitimado, após a entrada em vigor da atual Constituição, pelo órgão legislativo oriundo de eleições livres, ou então diretamente pelo povo soberano, mediante referendo (Constituição Federal, art. 14). O que não ocorreu" (negritos no original).

Em segundo lugar, "num regime autenticamente republicano e não autocrático os governantes não têm poder para anistiar criminalmente, quer eles próprios, quer os funcionários que, ao delinqüirem, executaram suas ordens".

19. Não vejo realmente como possam, esses argumentos, sustentar-se, menos ainda justificar a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.
Pois é certo que, a dar-se crédito a eles, não apenas o fenômeno do *recebimento* --- a *recepção* --- do direito anterior à Constituição de 1988 seria afastado, mas também outro, este verdadeiramente um fenômeno, teria ocorrido: toda a legislação anterior à Constituição de 1988 seria, porém exclusivamente por força dela, formalmente inconstitucional. Um autêntico fenômeno, a exigir legitimação de toda essa legislação pelo órgão legislativo oriundo de eleições livres ou então diretamente pelo povo soberano, mediante referendo.
Os argumentos adotados na inicial vão ao ponto de negar mesmo a anistia concedida aos crimes políticos, aqueles de que trata o artigo 1º da lei, a anistia concedida aos acusados de crimes políticos, que agiram contra a ordem política vigente no País no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A contradição é, como se vê, inarredável.
O que se pretende é extremamente contraditório: a ab-rogação da anistia em toda sua amplitude, conduzindo inclusive a tormentosas e insuportáveis conseqüências financeiras para os anistiados que receberam indenizações do Estado, compelidos a restituir aos cofres públicos tudo quanto receberam até hoje a título de indenização. A procedência da ação levaria a este funesto resultado.
Também este argumento, que diria com os *princípios democrático e republicano*, não prospera.
O outro argumento --- "num regime autenticamente republicano e não autocrático os governantes não têm poder para anistiar criminalmente, quer eles próprios, quer os funcionários que, ao delinqüirem, executaram suas ordens" --- será considerado mais adiante, ao final deste voto.

20. O quarto preceito fundamental afrontado pela interpretação questionada do § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 seria o da *dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, que não pode ser negociada*.
A Arguente diz que "o derradeiro argumento dos que justificam, a todo custo, a encoberta inclusão na Lei nº 6.683 dos crimes cometidos por funcionários do Estado contra presos políticos é o de que houve, no caso, um acordo para permitir a transição do regime militar ao Estado de Direito".
Afirma-o para inicialmente questionar a existência desse acordo --- "quem foram as partes nesse acordo"? indaga --- e em seguida afirmar que, tendo ele existido, "força é reconhecer que o Estado instituído com a liquidação do regime militar nasceu em condições de grave desrespeito à pessoa humana, contrariamente ao texto expresso da nova Constituição Federal: '**A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como**

fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana. (art. 1º, III)'" (negritos no original).
Trata-se, também neste ponto, de argumentação exclusivamente política, não jurídica, argumentação que entra em testilhas com a História e com o tempo. Pois a dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu artigo 1º, III, anteriormente a sua vigência. A Arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei n. 6.683/79. Diz mesmo que "no suposto acordo político, jamais revelado à opinião pública, a anistia aos responsáveis por delitos de opinião serviu de biombo para encobrir a concessão de impunidade aos criminosos oficiais, que agiam em nome do Estado, ou seja, por conta de todo o povo brasileiro" e que a dignidade das pessoas e do povo foi usada como "moeda de troca em um acordo político".

21. A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79. A procura dos sujeitos da História conduz à incompreensão da História. É expressiva de uma visão abstrata, uma visão intimista da História, que não se reduz a uma estática coleção de fatos desligados uns dos outros. Os homens não podem fazê-la senão nos limites materiais da realidade. Para que a possam fazer, a História, hão de estar em condições de fazê-la. Está lá, n'O 18 Brumário de Luís Bonaparte[5]: "Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem, não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado".
A inflexão do regime [= a ruptura da aliança entre os militares e a burguesia] deu-se com a crise do petróleo de 1974, mas a formidável luta pela anistia --- luta que, com o respaldo da opinião pública internacional, uniu os "culpados de sempre" a todos os que eram capazes de sentir e pensar as liberdades e a democracia e revelou figuras notáveis como a do bravo senador Teotonio Vilela; luta encetada inicialmente por oito mulheres reunidas em torno de Terezinha Zerbini, do que resultou o CBD (Comitê Brasileiro pela Anistia); pelos autênticos do MDB, pela própria OAB, pela ABI (à frente Barbosa Lima Sobrinho), pelo IAB, pelos sindicatos e confederações de trabalhadores e até por alguns dos que apoiaram o movimento militar, como o general Peri Bevilácqua, ex-ministro do STM [e foram tantos os que assinaram manifestos em favor do movimento militar!] --- a formidável luta pela anistia é expressiva

[5] Karl Marx, s/ indicação de tradutor, Editorial Vitória, Rio de Janeiro, 1956, pág. 17.

da página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História. Nos estertores do regime viam-se de um lado os exilados, que criaram comitês pró-anistia em quase todos os países que lhes deram refúgio, a Igreja (à frente a CNBB) e presos políticos em greve de fome que a votação da anistia [desqualificada pela inicial] salvou da morte certa --- pois não recuariam da greve e já muitos estavam debilitados, como os jornais da época fartamente documentam --- de outro os que, em represália ao acordo que os democratas esboçavam com a ditadura, em torno da lei, responderam com atos terroristas contra a própria OAB, com o sacrifício de dona Lydia; na Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro, com a mutilação do secretário do combativo vereador Antonio Carlos; com duas bombas na casa do então deputado do chamado *grupo autêntico* do MDB Marcello Cerqueira, um dos negociadores dos termos da anistia; com atentados contra bancas de jornal, contra *O Pasquim*, contra a *Tribuna de Imprensa* e tantos mais. Reduzir a nada essa luta, inclusive nas ruas, as passeatas reprimidas duramente pelas Polícias Militares, os comícios e atos públicos, reduzir a nada essa luta é tripudiar sobre os que, com desassombro e coragem, com desassombro e coragem lutaram pela anistia, marco do fim do regime de exceção. Sem ela, não teria sido aberta a porta do Colégio Eleitoral para a eleição do "Dr. Tancredo", como diziam os que pisavam o chão da História. Essas jornadas, inesquecíveis, foram heróicas. Não se as pode desprezar. A mim causaria espanto se a brava OAB sob a direção de Raimundo Faoro e de Eduardo Seabra Fagundes, denodadamente empenhada nessa luta, agora a desprezasse, em autêntico *venire contra factum proprium*.

22. Leio trechos de depoimento de Dalmo de Abreu Dallari[6], que sofreu --- ele mesmo relata --- prisão e sequestro pela ousadia de não transigir e não calar, empenhado em localizar desaparecidos, salvar torturados, libertar patriotas vítimas de prisão arbitrária, pregando sempre a restauração democrática. Assim, diz ele, chegou-se à Lei da Anistia:

> "Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção, pelo benefício que resultaria aos perseguidos e às suas famílias e pela perspectiva de que teríamos ao nosso lado companheiros de indiscutível vocação democrática e amadurecidos pela experiência. (...) A idéia inicial de anistia era muito genérica e resultou no lema 'anistia ampla, geral e irrestrita', mas logo se percebeu que seria necessária uma confrontação de propostas, pois os que ainda mantinham o

---

[6] Depoimento prestado à Fundação Perseu Abramo, http://www2.fpa.org.br/conteúdo/dalmo-dallari

> comando político logo admitiram que seria impossível ignorar a proposta dos democratas, mas perceberam que uma superioridade de força lhes dava um poder de negociação e cuidaram de usar a idéia generosa de anistia para dizer que não seria justo beneficiar somente presos políticos e exilados, devendo-se dar garantia de impunidade àqueles que, segundo eles, movidos por objetivos patrióticos e para defender o Brasil do perigo comunista, tinham combatido a subversão, prendendo e torturando os inimigos do regime. Nasceu assim a proposta de 'anistia recíproca'. De início, procurou-se limitar a anistia aos perseguidos políticos, dizendo-se que não deveriam ser anistiados os que tivessem cometido 'crimes de sangue'. Isso foi, afinal, sintetizado numa enumeração de crimes que não seriam anistiados, compreendendo, segundo a lei da anistia (Lei n. 6683, de 28 de agosto de 1979), os que tivessem sido condenados 'pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal'. Em sentido oposto, beneficiando os que abusando de uma função pública tivessem cometido crimes [.] (F)oram abrangidos os que tivessem cometido crimes políticos ou 'conexos' com esses. Assim, aquele que matou alguém numa sessão de tortura estaria anistiado porque seu principal objetivo era combater um adversário político. O homicídio seria apenas conexo de outro crime, a ação arbitrária por motivos políticos, que seria o principal. Assim se chegou à Lei da Anistia".

23. Tem razão a Arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano.
Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor [valor de quem se arrogue a tanto]. É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à *tirania dos valores*. Então, como diz Hartmann[7], quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores,

---

[7] Ethik, 3. edição, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1949, pág. 576 ("Jeder Wert hat - wenn er einmal Macht gewonnen hat über eine Person - die Tendenz, sich zum alleinigen Tyrannen des ganzen menschlichen Ethos aufzuwerfen, und zwar auf Kosten anderer Werte, auch solcher, die ihm nicht material entgegengesetzt sind").

inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.

24. Sem de qualquer modo negar o que diz a Arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço [o que subscrevo], tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana. De resto, ao acordo político que resultou no texto da Lei n. 6.683/79 e cujas partes a Arguente indaga quais teriam sido, retornarei linhas adiante.

O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, esse argumento não prospera.

A interpretação conforme a Constituição e os crimes conexos

25. No que concerne à segunda linha de argumentação enunciada na inicial, sustenta-se que determinada interpretação do preceito veiculado pelo § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 é incompatível com a Constituição. Essa interpretação, incompatível com a Constituição, seria a de que *a anistia estende-se aos crimes comuns, praticados por agentes públicos contra opositores políticos, durante o regime militar*. Daí o pedido de "interpretação conforme a 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)".

A conexão criminal implicaria uma identidade ou comunhão de propósitos ou objetivos nos vários crimes praticados. Se o agente é um só, a lei reconhece a ocorrência de concurso material ou formal de crimes (Código Penal, artigos 69 e 70); se os agentes forem vários há, tendo e vista a comunhão de propósitos ou objetivos, co-autoria (Código Penal, artigo 29). E também há conexão criminal quando os agentes criminosos atuaram uns contra os outros, embora aqui se trate de regra de unificação de competência, de modo a evitar julgamentos contraditórios; não há, então, norma de direito material.

Por isso os crimes praticados por agentes públicos contra opositores políticos durante o regime militar seriam *crimes comuns*. Não eram crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social [decreto-lei 314/67, decreto-lei 898/69 e Lei n. 6.620/78]. A repressão a esses crimes era implementada mediante a prática de crimes comuns, sem que houvesse comunhão de propósitos e objetivos entre agentes criminosos de um e de outro lado. De outra banda, além de a regra de conexão ser unicamente processual no último caso, "os

acusados de crimes políticos --- diz a inicial --- não agiram contra os que os torturaram e mataram, dentro e fora das prisões do regime militar, mas contra a ordem política vigente no País naquele período".
A seguinte conclusão parcial é, destarte, extraída da inicial: a norma veiculada pelo § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 "tem por objeto, exclusivamente, **os crimes comuns, cometidos pelos mesmos autores dos crimes políticos. Ela não abrange os agentes políticos que praticaram, durante o regime militar, crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não**" [redação da inicial, fls. 16; negritos no original]. Dizendo-o de outro modo: tem por objeto, exclusivamente, os *crimes comuns*, cometidos pelos mesmos autores dos crimes políticos; não abrange os *crimes comuns* praticados contra opositores políticos, presos ou não, por agentes políticos durante o regime militar.
A Associação Juízes para a Democracia apresentou razões "pelas quais postula a procedência do pedido formulado, nos termos do [artigo] 6º, § 1º da Lei 9.882/99, [sic] e no artigo 131, § 3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal".
Diz que se trata de delinear o *conceito* de crimes políticos e crimes conexos com estes, previstos na Lei n. 6.683/79, para que seja determinada a sua extensão.

26. Observo neste passo, parenteticamente, que não é exatamente isso o que ocorre, visto que o § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 *define* crimes conexos aos crimes políticos: "[c]onsideram-se conexos, para efeitos deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política". Não me estenderei aqui em debate acadêmico a respeito da distinção entre *conceitos* e *definições*, mas é certo que a *definição jurídica* explicita o termo de um determinado *conceito jurídico*[8]. O § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 define *crimes conexos aos crimes políticos* "para os efeitos" desse artigo 1º. São *crimes conexos aos crimes políticos* "*os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política*". Podem ser de "qualquer natureza", mas [i] hão de terem estado *relacionados com os crimes políticos* ou [ii] hão de terem sido *praticados por motivação política*. São crimes outros que *não políticos*; logo, são *crimes comuns*, porém [i] *relacionados com os crimes políticos* ou [ii] *praticados por motivação política*.

27. A matéria há, porém, de ser examinada à luz da Constituição. Por isso não me deterei no quadro da infraconstitucionalidade senão para lembrar que a alusão a crimes

[8] Vide meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, cit., págs. 237-238.

conexos a crimes políticos aparece já na anistia concedida, em janeiro de 1916, a civis e militares que, direta ou indiretamente, se envolveram em movimentos revolucionários no Estado do Ceará (decreto 3.102, de 13 de janeiro de 1916, do Presidente do Senado Federal). Posteriormente isso se repete [i] no decreto 3.163, de 27 de setembro de 1916, de Wenceslau Braz, Ministro da Justiça Carlos Maximilano, decreto que concedeu anistia às pessoas envolvidas em fatos políticos e conexos ocorridos no Estado do Espírito Santo em virtude da sucessão presidencial estadual; [ii] no decreto 19.395, de 6 de novembro de 1930, que concedeu anistia a todos os civis e militares envolvidos nos movimentos revolucionários ocorridos no país; [iii] no decreto 24.297, de 28 de maio de 1934, que concedeu anistia aos participantes do movimento revolucionário de 1932; [iv] no decreto-lei 7.474, de 18 de abril de 1945, que concedeu anistia a todos quantos tenham cometido crimes políticos desde 16 de julho de 1934 até a data de sua publicação, cujo § 2º do artigo 1º considera conexos, para os efeitos desse mesmo preceito, "os crimes comuns praticados com fins políticos e que tenham sido julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional".
Outrossim, a expressão *anistia ampla e irrestrita* terá surgido no artigo 1º do decreto-legislativo 22, de 23 de maio de 1956, que a concedeu a todos os civis e militares que, direta ou indiretamente, se envolveram nos movimentos revolucionários ocorridos no País a partir de 10 de novembro de 1955 até 1º de março de 1956.

28. Essa expressão, *crimes conexos a crimes políticos*, conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ter sido assim. A chamada *Lei de anistia* diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Tenho que a expressão ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada *conexão criminal*. Refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.
Esse significado, de conexão *sui generis*, é assinalado no voto do Ministro Decio Miranda no RHC n. 59.834: "não estamos diante do conceito rigoroso de conexão, mas de um conceito mais amplo, em que o legislador considerou existente esta figura processual, desde que se pudesse relacionar uma infração a outra". Lembre-se bem o texto do preceito do § 1º do artigo 1º: "Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política".

29. A Arguente tem razão: o legislador procurou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção. Daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral. Anistia que somente não foi irrestrita

porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou, veremos logo adiante --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

Parenteticamente transcrevo, neste passo, o que afirmou o Ministro Julio de Sá Bierrenbach quando do julgamento pelo Superior Tribunal Militar, em sessão do dia 6 de fevereiro de 1980, do Recurso Criminal n. 5.367, relator o Ministro Jacy Guimarães Pinheiro:

> "Em 28 de junho próximo passado, ao tomar conhecimento do projeto da Lei da **Anistia**, que me foi trazido por um jornalista, critiquei o § 2º do artigo 1º daquele projeto tal como estava redigido. Se o Governo desejava excetuar dos benefícios da **anistia** os indivíduos que praticaram crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal, não deveria utilizar a expressão "os que foram condenados pela prática" de tais crimes: melhor teria sido utilizar a palavra denunciados, abrangendo todos os processados por aqueles crimes que se constituiriam na exceção da Lei da **Anistia**. Como todos sabemos, condenados são aqueles cuja condenação transitou em julgado, isto é, quando não mais cabe recurso à decisão judicial.
>
> Da forma em que estava no projeto, os condenados definitivamente por crimes de assalto, seqüestro, atentado pessoal e terrorismo não seriam anistiados, ao passo em que os acusados pelos mesmos crimes, mas com processos em curso, seriam contemplados com a **anistia**! O projeto era injusto, pois beneficiaria os revéis, enquanto poderia manter no cárcere indivíduos menos responsáveis pelo mesmo delito, porém, já condenados. A celeridade da Justiça, tão desejada por todos nós, segundo o projeto, era contra os réus. Os condenados não seriam anistiados enquanto aqueles, cujos processos arrastavam-se na Justiça Militar, receberiam o benefício da **anistia**. Sem ser jurista, nem ao menos bacharel em direito, fiz esta e outras críticas construtivas ao projeto da lei na data em que o mesmo foi publicado, acentuando que o projeto ainda não havia passado no Congresso e que eu me curvaria diante da decisão que fosse sancionada. Minhas declarações, com um único propósito construtivo, evitar iniqüidades, foram publicadas nos jornais de 1º de julho de 1979. Três ou quatro dias depois, um dos líderes do Governo no Congresso afirmava à imprensa que as injustiças seriam corrigidas com indulto presidencial. O projeto ainda não era lei, pois a mesma só foi sancionada dois meses depois, em 28.8.79, e já admitia injustiças ..." (negritos e grifos no original).

A propósito, lembre-se ainda que o STM, no dia 21 de novembro de 1979, no julgamento do Recurso Criminal n. 5.341, relator o Ministro Faber Cintra, concedeu a anistia do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 a quem, condenado por delito dela excluído pelo seu § 2º, já cumprira

inteiramente a pena que lhe fora imposta; isso em afirmando que o cumprimento da pena acarreta a cessação da punibilidade, exclusivamente a ela dizendo respeito, ao passo que a anistia diz com o fato perdoado. No mesmo sentido, aliás, as decisões tomadas nos Recursos Criminais n. 5.338, 5.459, 5.666 e 5.751 e na Apelação n. 37.808.
A verdade é que a anistia da Lei n. 6.683/79 somente não foi totalmente ampla por conta do que o § 2º do seu artigo 1º definiu: a exclusão, a ela, dos condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Não foi ampla plenamente, mas seguramente foi bilateral.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
30. Desta Corte coleciono algumas decisões que, de uma forma ou de outra, importam ao quanto estamos, nestes autos, a considerar. Faço-o sem esquecer o histórico aresto lavrado na Ação Originária Especial n. 13, Relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, em 1992, na qual se cuidava do seguinte: um Brigadeiro da Aeronáutica que a memória nacional há de esquecer tentou usar uma unidade da FAB, conhecida como PARASAR, para a prática de atos terroristas na cidade do Rio de Janeiro; o Capitão Sérgio Ribeiro Miranda de Carvalho impediu-o, contrariando ordens recebidas desse brigadeiro; foi reformado, no posto que ocupava, por haver se recusado a pràticar atos de terrorismo (assassinato de políticos e outros cidadãos --- transcrevo voto do Ministro Marco Aurélio --- , explosão do gasômetro do Rio de Janeiro e destruição de instalações de força e luz, atos que seriam atribuídos aos comunistas, seguindo-se, como consectário, a caça a estes últimos); como fora já punido com prisão de vinte e cinco dias, sobrevindo a reforma de caráter punitivo, o tribunal reconheceu a duplicidade punitiva, bem assim que a segunda punição deveu-se a simples vindita, reconhecendo a existência do "vício grave", por duplicidade de punição, mencionado no artigo 9º do ADCT da Constituição de 1988.

31. Importa em especial considerarmos, no entanto, em relação ao caráter amplo das anistias concedidas entre nós, os julgados que passo a rememorar, inicialmente os atinentes ao caráter amplo das anistias.
31.1 Para começar, entre os acórdãos mais antigos desta Corte, o Habeas Corpus n. 1.386, Relator o Ministro Piza e Almeida, em 4 de julho de 1900, que, ao considerar a anistia concedida pelo Decreto n. 310, de 21 de outubro de 1895, interpretou-a de modo a aplicá-la a crimes de morte praticados em 12 de outubro de 1896; diz o acórdão: "É conseqüência do caráter geral da anistia que ela se estenda aos delitos acessórios que se prendem ao crime político".
31.2 No Habeas Corpus n. 34.866, relator o Ministro Luiz Galloti, em 1957, afirmou o caráter amplo do Decreto Legislativo n. 27, de 20 de

junho de 1956; a anistia nele concedida --- diz a emenda --- "não protege apenas a participação em greve, mas também os crimes com ela conexos, excluído o homicídio doloso"; isso porque o artigo 2º do decreto legislativo expressamente os excluía do benefício.
31.3 No Recurso Criminal n. 1.019, relator o Ministro Ary Franco, em 1957, estendeu a ato ocorrido após 1º de março de 1956, mas antes de sua publicação, os efeitos do Decreto Legislativo n. 22, de 23 maio do mesmo ano, que anistiou de modo amplo e irrestrito todos aqueles que houvessem praticado atos entre 10 de novembro de 1955 e 1º de março de 1956, relacionados com o movimento ocorrido a 10 de novembro de 1955.
31.4 No Recurso Criminal n. 1.025, relator o Ministro Hahnemann Guimarães, em 1958 afirmou-se o caráter amplo da anistia concedida aos jornalistas, em relação a delitos de imprensa, pelo Decreto Legislativo n. 27.
31.5 A ementa do Recurso de Habeas Corpus n. 59.834, Relator para o acórdão o Ministro Cordeiro Guerra, em 1982, linhas acima referido, diz: "ANISTIA. Interpretação do art. 1º e seu § 1º da Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1.979. Crime de deserção praticado contemporânea ou antecedentemente aos crimes políticos anistiados, [sic] considera-se conexo ou relacionado com os crimes políticos para o reconhecimento da extinção da punibilidade, por força do § 1º do art. 1º da Lei n. 6.683, de 28.8.1979".

32. Que o Supremo Tribunal Federal interpreta essa matéria de modo benéfico, disso dão conta, exemplarmente, os acórdãos lavrados nos Recursos Criminais 1.396 e 1.400, Relatores, respectivamente, os Ministros Xavier de Albuquerque e Leitão de Abreu, já em setembro de 1979, nos quais unanimemente atribuiu-se à expressão "condenados", no § 2º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79, o significado de *condenado por sentença passada em julgado*. No mesmo sentido o Recurso Criminal 1.410, Relator o Ministro Decio Miranda, e o Recurso Criminal 1.401, Relator o Ministro Cordeiro Guerra, ainda em 1979.
E, no RE 165.438, Relator o Ministro Carlos Velloso, em 2004, destaco voto, que tudo resume, do Ministro Cezar Peluso: "em tema de anistia, a interpretação tem de ser ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos".

33. Outro ponto a considerarmos --- e isso diz imediatamente com estes autos --- encontra-se no Recurso em Habeas Corpus n. 28.294, Relator o Ministro Philadelpho de Azevedo, de 1942, cuja ementa é a seguinte: "Estão incluídos na anistia ampla outorgada pelo decreto n. 19.395 de 1930 em relação aos crimes políticos e militares e aos conexos com estes os delitos atribuídos a policiais de um Estado cometidos na perseguição de grupos sediciosos que se movimentavam no sertão". Tratava-se de fatos ocorridos em 1926. Cleto Campelo, tenente revoltoso, partiu de Jaboatão, com um grupo

de revolucionários, pretendendo incorporar-se à Coluna Prestes. Em Gravatá morto em combate Cleto Campelo, seguiram os demais, sob o comando de Valdemar de Paula Lima, até que, perseguidos a partir de Limoeiro por uma força irregular integrada por policiais da Força Pública do Estado de Pernambuco, caíram em uma emboscada. Valdemar de Paula Lima e dois dos seus demais companheiros foram então brutalmente assassinados, com requintes de crueldade, sangrados a punhal. Três policiais foram denunciados por esses homicídios em janeiro de 1931. Após longa tramitação dos autos foi negada a aplicação da anistia do decreto n. 19.395 aos acusados. Esta Corte o fez. Colho, no voto do relator, o Ministro Philadelpho de Azevedo, o seguinte trecho: "A medida devia, assim, alcançar aos que se envolveram direta ou indiretamente, [sic] em movimentos revolucionários, tanto de um lado, como de outro, sendo inútil desmontar as peças de textos de largo alcance social para apurar se o mesmo fato constituiria crime político ou crime militar, ou ainda conexo com qualquer deles". Concedeu-se o habeas corpus por unanimidade.

Há momentos históricos em que o caráter de um povo se manifesta com plena nitidez. Talvez o nosso, cordial, se desnude na sucessão das frequentes anistias concedidas entre nós.

A interpretação do direito e as leis-medida

34. No início deste meu voto detive-me em digressão a respeito da interpretação do direito. Torno a ela, mas não me olhem assim. Não pretendo promover aqui, como diria nosso José Paulo Sepúlveda Pertence, um seminário jurídico. Desejo somente relembrar o quanto anteriormente observei: a interpretação do direito tem caráter constitutivo --- não meramente declaratório, pois --- e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso. 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, na 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. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos[9].

Essa afirmação aplica-se exclusivamente, contudo, à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas que chamamos de *leis-medida*.

---

[9] Disse-o em meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, cit., pág. 59.

35. Explico-me. As *leis-medida* (*Massnahmegesetze*) disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. Detive-me sobre o tema em texto acadêmico[10], inúmeras vezes tendo a elas feito alusão em votos que proferi nesta Corte[11]. O Poder Legislativo não veicula comandos abstratos e gerais quando as edita, fazendo-o na pura execução de certas medidas. Um comando concreto é então emitido, revestindo a forma de norma geral. As *leis-medida* configuram *ato administrativo* completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em *sentido formal*, não o sendo, contudo, em *sentido material*. Cuida-se, então, de *lei não-norma*[12]. É precisamente a edição delas que a Constituição de 1988 prevê no seu art. 37, XIX e XX.
Pois o que se impõe deixarmos bem vincado é a inarredável necessidade de, no caso de lei-medida, interpretar-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual.

36. Recordo o que se deu no julgamento, por esta Corte, do Habeas Corpus n. 29.151, Relator o Ministro Laudo de Camargo, em setembro de 1945. Eduard Arnold fora condenado pelo Tribunal de Segurança Nacional pela prática do delito de espionagem. Sobrevindo o decreto 7.474, de 18 de abril de 1945, pediu fosse extinta a pena em virtude da concessão de anistia. A ordem foi negada porque o caso demandava exame de provas em torno da seguinte questão: os delitos teriam sido praticados, ou não, em tempo de guerra, contra a segurança nacional, contra a segurança externa do país[13]. O que importa neste momento assinalar são, contudo, ponderações do Ministro Orosimbo Nonato no sentido de que "[c]abe ao intérprete, na aplicação da lei, verificar-lhe a finalidade, a mens legis atendendo ao momento histórico em que ela surgiu, e ao escopo a que visa, sem se deixar agrilhoar demasiadamente à sua literalidade". Em seguida, observando que naquele momento não se cogitava do "perdão de crimes contra a segurança externa do país, de delitos contra a integridade do Brasil", quanto aos demais delitos anotou: "Ora, no caso dos autos, como lembrou o Sr. Ministro Filadelfo de Azevedo, a lei de anistia resultou de um longo clamor de consciência pública, refletida na imprensa e em comícios. Era o ciclo que se abria, da redemocratização do Brasil e todos pediam que se lançasse perpétuo

---

[10] O direito posto e o direito pressuposto, 7ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2008, págs. 254-255.
[11] V.g., ADI 3.573.
[12] V., v.g., meus votos na ADI 820 e na ADI 3.145.
[13] No voto do Relator são ainda referidas decisões tomadas nos habeas corpus 29.034 e 29.111.

olvido aos delitos de opinião pública, às manifestações contra o regime vigente". Até parece, Senhores Ministros, que Orosimbo Nonato falava das jornadas de 1979, avançando sobre o meu argumento de agora.

37. Registro a existência, no Brasil, no período republicano, de mais de trinta atos de anistia, veiculados pelos seguintes decretos ou leis-medidas: Decreto n. 8/1891 (oposição ao Governo do Marechal Deodoro no Pará); Decreto n. 83/1892 (movimentos revolucionários em Mato Grosso e no Rio Grande do Sul); Decreto n. 174/1893 (acontecimentos políticos em SC e PE); Decreto n. 175/1893 (movimentos de 02.03.1893 no Maranhão); Decreto n. 176/1893 (movimento ocorrido em Catalão-GO); Decreto n. 305/1895 (acontecimentos políticos em Alagoas e Goiás); Decreto n. 310/1895 (movimentos revolucionários); Decreto n. 406/1896 (movimento de 04.09.1896 em Sergipe); Lei n. 533/1898 (amplia a anistia concedida pelo Decreto n. 310/1895); Decreto n. 1373/1905 (Revolta da Vacina); Decreto n. 1599/1906 (movimentos revolucionários de Sergipe e Mato Grosso); Decreto n. 2280/1910 (Revolta da Chibata); Decreto n. 2687/1912 (ampliação da anistia à Revolta da Chibata); Decreto n. 2740/1913 (revoltas no Acre e em Mato Grosso); Decreto n. 3102/1916 (revolução no Ceará e crimes políticos no país); Decreto n. 3163/1916 (crimes políticos no Espírito Santo em virtude da sucessão presidencial); Decreto n. 3178/1916 (ampliação das anistias de 1895 e 1898); Decreto n. 3492/1916 (eventos no Amazonas e Guerra do Contestado no Paraná e em Santa Catarina); Decreto n. 19395/1930 (Revolução de 1930); Decreto n. 20249/1931 (movimentos sediciosos de 28.04.1931 em São Paulo); Decreto n. 20265/1931 (movimentos sediciosos de 20.05.1931 em Pernambuco); Decreto n. 24297/1934 (Revolução Constitucionalista de 1932); Decreto-Lei n. 7474/1945 (Intentona Comunista de 1935); Decreto-Lei n. 7769/1945 (integrantes da Força Expedicionária Brasileira); Decreto-Lei n. 7943/1945 (crimes de injúria ao Poder Público e crimes políticos); Decreto Legislativo n. 18/1951 (crime de greve); Lei n. 1346/1951 (crimes eleitorais de leis revogadas); Decreto Legislativo n. 63/1951 (crime de injúria ao Poder Público); Decreto Legislativo n. 70/1955 (conflito no jornal Tribuna Popular-RJ); Decreto Legislativo n. 16/1956 (crimes de imprensa); Decreto Legislativo n. 22/1956 (movimentos revolucionários de 1955 a 1956); Decreto Legislativo n. 27/1956 (crimes de greve, de imprensa e insubmissão nas Forças Armadas); Decreto Legislativo n. 18/1961 (crimes políticos, greve, militares e imprensa); Lei n. 6683/1979 (crimes políticos e conexos entre 1961 e 1979); Lei n. 7417/1985 (mães de família condenadas a até cinco anos de prisão).

Como deveríamos hoje interpretar esses textos? Tomando-se a realidade político-social do nosso tempo, nos dias de hoje, ou aquelas no bojo das quais cada qual dessas anistias foi concedida?

38. Quais os *crimes conexos* que o § 1º do artigo 1º do Decreto n. 3.102, de 13 de janeiro de 1916, anistiou? Eram crimes conexos "ainda que não tenham tido ligação especial e imediata com os movimentos revolucionários" do Estado do Ceará, no tempo decorrido entre 1º de janeiro de 1913 e 7 de setembro de 1915.
Qual a abrangência da expressão *crimes conexos* na anistia que o Decreto n. 3.163, de 27 de setembro de 1916, concedeu aos envolvidos em fatos políticos e conexos nesse mesmo ano ocorridos no Estado do Espírito Santo?
E a anistia de 8 de novembro de 1930, concedida pelo Decreto n. 19.395 a "todos os civis e militares que, direta ou indiretamente, se envolveram nos movimentos revolucionários, [sic] ocorridos no país", abrangendo --- nos termos do § 1º do seu artigo 1º --- "todos os crimes políticos e militares, [sic] ou conexos com esses"? Alcançou exclusivamente os revolucionários ou terá beneficiado ainda os que os reprimiram?
Vou além nestas minhas indagações, Senhores Ministros. Como poderemos apurar o significado da expressão "qualquer outro crime político e os que lhe forem conexos" no parágrafo único do artigo 2º do Decreto n. 24.297, de 28 de maio de 1934, que concedeu anistia aos participantes do movimento revolucionário de 1932? Deveremos considerar, para tanto, a realidade daquele momento histórico ou ousaríamos permitir-nos fazê-lo imersos na realidade do presente? A resposta é evidente. O preceito não teria mesmo nenhum sentido, não poderia ser compreendido por quantos ignorassem o que ocorreu neste país na primeira metade dos anos 30.
E chego a 1945, ao decreto-lei n. 7.474, de 18 de abril, que anistiou os crimes conexos com os políticos cometidos desde 16 de julho de 1934 até essa data, 18 de abril. Note-se que aqui se poderia suscitar largo debate, visto que o § 2º do artigo 1º do decreto-lei teria como conexos somente os crimes comuns, praticados com fins políticos, que tenham sido julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional. Como resolver essa questão com as lentes que a visão da realidade do presente instala em nossas mentes? Para fazê-lo força é apreendermos a realidade histórico-social do momento da anistia de que se trata. Ela alcançou, ao referir crimes conexos com os políticos, exclusivamente os que tentaram contra o governo ou beneficiou ainda os que, praticando crimes comuns, os reprimiram?

39. Pois assim há de ser também com a anistia de que ora cogitamos. Aqui estamos, como nas demais anistias a que venho aludindo, diante de *lei-medida*. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979 que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão *crimes conexos* na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e

qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.
A chamada *Lei da anistia* veicula uma decisão política naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979 --- assumida. A Lei n. 6.683 é uma *lei-medida*, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conhece a História, para quem é assim a Lei n. 6.683 é como se não fosse, como se não houvesse sido.

40. Leio o que escreveu o então Conselheiro da OAB, José Paulo Sepúlveda Pertence, em parecer pela mesma OAB encaminhado ao Presidente do Senado Federal em agosto de 1979:

> "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 arbitrária 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 força negativa de impedir que sobre sua conduta criminosa, em particular, se estenda a eficácia da anistia".

O que então se debatia eram essas discriminações, em especial a que resultou contemplada no § 2º do artigo 1º da lei. No que tange no entanto à concessão de anistia aos agentes do Estado, leio ainda em Pertence:

> "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".

41. Mais não será necessário dizer, Senhores Ministros. Permito-me unicamente reproduzir, neste passo, trecho de entrevista de José Paulo[14], grande Ministro desta Corte, duplamente cassado pela ditadura militar, como membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e como professor da Universidade de Brasília, entrevista na qual afirma nada ter a alterar no parecer que a venho aludindo e diz, ainda mais:

"No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o § 1º do art. 1°, que, definindo, com amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos 'porões do regime', como então se dizia, pelos agentes civis e militares da repressão.

Meu parecer reconheceu abertamente que esse era o significado inequívoco do dispositivo. E sem alimentar esperanças vãs de que pudesse ele ser eliminado pelo Congresso, concentrava a impugnação ao projeto governamental no § 2º do art. 1°, que excluía da anistia os já condenados por atos de violência contra o regime autoritário.

(...)

É expressivo recordar que, no curso de todo o processo legislativo - que constituiu um marco incomum de intenso debate parlamentar sobre um projeto dos governos militares -, nem uma voz se tenha levantado para por em dúvida a interpretação de que o art. 1°, § 1º, se aprovado, como foi, implicava a anistia da tortura praticada e dos assassínios perpetrados por servidores públicos, sob o manto da imunidade de fato do regime de arbítrio. O que houve foram propostas de emenda - não muitas, porque de antemão condenadas à derrota sumária -

[14] Carta Maior (www.cartamaior.com.br), 18 de janeiro de 2010.

> para excluir da anistia os torturados e os assassinos da repressão desenfreada".

42. Anoto a esta altura, parenteticamente, a circunstância de a Lei n. 6.683 preceder a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. E, mais, o fato de o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- preceito que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcançar, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência. A Constituição não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, também certamente, *leis-medida* que a tenham precedido.

Refiro-me ainda, neste passo, a texto de Nilo Batista, na *Nota introdutória* a obra recentemente publicada[15], de Antonio Martins, Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Junior e Ulfrid Neumann:

> "... em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu *a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade* de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, 'o costume internacional não pode ser fonte de direito penal' sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente *Arellano x Chile*, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas 'para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998' ".

A transição para a democracia

43. Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos.

Ocorre que os subversivos a obtiveram, a anistia, à custa dessa amplitude. Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver). Quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos.

---

[15] Justiça de transição no Brasil, Editora Saraiva, Saraiva, São Paulo, 2010, págs. 8-9.

Inclusive a OAB, de modo que nestes autos encontramos a OAB de hoje contra a OAB de ontem. É inadmissível desprezarmos os que lutaram pela anistia como se o tivessem feito, todos, de modo ilegítimo. Como se tivessem sido cúmplices dos outros.
Para como que menosprezá-la, diz-se que o acordo que resultou na anistia foi encetado pela elite política. Mas quem haveria de compor esse acordo, em nome dos subversivos? O que se deseja agora, em uma tentativa, mais do que de reescrever, de reconstruir a História? Que a transição tivesse sido feita, um dia, posteriormente ao momento daquele acordo, com sangue e lágrimas, com violência? Todos desejavam que fosse sem violência, estávamos fartos de violência.

Interpretação e revisão da *Lei da anistia*

44. 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 mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. Disso dou exemplo. Refiro-me a reiterados votos do Ministro Sepúlveda Pertence a propósito da não abrangência, pela anistia, dos praças expulsos dos quadros militares por motivação política apenas porque, não sendo titulares de estabilidade, a punição não precisava fundar-se em atos de exceção; bastava, para tanto, a legislação disciplinar. A iniquidade, patente, jamais foi corrigida. Menciono, por todos, votos de Pertence no RE n. 125.641, Relator o Ministro Celso de Mello, em 1991, e na Ação Originária n. 13, Relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, em 1992. Nem mesmo para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo.
Cabe bem lembrar, neste passo, trecho do voto do Ministro Orosimbo Nonato no Recurso Extraordinário Criminal n. 10.177, julgado em 11 de maio de 1948: "Ao Poder Judiciário cabe apenas o encargo de interpretar a lei que traduz a anistia, sua extensão e alcance quanto aos fatos e às pessoas. No que tange ao mais, nada lhe cumpre fazer. O assunto, escreve Carlos Maximiliano, citando Cobat, de natureza essencialmente política, enquadra-se na competência exclusiva do Congresso cujo veredictum, sobre o caso, não sofre revisão do Judiciário (Com. à Const. Bras., 1948, v. II, n. 357, p. 154)"[16]. Transcrevo o texto de Carlos Maximiliano: "Quem interpreta e faz cumprir a lei da anistia? Quanto ao primeiro caso, forçoso é distinguir. Não se discutem os motivos, nem a justiça ou a oportunidade da concessão, depois de feita esta. O assunto, de natureza essencialmente política, enquadra-se na competência

[16] Veja-se ainda a ementa lavrada no Recurso Extraordinário Criminal n. 10.998, Relator o Ministro Barros Barreto, de 7 de junho de 1948, atinente à anistia concedida pelo Decreto-lei n. 7.943, de 1945.

exclusiva do Congresso, cujo *veredictum*, sobre o caso, não sofre revisão do Judiciário. Cabe a este em França, e com razão maior no Brasil, interpretar o decreto da anistia, verificando e traduzindo o sentido do texto, determinando o alcance da providência quanto aos fatos a que se aplica e às pessoas a que aproveita. A execução da lei compete às autoridades administrativas em primeiro lugar; devem agir, também, as judiciárias para suspender os processos e restituir a liberdade até aos condenados"[17].

45. Digo-o no pórtico desta seção, deste meu voto, na qual passo a dar atenção ao tema da interpretação e da revisão da chamada *Lei de anistia*.
A Arguente questiona, na inicial, a existência de um acordo para permitir a transição do regime militar ao Estado de Direito. "[Q]uem foram as partes nesse acordo?" --- indaga.
Não há porém dúvida alguma quanto a tanto. Leio entre aspas o que diz o ex-Ministro da Justiça, Tarso Genro[18]: "Houve, sim, um acordo político feito pela classe política". E mais diz ele, diz que esse acordo, como outros, não impõe cláusulas pétreas[19]. Que o seja, mas é certo que ao Poder Judiciário não incumbe revê-lo. Dado que esse acordo resultou em um texto de lei, quem poderia revê-lo seria exclusivamente o Poder Legislativo.
Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias. A ele não incumbe legislar ao apreciar ADPFs, senão apurar, em casos tais, a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais e a Constituição.

46. Há quem sustente que o Brasil tem uma concepção particular de lei, diferente, por exemplo, do Chile, da Argentina e do Uruguai, cujas leis de anistia acompanharam as mudanças do tempo e da sociedade. Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá contudo ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo. Insisto em que ao Supremo Tribunal Federal não incumbe legislar sobre a matéria.

47. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.
Começo com o exemplo do Chile.
O Decreto-Lei n. 2.191, de 18 de abril de 1978, conhecido como "*Ley de Amnistía*", concedeu-a a todas as pessoas que, na qualidade de

---

[17] Comentários à Constituição Brasileira, volume II, quinta edição, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1954, pp. 163-164.
[18] Teoria da democracia e justiça na transição, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2009, pág. 34.
[19] Idem, ibidem.

autores, cúmplices ou partícipes, tenham incorrido em delitos durante a vigência da situação de Estado de Sítio, compreendida entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, desde que não se encontrassem submetidas a processo ou condenadas. Foram também excluídos da anistia delitos mais graves, como parricídio, infanticídio, subtração ou corrupção de menores, estupro, incesto, etc. Resultaram todavia beneficiadas pela anistia todas as pessoas condenadas por Tribunais Militares em período posterior a 11 de setembro de 1973.
Em janeiro de 2007 a Corte Suprema chilena por maioria considerou não suscetíveis de anistia e imprescritíveis os crimes cometidos contra o desaparecido político José Matías Ñanco, fazendo-o com esteio em normas de Direito Internacional, sob o argumento de que se tratava de crimes de lesa-humanidade. Em novembro seguinte, no entanto, contrariando esse entendimento, declarou prescritos os crimes cometidos pelo Coronel de Exército Claudio Lecaros Carrasco.
Daí que, em 10 de junho de 2008, o Senado chileno rechaçou projeto de lei que reinterpretava o art. 93 do Código Penal e excluía da concessão de anistia, graça ou indulto os autores de crimes de lesa-humanidade. Posteriormente, em 12 de janeiro passado, os deputados Isabel Allende e Marcelo Díaz apresentaram ao Legislativo um projeto de lei visando à revogação do Decreto-Lei n. 2.191/78, objetivando anular os seus efeitos.
No Chile, como se vê, a revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, será feita pelo Poder Legislativo.

48. Na Argentina, estando ainda no exercício do poder os militares, a Lei n. 22.924 --- chamada "*Ley de Pacificación*" --, em 23 de março de 1983 concedeu anistia aos delitos cometidos com motivação, finalidade terrorista ou subversiva desde 25 de maio de 1973 até 17 de junho de 1982. Tida posteriormente como lei de "auto-anistia", a Lei n. 23.040, de 22 de dezembro do mesmo ano, derrogou-a, declarando-a nula.
Ao final de 1983 passaram a ser promovidas persecuções penais contra guerrilheiros e juntas militares (decretos 157 e 158, de 13 de dezembro de 1983).
Em 24 de dezembro de 1986 foi promulgada a Lei n. 23.492, conhecida como "*Ley de Punto Final*", que estabeleceu um prazo de sessenta dias para a citação, nas ações penais promovidas contra pessoas envolvidas nos conflitos políticos conhecidos como "*Guerra Sucia*", pena de extinção dessas mesmas ações penais.
No dia 8 de junho de 1987 foi sancionada a Lei n. 23.521, conhecida como "*Ley de Obediencia Debida*", que isentou de culpa oficiais chefes, oficiais subalternos, sub-oficiais e pessoal de tropa das forças armadas, bem assim policiais e agentes penitenciários que reprimiram o terrorismo entre 24 de março de 1976 e 26 de setembro de 1983, por terem atuado em virtude cumprindo ordens superiores.

No dia 21 de agosto de 2003 sobreveio a Lei n. 25.779, que declarou nulas as Leis do Ponto Final --- 23.492 --- e da Obediência Devida --- 23.521.
É certo que, em junho de 2006, a Câmara de Cassação Penal argentina declarou a inconstitucionalidade do indulto concedido pelo então Presidente Carlos Menem ao ex-general Santiago Riveros, decisão confirmada em junho de 2007 pela Corte Suprema, abrindo caminho para a declaração de inconstitucionalidade de indultos similares. Mas na Argentina --- dir-se-á que em razão de mudanças do tempo e da sociedade --- a revisão das leis de anistia foi procedida pelo Poder Legislativo. A Corte Suprema não as reviu, limitou-se a aplicar os preceitos aportados ao ordenamento jurídico por essa revisão.

49. Também no Uruguai aconteceu assim.
No dia 8 de março de 1985 foi promulgada a Lei n. 15.737, que concedeu indulto a presos políticos, bem assim aos que haviam cometido "crimes de sangue" conexos com crimes políticos. No dia 22 de dezembro seguinte, a Lei n. 15.848/86, a chamada de "*Ley de La Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado*", anistiou os delitos cometidos até 1º de março de 1985 por funcionários policiais e militares, por motivação política ou assemelhada, bem assim os praticados no cumprimento de suas funções, em ações ordenadas pelo regime que comandou o país durante o período de fato.
Em abril de 1989, no dia 16, a maioria dos eleitores uruguaios votou, em referendo então realizado, pela sua não revogação.
Posteriormente, após o lançamento, em setembro de 2007, de nova campanha de recolhimento de assinaturas visando à submeter a plebiscito a anulação dos artigos 1º a 4º dessa mesma lei, em 14 de junho de 2009 a Corte Eleitoral do Uruguai declarou ter sido alcançado o número de assinaturas necessárias à sua realização, que deveria ocorrer quando das eleições nacionais, em 25 de outubro seguinte.
É verdade que no dia 19 de outubro, a despeito da iminência do plebiscito, a Suprema Corte de Justiça, apreciando denúncia referente à morte de uma militante comunista detida em uma unidade militar em junho de 1974, afirmou a inconstitucionalidade dessa mesma "*Ley de La Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado*". Isso porque ela violaria o princípio da separação dos poderes na medida em que excluíra da órbita do Poder Judiciário o julgamento de condutas com aparência delitiva e afetara seriamente garantias que o ordenamento constitucional depositou em suas mãos. Não obstante, seis dias após, 25 de outubro, data da eleição presidencial, a maioria dos eleitores manifestou-se, em plebiscito, pela preservação da sua vigência.

50. Permito-me repetir o quanto afirmei linhas acima. O acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar

necessária revisão da lei de anistia, deverá ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo, não por nós. Como ocorreu e deve ocorrer nos Estados de direito. Ao Supremo Tribunal Federal --- repito-o --- não incumbe legislar.

A Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985

51. Chego quase ao final deste voto. Antes, contudo, cumpre considerarmos preceito veiculado pelo artigo 4º, § 1º da EC 26/85:

> "Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.
> § 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".

Repito: "É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos...". O período alcançado por esta anistia, da EC 26/85, é definido pelo § 2º desse mesmo artigo 4º: atos praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Perdoe-me, Senhor Presidente; perdoem-me, Senhores Ministros, mas leio a lei e a Emenda Constitucional:

> [i] Lei n. 6.683/79, 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...";
> [ii] Emenda Constitucional n. 26/85, art. 4º, § 1º: "É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos..." --- e completo: no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

52. Retorno ao texto de Nilo Batista[20], em trecho em que diz da impropriedade de entrever-se autoanistia na lei:

> "Sempre se soube da grande negociação política; hoje se sabe até que houve resistência à lei do ex-presidente General Geisel. Mas se o Congresso Nacional de 1979 pode ser olhado com certas reservas, o de 1985 --- já após eleições diretas para os governos estaduais, já com o país governado por um presidente civil, entre outros indicadores importantes --- por certo não precisava legislar anistia em causa própria; e na mesma emenda na qual era convocada a Assembléia Nacional Constituinte que resultaria na Constituição de 1988, a

[20] Ob. cit., pág. 11.

> anistia ascendia à hierarquia constitucional, deixando no degrau de baixo a restrição aos chamados 'crimes de sangue', que integrara a lei ordinária, e assim tornando-se penalmente irrestrita...".

Isso fulmina o argumento, do Arguente, de que "o mencionado diploma legal, para produzir o efeito de anistia de agentes públicos que cometeram crimes contra o povo, deveria ser legitimado, após a entrada em vigor da atual Constituição, pelo órgão legislativo oriundo de eleições livres, ou então diretamente pelo povo soberano, mediante referendo (Constituição Federal, art. 14). O que não ocorreu"; e, em seguida, de que "num regime autenticamente republicano e não autocrático os governantes não têm poder para anistiar criminalmente, quer eles próprios, quer os funcionários que, ao delinqüirem, executaram suas ordens".

53. O que importa ainda é seguirmos a exposição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior[21] a respeito da EC 26/85, cujo artigo 1º conferiu aos membros da Câmara dos Deputados e ao Senado o poder de se reunirem unicameralmente em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Daí que ela é dotada de caráter constitutivo. Instala um novo sistema normativo.

Diz o Professor Tércio[22] que, "ao promulgar emenda alterando o relato da norma que autoriza os procedimentos para emendar, o receptor (poder constituído) se põe como emissor (poder constituinte). Isto é, já não é a norma que autoriza os procedimentos de emenda que está sendo acionada, mas uma outra, com o mesmo relato, mas com outro emissor e outro receptor. É uma norma nova, uma norma-origem". Essa nova norma tem caráter constitutivo, constitui ela própria o comportamento que ela mesma prevê. E conclui[23]: "... quando o Congresso Nacional promulga uma emenda (nº 26) conforme os artigos 47 e 48 da Constituição 67/69, emenda que altera os próprios artigos, não é a norma dos artigos 47 e 48 que está sendo utilizada, mas uma outra, pois o poder constituído já assumiu o papel de constituinte".

54. Eis o que se deu: a anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Não que a anistia que aproveita a todos já não seja mais a da lei de 1979, porém a do artigo 4º, § 1º da EC 26/85. Mas estão todos como que [re]anistiados pela emenda, que abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Por isso não tem

---

[21] Introdução ao estudo do direito, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1996, pág. 193.
[22] Ob. e loc. citados.
[23] Ob. cit., pág. 194.

sentido questionar se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não *recebida* pela Constituição de 1988. Pois a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A norma prevalece, mas o texto --- o mesmo texto --- foi substituído por outro. O texto da lei ordinária de 1979 resultou substituído pelo texto da emenda constitucional.
A emenda constitucional produzida pelo Poder Constituinte originário constitucionaliza-a, a anistia. E de modo tal que --- estivesse o § 1º desse artigo 4º sendo questionado nesta ADPF, o que não ocorre, já que a inicial o ignora --- somente se a nova Constituição a tivesse afastado expressamente poderíamos tê-la como incompatível com o que a Assembléia Nacional Constituinte convocada por essa emenda constitucional produziu, a Constituição de 1988.

55. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura a nova ordem constitucional. Consubstancia a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988. Consubstancia, nesse sentido, a *revolução branca* que a esta confere legitimidade. Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental.
De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que, como vimos, foi mera *lei-medida*, dotada de efeitos concretos, exauridos --- repito, parenteticamente, o que observei linhas acima: a *lei-medida* consubstancia um comando concreto revestindo a forma de norma geral, mas traz em si mesma o resultado específico pretendido, ao qual se dirige; é lei apenas em *sentido formal*, não o sendo, contudo, em *sentido material*; é *lei não-norma*. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam.

56. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, teremos que sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.
Por isso não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.

57. Dir-se-á, destarte, que terá sido rebarbativo este meu voto. Se o texto da lei ordinária fora retirado do ordenamento pela emenda constitucional ou existe a par dela, tudo quanto foi dito a respeito da lei ordinária terá sido despiciendo. Não obstante, não é assim. Em primeiro lugar por que, como diz o poeta português José Carlos Ary dos Santos[24], "não há coisa mais pura do que dizer a verdade"; depois por que tudo quanto afirmei a propósito da lei ordinária se amolda ao preceito da Emenda Constitucional n. 26/85, a estabilidade social impondo seja repetido.

58. Recebi estes autos com parecer da Procuradoria Geral da República em 29 de janeiro deste ano de 2010. Em dois meses, com afinco, mas rapidamente, preparei este meu voto. Isso na medida em que --- e por certo não me excedo ao observá-lo ---a estabilidade social reclama pronto deslinde da questão de que aqui estamos, agora, a nos ocupar. Pronto deslinde, de uma vez por todas, sem demora.

Observações finais

59. Retorno ao parecer do eminente Procurador Geral da República. Impõe-se, sim, o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu entre nós durante as décadas sombrias que conheci. Que se o faça --- e se espera que isso logo ocorra --- quando do julgamento da ADI n. 4077, na qual é questionada a constitucionalidade das Leis ns. 8.159/91 e 11.111/05. Transcrevo trecho desse parecer, que subscrevo: "Se esse Supremo Tribunal Federal reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia e, no mesmo compasso, afirmar a possibilidade de acesso aos documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à verdade, o Brasil certamente estará em condições de, atento às lições do passado, prosseguir na construção madura do futuro democrático".

60. É necessário dizer, por fim, vigorosa e reiteradamente, que a decisão pela improcedência da presente ação não exclui o repúdio a todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinquentes.

Há coisas que não podem ser esquecidas. Em um poema, *Hombre preso que mira su hijo*, Mario Benedetti[25] diz ao filho que "*es bueno que conozcas/que tu viejo calló/o puteó como un loco/que es una linda forma de callar*"; "*y acordarse de vos* --- prossegue ---/*de tu carita/lo ayudaba a callar/una cosa es morirse de dolor/y otra cosa morirse de vergüenza*". E assim termina este lindo poema, que de quando em quando ressoa em minha memória: "*llora nomás botija/son*

---

[24] As portas que Abril abriu, Editorial Comunicação, Lisboa, 1975.

[25] in Antologia poética, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2000, págs. 113-115.

macanas/que los hombres no lloran/aquí lloramos todos/gritamos berreamos moqueamos chillamos maldecimos/porque es mejor llorar que traicionar/porque es mejor llorar que traicionarse/llora/pero no olvides". É necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado.

Julgo improcedente a ação.

28/04/2010 PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, seria interessante destacar as preliminares.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Acho que não, Senhor Ministro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, penso que devemos observar não só o Código de Processo Civil, como também o Regimento Interno. Se há articulação de preliminares que podem prejudicar o exame de fundo, devemos abordá-las e decidir a respeito.

Eu, por exemplo, tenho sérias dúvidas, presente o processo objetivo, sobre a adequação da medida. Por isso é que insisto na necessidade de observar-se a ordem natural das coisas, a ordem instrumental, examinando as preliminares primeiro.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência tem dúvidas, vamos examiná-las.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 562091.

28/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

VOTO SOBRE PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, vou acompanhar o Relator em todas as preliminares.

Considero que estão cumpridas as preliminares; em primeiro lugar, porque a controvérsia judicial em face do artigo 3º da Lei nº 9.882 faz constar "se for o caso". Logo, mesmo não havendo controvérsia judicial devidamente comprovada, mas havendo uma controvérsia relevante constitucional, como foi aqui demonstrada e enfatizada agora pelo Relator, em que o próprio Poder Executivo tem e põe dúvidas de maneira enfática, acho que está cumprida.

Quanto à última preliminar - porque todas as outras eu considero cumpridas -, a questão da prescrição, acho que isso seria aferido em cada caso, se for o caso e conforme a decisão de mérito da ação.

Razão pela qual eu rejeito as preliminares, acompanhando o Relator.

* * * * *

28/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Também estou rejeitando as preliminares, nos termos do voto do Relator.

Quanto à adequação da via eleita, ADPF, eu me satisfaço com a cabeça do artigo 1º da lei, por se tratar, no caso, de uma ação autônoma e não de uma ação incidental. Mas o Ministro Eros Grau dá pelo cabimento da ADPF também à luz do parágrafo único do artigo 1º da lei, porque de fato os pressupostos estão presentes. Trata-se de matéria relevante, o fundamento da controvérsia constitucional é relevante e incide sobre lei ou ato normativo federal.

Quanto às outras preliminares, Sua Excelência também faz uma análise focada, uma por uma, como, por exemplo, no que toca à preliminar de ausência de impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema. Sua Excelência enfrenta bem essa preliminar para afastá-la, até porque, no caso, essa preliminar se confunde com o mérito.

Quanto à preliminar da prescrição, também acho que Sua Excelência se houve bem no enfrentamento da questão, dizendo:

> *"Sucede que a matéria da prescrição não prejudica a apreciação do mérito da ADPF, visto que somente se ultrapassada a controvérsia sobre a previsão abstrata da anistia abrir-se-á a oportunidade de apuração da prescrição. A preliminar é, destarte, rejeitada."*
>
> Eu, portanto, na linha do voto do Relator, afasto

todas as preliminares suscitadas.

# # #



28/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

V O T O S/ P R E L I M I N A R

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Também eu, Senhor Presidente, como o Relator, afasto as preliminares. Embora considere que algumas delas apresentem maior consistência, entendo, como Sua Excelência, que a matéria de fundo é de tal relevância que importa sobrelevarmos eventuais dúvidas meramente processuais para atingirmos o mérito.

28/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

VOTO

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, acompanho o Relator e gostaria de observar – o Ministro Eros Grau inclusive mostrou – que algumas das preliminares são inseparáveis, de modo que – tal como explicitou a Ministra Ellen – algumas delas terão de ser consideradas no mérito.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638064

28/04/2010 PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o relator teve a gentileza de nos proporcionar o voto quanto às preliminares. Por isso mesmo, agrupadas – e talvez não pudesse votar de ouvido –, tenho como abordá-las.

A primeira delas versa matéria já pacificada na Corte, ou seja, ligada ao que previsto, quanto aos requisitos da inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no artigo 3º da Lei nº 9.882/99:

> V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Esse preceito tem início com a expressão "se for o caso", como ressaltado pela Ministra Cármen Lúcia.

De qualquer forma, precisamos considerar o que se contém no artigo 1º da lei, a revelar a adequação da arguição, prevista no § 1º do artigo 102 da Carta da República, quando se tem "por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público."

Acredito mesmo que a exigência, sob o ângulo da forma, de decisões díspares no meio jurisdicional não poderia esvaziar o conteúdo da norma maior – a da Constituição –, ao prever essa ação, para mim nobre, que é a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De qualquer modo, existe a controvérsia – muito importante, porque diz respeito ao Poder Público – institucional: o descompasso notado consideradas ópticas de auxiliares, em termos de Ministérios, do Presidente da República.

Surge o problema alusivo ao alcance da impugnação. Estamos diante de ação que – não digo irmã gêmea da direta de inconstitucionalidade, como é a declaratória de constitucionalidade – se apresenta em processo objetivo.

Quanto ao descumprimento de preceito fundamental, não há como exigir que todo o diploma legal, os diversos dispositivos do diploma legal impliquem o descumprimento de preceito fundamental. É mais uma preliminar, portanto, que se mostra improcedente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 564013.

O Ministério da Defesa articula que o autor da ação não mencionou as autoridades responsáveis pelos atos concretos de descumprimento de preceitos fundamentais. Indago: o processo é subjetivo? Visa a responsabilidade deste ou daquele cidadão? A resposta é desenganadamente negativa. O processo é objetivo. Estaremos a decidir à mercê de cotejo do que se contém na lei atacada – se formos ao mérito, que se diz desrespeito a preceitos fundamentais – e na Carta da República.

Surge, para mim, Presidente, problemática mais séria, ligada aos predicados utilidade e necessidade, inerentes à jurisdição. Não estamos diante de uma ação simplesmente declaratória, que estaria imune a esse instituto que homenageia a segurança pública – o da prescrição. Estamos diante de uma ação declaratória constitutiva, e, para assim concluirmos, basta considerar o artigo 1° da Lei n° 9.882/99 – e ela demorou muito a vir à balha, presente a Carta de 1988, penso que a previsão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental data do texto primitivo da Constituição – e também o que se prevê, nessa mesma lei, quanto ao desfecho da ação:

> Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

Comunicação para haver consequências jurídicas; para haver a preservação do direito fundamental que se aponta como maltratado na peça primeira da ação.

Prevê essa mesma lei que, desrespeitada a decisão, o pronunciamento do Supremo, cabível é a reclamação, repito, como está no artigo 13 da lei: "contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno."

Tem-se, até mesmo, Presidente, para revelar a necessidade de se homenagear a utilidade e a necessidade, a reclamação. Ontem, soube – de um Colega do Superior Tribunal de Justiça – que estão sobrestando processos que revelam ações de indenização por danos causados por atos de exceção para aguardar o crivo do Supremo.

Existe até mesmo o alcance – e confesso que, para mim, o preceito não é palatável, para utilizar expressão do Ministro Francisco Rezek – da liminar:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 564013.

> "Art. 5º (...)
> § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais," – afastamento, como tenho dito aqui no Plenário em votos proferidos, da jurisdição, que, para mim, é inconcebível – "ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada."

A cláusula de acesso não pode ser obstaculizada, sequer pela lei, isso visando reparar lesão a direito ou afastar ameaça de lesão a direito. Fica ela muito comprometida com o alcance dessa liminar, tal como previsto no § 3º do artigo 5º.

Presidente, por que digo, no caso, não haver utilidade e necessidade a cercar e a respaldar, melhor dizendo, o ajuizamento da ação? Porque a lei que se diz a desrespeitar preceitos fundamentais, data de 1979. É anterior à Carta Federal. E a disciplinadora, tornando eficaz a previsão constitucional quanto a essa ação, é de 1999. Só aqui ocorreu a passagem de vinte anos, mas, se considerarmos a Lei nº 6.683/79 e o momento vivenciado – em termos de época, de data – veremos que o período ultrapassado é muito maior. É superior, quer ao prazo prescricional para a persecução criminal, quer aos prazos alusivos a possíveis indenizações, sem levar em conta o Código Civil em vigor, a cogitar de um prazo máximo de dez anos para as ações.

Dir-se-á que a lei não teria sido recebida pelo Diploma Maior, presente o inciso XLIII do artigo 5º, o rol das garantias constitucionais, o principal da Carta de 88, que revela:

> "Art. 5º (...)
> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis" – e aí vem a parte que interessa – "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, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;".

Ouvi, da tribuna, dizer-se que o problema do não recebimento, que para mim deságua na inconstitucionalidade do diploma, é resolvido com a eficácia a partir do momento em que se declare esse mesmo não recebimento.

Não há – e peguei esse vocábulo em um dos memoriais –, no nosso sistema jurídico-constitucional, no arcabouço normativo brasileiro, a figura da

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 564013.

desconstitucionalização ou da constitucionalização por um preceito da Carta posterior ao diploma que se tem como elaborado à margem dos parâmetros constitucionais.

Em síntese, Presidente, não tenho como concluir – daí haver insistido no destaque da matéria, observando-se o Regimento Interno e o Código de Processo Civil, e processo é, acima de tudo, liberdade, saber o que pode, ou não, ocorrer na tramitação de uma causa –, pela existência, hoje – passado esse período substancial de trinta ou trinta e um anos, a partir da lei atacada –, de concretude de um pronunciamento do Supremo, caso venha a prolatar um acórdão declaratório constitutivo negativo. Essa possibilidade é sempre latente. Não se pode ir ao mérito para, depois, voltar às preliminares e julgá-las segundo o enfoque que se venha a dar ao mérito.

Peço vênia, Presidente, ao relator, aos colegas que o acompanharam, para divergir. Há o binômio justiça e segurança jurídica. Se potencializada a justiça, não haverá jamais, o término dos conflitos, dos processos. Se potencializada a segurança jurídica, não haverá sequer o sistema recursal. O caso é mais afeito à segurança jurídica, no que – repito – vem à balha a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada em 1999, muito embora prevista desde 1988, passados trinta e um anos praticamente da lei atacada. Daí concluir pela inadequação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 564013.

28/04/2010 **TRIBUNAL PLENO**

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(**s/ preliminares de não conhecimento**)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Cumpre verificar**, preliminarmente, **se se revela admissível**, ou não, **na espécie**, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, **em face** do que prescreve o art. 4º, **§ 1º**, da Lei nº 9.882/99, **que assim dispõe**:

> "***Não será admitida*** *argüição de descumprimento de preceito fundamental* ***quando houver*** *qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade."* (**grifei**)

O diploma legislativo em questão - **tal como tem sido reconhecido** por esta Suprema Corte (**RTJ** 189/395-397, **v.g.**) - **consagra o princípio da subsidiariedade**, que rege a instauração do processo objetivo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, **condicionando** o ajuizamento **dessa especial** ação de índole constitucional **à ausência** de qualquer **outro** meio processual **apto** a sanar, **de modo eficaz**, a situação de lesividade indicada pelo autor:

> "- ***O ajuizamento*** *da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental* ***rege-se pelo princípio da subsidiariedade*** *(Lei nº 9.882/99, art. 4º,*

*§ 1º), **a significar** que **não será** ela admitida, **sempre** que houver **qualquer** outro meio juridicamente **idôneo** apto a sanar, **com efetividade real**, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. **Precedentes**: **ADPF 3/CE**, **ADPF 12/DF** e **ADPF 13/SP**.*

***A mera possibilidade** de utilização **de outros meios** processuais, contudo, **não basta**, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, **pois**, para que esse postulado possa **legitimamente** incidir - **impedindo**, desse modo, o acesso **imediato** à argüição de descumprimento de preceito fundamental - **revela-se essencial** que os instrumentos disponíveis **mostrem-se** capazes de neutralizar, **de maneira eficaz**, a situação de lesividade que se busca **obstar** com o ajuizamento desse '**writ**' constitucional.*

*- **A norma** inscrita no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 - **que consagra** o postulado da subsidiariedade - **estabeleceu**, validamente, **sem** qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto **negativo** de admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental, **pois condicionou**, legitimamente, **o ajuizamento dessa especial** ação de índole constitucional, **à observância** de um **inafastável** requisito de procedibilidade, **consistente na ausência** de qualquer **outro** meio processual **revestido** de aptidão para fazer cessar, **prontamente**, a situação de lesividade (**ou** de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado."*
(**RTJ 184/373-374**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

O exame do precedente que venho de referir (**RTJ 184/373-374**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) **revela** que o princípio da subsidiariedade **não pode** - **nem deve** - ser invocado **para impedir** o exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, **eis que** esse instrumento **está vocacionado** a viabilizar, numa dimensão **estritamente** objetiva, **a realização jurisdicional** de direitos básicos, de valores essenciais **e** de

preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição.

Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização dessa nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental causada por ato do Poder Público.

Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a argüição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de

utilização, em cada caso, **dos demais** instrumentos de controle normativo abstrato:

> *"(...) **6**. **Cabimento** de argüição de descumprimento de preceito fundamental **para solver** controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **inclusive anterior** à Constituição (norma **pré**-constitucional) (...). **9**. **ADPF configura** modalidade de integração **entre** os modelos de perfil difuso **e** concentrado no Supremo Tribunal Federal. **10**. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, **porque o que se postula nessa ação** é a declaração de ilegitimidade **ou** de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente (...). **13**. **Princípio da subsidiariedade** (art. 4º, **§ 1º**, da Lei nº 9.882/99): **inexistência** de outro meio eficaz de sanar a lesão, **compreendido** no contexto da ordem constitucional global, **como aquele apto** a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. **14**. **A existência** de processos ordinários **e** recursos extraordinários **não deve excluir**, 'a priori', **a utilização** da argüição de descumprimento de preceito fundamental, **em virtude** da feição **marcadamente objetiva** dessa ação (...)."*
> (**ADPF 33/PA**, Rel. Min. GILMAR MENDES - **grifei**)

A pretensão ora deduzida **nesta** sede processual, **que tem por objeto** norma legal de caráter **pré**-constitucional, **exatamente** por se revelar **insuscetível** de conhecimento **em sede** de ação direta de inconstitucionalidade (**RTJ 145/339**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **RTJ 169/763**, Rel. Min. PAULO BROSSARD - **ADI 129/SP**, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**), **não encontra** obstáculo na regra inscrita no art. 4º, **§ 1º**, da Lei nº 9.882/99, **o que permite** -

satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade - **a instauração** deste processo objetivo de controle normativo concentrado.

Cabe registrar, ainda, por oportuno, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, em **recente** julgamento (**ADPF 130/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO), **admitiu** a possibilidade de ajuizamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental contra diploma normativo **pré-constitucional**.

Reconheço admissível, pois, **sob a perspectiva** do postulado da subsidiariedade, **a utilização**, na espécie, do instrumento processual da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Inacolhível, de outro lado, **preliminar** de não conhecimento **suscitada** pelo Senado Federal **e** pela Advocacia Geral da União, **que sustentam** "*ausência de impugnação de todo o complexo normativo*" **referente** ao tema, **eis que subsistiria** o § 1º do art. 4º da EC nº 26/85.

Não se desconhece, Senhor Presidente, **quando** se tratar de espécies normativas **ou** de diplomas legislativos que se interconexionem **ou** que mantenham, **entre si**, relação de evidente

complementaridade, **que caberá**, ao autor da ação, **fazer abranger**, no alcance desse "*judicium*", **todas as regras unidas** pelo vínculo de conexão, **sob pena** de, **em não o fazendo**, tornar **inviável** a própria instauração do controle concentrado de constitucionalidade.

É que, nessa situação **de mútua** dependência normativa, **em que** as regras estatais **interagem** umas com as outras, **condicionando-se**, reciprocamente, em sua aplicabilidade **e** eficácia, **revela-se incabível a impugnação tópica ou fragmentária** *de apenas* **algumas** dessas normas.

Em um contexto no qual se destaque um complexo normativo **indecomponível**, que seja **somente** capaz de atuar "*in solidum*", **qualificando-se**, em tal situação, como uma verdadeira **e** incindível **unidade estrutural**, **mostra-se inviável** proceder, em sede de controle abstrato, **a um questionamento seletivo** de **determinadas** prescrições, pelo fato de estas, por integrarem **a totalidade** do sistema, **não admitirem** impugnações isoladas, **sob pena** de completa desarticulação **e** desagregação do próprio sistema normativo a que se acham incorporadas, **o que culminaria**, até mesmo, **por viabilizar**, por parte do órgão investido de jurisdição constitucional, **uma inadmissível**

reelaboração do próprio diploma normativo, **o que afrontaria**, gravemente, o postulado constitucional da separação de poderes.

Esse entendimento encontra pleno suporte na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (**ADI 2.422/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **ADI 2.423/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **ADI 2.451/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **ADI 2.972/RO**, Rel. Min. AYRES BRITTO):

> "***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE***. *LEI Nº 9.932/99. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ARTIGO 192, II). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL.* ***INICIAL DEFICIENTE*** *QUANTO À ANÁLISE DOS TEXTOS IMPUGNADOS.* ***NÃO-CONHECIMENTO*** *DA AÇÃO. PRECEDENTES.*
>
> *1.* ***Impugnação isolada apenas de partes*** *de um sistema legal, interligadas ao seu conjunto,* ***torna inviável*** *o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, dado que,* ***reconhecida a inconstitucionalidade parcial*** *de alguns preceitos,* ***os outros perdem o seu sentido***.
>
> *2.* ***Não se conhece*** *da ação direta de inconstitucionalidade, se a inicial* ***deixa de proceder ao cotejo analítico*** *de todas as suas disposições,* ***tendo em vista*** *os dispositivos constitucionais apontados como violados.*
>
> *Ação direta de inconstitucionalidade* ***que não se conhece***."
> (**RTJ 185/185**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - **grifei**)

> "*1.* ***Os arts. 14 e 15*** *da Lei Complementar nº 76/96* ***são parte de um sistema*** *que disciplina o pagamento e o recebimento de indenização por desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.*
>
> *2. O* ***acolhimento*** *da impugnação de* ***algumas normas de um sistema*** *(arts. 14 e 15), via ação direta,*

indissoluvelmente ligadas a outras do mesmo sistema *(art. 16),* ***não impugnadas na mesma ação, implica*** *remanescer, no texto legal, dicção indefinida, assistemática, imponderável e inconseqüente.*

3. ***Impossibilidade*** *do exercício '****ex-officio****' da jurisdição, para incluir, no objeto da ação,* ***outras*** *normas* ***indissoluvelmente*** *ligadas às impugnadas,* ***mas não suscitadas*** *pelo requerente.*

4. Ação direta ***não conhecida****, ressalvando-se a possibilidade da propositura de nova ação* ***que impugne todo o sistema.***"

(**ADI 1.187/DF**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - **grifei**)

"***Ação Direta de Inconstitucionalidade****. Lei nº 3.329, de 28.12.99, do Estado do Rio de Janeiro.* ***Diploma legal que encerra sistema normativo. Impossibilidade de apreciação de parte*** *de seus artigos. Ação* ***não*** *conhecida.*

Ante a exclusiva impugnação *dos arts. (...),* ***impossível a apreciação*** *da ação direta,* ***uma vez*** *que a declaração de inconstitucionalidade,* ***restrita a artigos que compõem sistema normativo****, acarretaria* ***a permanência****, no texto legal, de dicção indefinida e assistemática.* ***Entendimento assentado*** *na jurisprudência do STF.*

Ação direta de inconstitucionalidade ***não conhecida.***"

(**RTJ 178/194**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - **grifei**)

A exigência de que o controle concentrado de constitucionalidade **seja instaurado** com essa abrangência global **visa**, ainda, como precedentemente referido, **a impedir** que o Supremo Tribunal Federal - **mediante declarações tópicas** de inconstitucionalidade - **venha a assumir** um papel institucional **que efetivamente não lhe pertence, qual seja, o de legislador positivo**, consoante tem advertido esta Suprema Corte, **em sucessivas e reiteradas decisões** (**RTJ** 143/57 - **RTJ** 146/461-462 - **RTJ** 153/765 - **RTJ** 161/739-740 - **RTJ** 175/1137 -

RTJ 189/111-112 - **ADI 1.097/PE**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - **ADI 1.502-MC/DF**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, **v.g.**):

> "***O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO***: *A ação direta de inconstitucionalidade* ***não pode ser utilizada*** *com o objetivo* ***de transformar*** *o Supremo Tribunal Federal,* ***indevidamente***, ***em legislador positivo***, *eis que o poder de inovar o sistema normativo,* ***em caráter inaugural***, *constitui função típica da instituição parlamentar."*
> (**RTJ 178/22-24**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

> "***Ao Supremo Tribunal Federal***, *em sede de controle normativo abstrato,* ***somente*** *assiste o poder de atuar* ***como legislador negativo***. ***Não lhe compete***, *em conseqüência,* ***praticar atos que importem em inovação*** *de caráter legislativo (...)."*
> (**RTJ 153/765**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

> "*(...)* ***ao declarar*** *a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o S.T.F. -* ***em sua função*** *de Corte Constitucional -* ***atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo***, *para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo."*
> (**RTJ 126/48**, Rel. Min. MOREIRA ALVES - **grifei**)

Ocorre, no entanto, que, **no presente caso**, **tal como o reconheceu** a douta Procuradoria Geral da República, *"A Emenda Constitucional nº 26/85,* ***embora*** *tenha reafirmado genericamente a anistia instituída em 1979, pela Lei nº 6.683, em favor dos autores de crimes políticos e conexos, não repetiu a norma diretamente questionada pela argüente (§ 1º do artigo 1º da Lei)".*

No que se refere, finalmente, à questão preliminar, suscitada pela Advocacia Geral da União e pelo Senado Federal, relativa à *"Ausência de comprovação da controvérsia judicial"*, entendo que não deva prosperar.

Com efeito, cuidando-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental, **o diploma legislativo** que a rege somente torna exigível a demonstração desse específico pressuposto (Lei nº 9.882/99, art. 3º, inciso V, c/c o parágrafo único do art. 1º) quando se tratar de ação de argüição incidental, hipótese inocorrente na espécie.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Seria exigível quanto à inicial.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Se se tratasse de argüição de descumprimento de preceito fundamental **de perfil incidental**, impor-se-ia a observância de tal exigência. **Entendo**, no entanto, não se tratar de tal hipótese. Acolho, por isso mesmo, no ponto, as razões invocadas pela Procuradoria Geral da República, em seu douto parecer:

> *"(...)* ***24. Assim, sob qualquer ângulo*** *que se examine a questão,* ***o caso evidentemente não é de ADPF incidental, pois não se pretende*** *a discussão paralela a*

qualquer outro processo judicial da matéria relativa à validade do ato normativo. Aliás, ***nem poderia assim ser****, pois o arguente reclama justamente da inexistência de ações judiciais sobre a matéria, em decorrência da interpretação que se consolidou sobre a vigência da apontada anistia.*

25. Por esses motivos, não há necessidade*, no caso,* ***de comprovação da existência de controvérsia judicial*** *sobre a aplicação do preceito constitucional,* ***mas****, sim, de demonstração de uma controvérsia jurídica (em qualquer sede) sobre a validade da norma questionada (ou da sua interpretação).*

26. E, sob esse prisma, está satisfatoriamente demonstrada *a existência de polêmica sobre a validade constitucional de uma interpretação que reconheça a anistia aos agentes públicos que perpetraram crimes na repressão à dissidência política durante a ditadura militar.*

27. São diversos *os elementos a comprovarem a divergência interpretativa sobre a abrangência da anistia penal veiculada em tal ato normativo federal (notadamente se alcança ou não os agentes públicos que praticaram crimes na repressão à dissidência política durante o período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979), a começar pelo próprio Executivo federal.*

28. Com efeito*, a Presidência da República apresentou notas técnicas de diversos órgãos sobre a matéria, os quais divergem sobre o entendimento a ser fixado em relação à referida norma. Esse elemento, por si só, é suficiente para demonstrar a controvérsia instaurada e a relevância de uma decisão do Supremo Tribunal Federal.*

29. Mas não é só*. Essa Suprema Corte também já diagnosticou a presença de controvérsia sobre a interpretação a ser conferida à anistia penal da Lei nº 6.683/79,* ***conforme*** *os votos prolatados* ***na Extradição nº 974*** *(julgamento concluído pelo Plenário em 6 de agosto de 2009). Nesse feito, o Ministro Marco Aurélio expressamente consignou que a definição do alcance da anistia é uma questão aberta, manifestando a sua opção pela aplicação do instituto a agentes públicos que, envolvidos com a repressão política, praticaram crimes.*

> ***30. Esse entendimento****, porém, não foi admitido pela maioria (a extradição foi deferida, Relator para acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski), tendo alguns membros da Corte se reservado a apreciar a questão da anistia, de modo mais profundo, no futuro, conforme revelaram os Informativos nº 519 e 526 (inteiro teor do julgamento ainda não publicado).*
>
> ***31. Há, portanto, estado de incerteza*** *quanto à aplicação da anistia na situação posta na inicial,* ***confirmada*** *por dissidência no seio do Poder Executivo e nessa Suprema Corte.*
>
> ***32. Percebe-se****, portanto,* ***que a propositura*** *da ADPF não repousa sobre mero debate acadêmico ou doutrinário. Há, efetivamente, interpretações antagônicas ao preceito legal, com reflexos profundos no exercício da persecução penal em todas as suas fases (da investigação policial ao pronunciamento judicial).*
>
> ***33. Está devidamente caracterizado o cabimento da ADPF*** *nesse particular,* ***devendo ser rejeitada*** *a preliminar."* (**grifei**)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Seria, não é segundo a jurisprudência, só para fazer justiça ao Advogado-Geral da União que suscitou a preliminar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não só o Senhor Advogado-Geral da União, mas, igualmente, o Senado Federal, **pois ambos** suscitaram a preliminar em questão, tal como pude salientar em passagem anterior do meu voto.

Sendo assim, Senhor Presidente, **em face** das razões expostas, **e por rejeitar** as questões preliminares suscitadas **nesta** causa, **conheço** da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.

É o meu voto.

28/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu também vou pedir vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, para acompanhar o eminente Relator, notando, desde logo, que, como não tenho voto escrito, mas devo dar as minhas razões para que fiquem constando do registro, que Sua Excelência, o eminente Relator, tem toda razão, quando invoca o primoroso parecer da douta Procuradoria sobre a interpretação do artigo 1º da Lei nº 9.892/99, compreendendo evidentemente o **caput** e o parágrafo único, para distinguir três tipos de ações.

Primeiro, uma ação autônoma, que tem por objeto a validez de ato material do Poder Público, isto é, de ato administrativo identificado singularmente e atribuído a determinada pessoa de direito público.

Em segundo lugar, prevê, ainda, outra ação autônoma, e é a de que se trata aqui, a meu ver, com o devido respeito, e que versa sobre a validez de norma dita pré-constitucional. É este o caso.

E, em terceiro lugar, alcança, também, a ação incidental típica, que, por definição, supõe alguma controvérsia judicial, cuja relevância lhe justifique a propositura para dirimir se ocorre, ou não, lesão a algum direito fundamental.

A hipótese é de ação que tem por objeto questão de compatibilidade, ou não, de determinada norma, chamada de pré-constitucional, com a Constituição de 1988, que lhe é subsequente. Daí por que, não se tratando de ação que incida sobre atos materiais, não exige controvérsia judicial relevante; não exige, tampouco, descrição de fatos, porque não há fatos por discutir; nem exige identificação prévia de autores ou de autoridades responsáveis por atos concretos, pois, em caso de procedência ou de improcedência, os destinatários serão sempre os juízes, as demais autoridades e órgãos que venham a ser chamados a aplicar ou deixar de aplicar a norma impugnada.

Finalmente, a mim me parece também que não é caso típico, com o devido respeito, de extinção do processo, sem decisão de mérito, porque a solução da questão de prescrição das ações penais depende do reconhecimento prévio da eficácia e alcance da anistia, na medida em que, uma vez eventualmente reconhecidas a validez e a compatibilidade da norma com a Constituição em vigor, estarão, por conseguinte, reconhecidos os efeitos da anistia e a inexistência de fato criminoso a cujo respeito se pudesse cogitar de prescrição.

Noutras palavras, a própria questão da anistia é questão prejudicial da prescrição, razão por que acompanho inteiramente o Relator, pedindo vênia, mais uma vez, ao Ministro Marco Aurélio.

28/04/2010 PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas um registro: ouvimos um voto consistente em termos de dados, inclusive históricos, considerados os precedentes da Corte. Esse voto – tenho certeza – será alvo de reflexão.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 561066.

28/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, eu também gostaria de fazer um brevíssimo registro, tendo em vista a excelência do voto, não só a pesquisa, mas, também, a sua elaboração e concatenação; e agora esse aspecto final que poderia ser a própria abertura do voto, aspecto que não foi ressaltado em todo o debate, como muito bem destacado pelo Relator.

É que esta Emenda Constitucional n.º 26 – eu já tive oportunidade, Senhor Presidente, de me manifestar sobre ela – merece um estudo singular que foi feito pela pena competente de Tércio Sampaio Ferraz.

Não é uma emenda constitucional qualquer, uma emenda que põe termo a uma ordem constitucional e convoca uma assembleia constituinte. A rigor, não se pode fazer uma emenda constitucional todo dia com esse teor. É no contexto de um pacto político que se faz essa emenda constitucional. A Emenda n.º 26 é falsamente uma emenda constitucional. Conforme disse Tércio Ferraz, ali já estávamos no momento constituinte. E essa emenda constitucional – disse-o bem o Relator – baliza a nova ordem.

Esse tema tem sido hoje visitado por autores importantes, a partir de várias iniciativas. Lembro-me de um texto de Bryde sobre o desenvolvimento constitucional, *Verfassungsentwicklung*, em que ele remete ao artigo 168 da Constituição espanhola, que contém a possibilidade de se fazer revisão parcial ou revisão total, como uma forma de superação das cláusulas pétreas.

Nesse caso, conseguimos uma solução política que permitiu que houvesse, então, essa transição para a democracia, a partir da convocação da Constituinte. E, por uma dessas ironias, houve por bem este constituinte especial – vamos chamar assim, para não usarmos a expressão derivada – colocar no mesmo texto a convocação da constituinte, as condições de sua realização, com a presidência inclusive, para abertura do Presidente do Supremo Tribunal Federal, e reafirmar ou recolocar a questão da anistia. Isso é um outro tema que não foi objeto de discussão e que, muito provavelmente – pelo menos subscreveria as razões do Relator – não permite o exame da matéria à luz da Constituição de 88, porque isso

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638065

faz parte do texto fundante, do marco inicial da Constituição de 88, sem entrarmos no debate sobre constituinte derivado ou constituinte originário, porque aqui é um outro contexto.

Gostaria de fazer esse registro, porque ele é relevante. Mas, Senhor Presidente, estou certo de que o Ministro Eros, com a emoção, inclusive, com que encerrou esse voto, fez, talvez, o seu mais brilhante voto perante esta Corte.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638065

STF - 102.002

28/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	:	**MIN. EROS GRAU**
ARGTE.(S)	:	CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB
ADV.(A/S)	:	FÁBIO KONDER COMPARATO
ADV.(A/S)	:	RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO
ARGDO.(A/S)	:	PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	:	ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ARGDO.(A/S)	:	CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S)	:	ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA
ADV.(A/S)	:	PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:	CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL - CEJIL
ADV.(A/S)	:	HELENA DE SOUZA ROCHA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:	ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANISTIADOS POLÍTICOS - ABAP
ADV.(A/S)	:	ADERSON BUSSINGER CARVALHO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	:	ASSOCIAÇÃO DEMOCRÁTICA E NACIONALISTA DE MILITARES
ADV.(A/S)	:	EGON BOCKMANN MOREIRA E OUTRO(A/S)

SUSPENSÃO DE JULGAMENTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Com certeza amanhã, independentemente do teor do voto de cada qual, teremos oportunidade de reconhecer, mais enfaticamente, todos os méritos e todas as qualidades que estão sendo agora reconhecidos ao voto do Ministro Relator. De qualquer modo, meu dever é declarar suspensa a sessão, que será retomada amanhã às quatorze horas.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. EROS GRAU
ARGTE.(S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB
ADV.(A/S): FÁBIO KONDER COMPARATO
ADV.(A/S): RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO
ARGDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ARGDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA
ADV.(A/S): PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S): CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL - CEJIL
ADV.(A/S): HELENA DE SOUZA ROCHA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANISTIADOS POLÍTICOS - ABAP
ADV.(A/S): ADERSON BUSSINGER CARVALHO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO DEMOCRÁTICA E NACIONALISTA DE MILITARES
ADV.(A/S): EGON BOCKMANN MOREIRA E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou as preliminares, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que extinguia o processo, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), julgando improcedente a argüição, foi o julgamento suspenso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. Falaram, pelo argüente, o Dr. Fábio Konder Comparato; pelos *amici curiae*, Associação Juízes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional-CEJIL e Associação Democrática e Nacionalista de Militares-ADNAM, respectivamente, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, a Dra. Helena de Souza Rocha e a Dra. Vera Karam de Chueiri; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelo argüido, a Dra. Gabrielle Tatith Pereira, Advogada-Geral Adjunta do Congresso Nacional e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 28.04.2010.

P/ Sarah.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

29/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

1. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuíza a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, objetivando seja conferida interpretação conforme à Constituição ao § 1º do art. 1º da Lei n. 6683, de 28 de agosto de 1979.

Pretende a nobre entidade Arguente seja interpretada a norma no sentido de que se tenha como não extensível aos crimes comuns, praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, especificamente de 02 de setembro a 15 de agosto de 1979 (período fixado pela Lei n. 6683/79), a conexidade posta na norma questionada, concluindo-se, então, não terem eles sido objeto da anistia concedida.

2. Antes de apresentar o voto na matéria posta em exame, gostaria de tecer algumas breves observações sobre alguns argumentos que foram apresentados pelos insignes advogados da tribuna, na sessão inicial deste julgamento.

2.1. Inicialmente, atento para o que foi observado pela Senhora Advogada representante do *amicus curiae* Cejil, Dra. Helena de Souza Rocha, no sentido de que a postulação encampada pela entidade por ela representada fundamenta-se no direito à verdade, hoje reconhecido pela legislação internacional como inerente a todos os povos.

De pronto enfatizo não haver qualquer dúvida de que ela dispõe de total razão em seus argumentos. Mas também saliento que, ao contrário do que se poderia concluir a partir de tais ponderações, não há qualquer questionamento sobre isso, nem se está a decidir, aqui, como, aliás, se

tem no parecer da Procuradoria-Geral da República, qualquer conclusão contrária sobre tal ponto.

Como se tem, expressamente, no muitas vezes citado Parecer do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, exarado pelo então Conselheiro e depois Ministro Sepúlveda Pertence, "*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*".

Daí porque afirmo, de início, que o de que aqui se cuida é tão somente de se analisar e concluir sobre a extensão da expressão "*crimes conexos*", mencionada no § 1º do art. 1º da Lei n. 6683/79.

Outros efeitos da atuação dos agentes estatais no período indicado não estão fora das conseqüências jurídicas dos desbordamentos éticos e legais, menos ainda da responsabilidade do Estado, a partir do amplo e total conhecimento do que ocorreu no que, ainda a OAB, pelo seu eminente parecerista, Ministro Sepúlveda Pertence, denominou de "*desvãos da repressão política*".

Assim, o direito à verdade, o direito à história, o dever do Estado brasileiro de investigar, encontrar respostas, divulgar e adotar as providências sobre os desmandos cometidos no período ditatorial não estão em questão, e, se estivessem, pelo menos eu, com certeza, daria resposta exatamente no sentido enaltecido pela advogada. Apenas, deve ser enfatizado que não é essa a questão, nem ao menos como objeto de exame ou argumentação para a resposta judicial a ser dada na presente argüição, simplesmente não é este o tema posto, nem parece haver dúvidas tão graves quanto as que se suscitam na presente argüição.

É certo que todo povo tem direito de conhecer toda a verdade da sua história, todo o cidadão tem o direito de saber o que o Estado por ele formado faz, como faz, porque faz e para que faz.

Todo povo tem o direito de saber, mesmo dos seus piores momentos. Saber para lembrar, lembrar para não esquecer e não esquecer para não repetir erros que custaram vidas e que marcam os que foram sacrificados por pais torturados, irmãos desaparecidos, dentre outras atrocidades.

2.2. A segunda observação que faria é que, em razão mesmo do que se concluiu social e juridicamente e que tem prevalecido até aqui, ao contrário do que comumente se afirma de que anistia é esquecimento, o que aqui se tem é situação bem diversa: o Brasil ainda procura saber exatamente a extensão do que aconteceu nas décadas de sessenta, setenta e início da década de oitenta (período dos atentados contra o Conselho Federal da OAB e do Riocentro), quem fez, o que se fez, como se fez, por que se fez e para que se fez, exatamente para que, a partir do que venha a ser apurado, ressalva feita à questão penal nos crimes políticos e conexos, em relação aos quais prevalece a lei n. 6683/79, se adotem as providências administrativas e jurídicas adequadas.

2.3. Em relação à alegação, igualmente formulada na tribuna, no sentido de que a lei n. 6683 seria ilegítima, bastando para tanto enfatizar ter sido ela produzida por um Congresso ilegítimo, composto, inclusive, por senadores não eleitos, é de se observar a impertinência total de tal assertiva para o deslinde da questão aqui posta, até mesmo porque, mesmo na formulação da Constituição de 1988 ainda prevaleciam congressistas naquela condição e não é agora, quase vinte e dois anos após a sua promulgação, que se haverá de colocar em dúvida a legitimidade daquela composição. Se tanto ocorresse, poderíamos chegar a questionar a própria Constituição de 1988, o que não me parece sequer razoável.

É de se realçar o que foi amplamente narrado no voto do relator sobre o quadro fático-histórico no qual se inclui a formulação do que veio a ser a Lei n. 6683.

Esta é uma lei que foi acordada, mas não apenas por uns poucos brasileiros, num país de silenciosos, como eram próprios daqueles momentos ditatoriais.

Bem ao contrário, o sinal determinante que se pode anotar na Lei n. 6683/79 é exatamente o de ser o primeiro passo formal deflagrador do processo de participação da sociedade civil num período em que ela se mantinha ausente, não poucas vezes clandestina em seus quereres e em seus fazeres políticos, por absoluta falta de espaço e possibilidades, que lhe eram negados.

E a sociedade falou altissonante sobre o Projeto de Lei, que se veio a converter na denominada Lei de Anistia, objeto do presente questionamento, pela voz de sua então mais importante entidade, qual seja, a Ordem dos Advogados do Brasil, então Presidida pelo Dr. Eduardo Seabra Fagundes.

Encaminhado o projeto de lei de anistia ao Congresso Nacional (então composto de representantes de apenas dois partidos, a ARENA e o MDB), foi ele, de pronto, enviado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados e o MDB aguardou a manifestação formal desta Casa para, só então, deliberar sobre como votar. E votou apoiado no Parecer exarado pelo então Conselheiro e, depois, grande Ministro desta Casa, Sepúlveda Pertence, a partir do encaminhamento feito pelo Presidente da entidade aos partidos políticos e ao Congresso Nacional.

Paralelamente, outros órgãos e entidades discutiram e manifestaram-se sobre o Projeto de Lei, como, por exemplo, intelectuais como o Ministro Seabra Fagundes que, juntamente com o Dr. Sobral Pinto, dentre outros, reuniram-se com o Cardeal do Rio, D. Eugênio Sales, para se posicionar sobre o documento.

Assim, também, a CNBB, o Comitê Brasileiro pela Anistia, coordenado por Terezinha Zerbini, o Instituto dos Advogados Brasileiros, dentre

outros, discutiram e concluíram a importância daquele documento como passo necessário a ser dado no caminho de uma democracia que se buscava.

Assim, não se pode, em nome de uma argumentação legítima, trazida agora a este Supremo Tribunal, sobre a interpretação de expressão da Lei n. 6683/79 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.

2.4. Também não posso deixar de enfatizar, relativamente ao que afirmado pelo Dr. Luiz Inácio Adams, digno Advogado Geral da União, de que se teria no documento anistia ampla, geral e irrestrita, e que tanto teria sido afirmado até mesmo pelo Ministro Sepúlveda Pertence - o que foi expresso na tribuna. Faça-se justiça a este grande brasileiro: os pecados do projeto por ele analisado - para se usar um vocábulo por ele aproveitado - são deixados patentes em seu parecer, a realçar que a anistia proporcionada não era irrestrita. Bem ao contrário, restringiu-se, pelo que sequer era o que aquela entidade, menos ainda a sociedade brasileira, gostaria de ter obtido.

2.5. Na busca de Justiça, aqui reclamada, é que, entretanto, e afirmo-o, inicialmente, afasto a questão de não recepção da norma questionada (§ 1º do art. 1º da Lei n. 6683), um dos pedidos formulados na presente Arguição, porque tanto conduziria a injustiças óbvias e manifestas, e não para os que reprimiram, mas para os que sofreram e deram suas vidas para que, a começar pela lei em questão, se obtivesse o retorno do Estado de Direito no Brasil.

3. Dispõe o art. 1º e seu § 1º:

> "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 conexos 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 representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

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

4. Os fundamentos da Arguição são, basicamente, quebra do princípio da isonomia em matéria de segurança, o da proibição de ocultar a verdade, o republicano, o democrático e, em especial, o da dignidade da pessoa humana. Para a Arguente, a tortura praticada no período não guarda qualquer relação com os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, definidos nos diplomas que vigoravam no período, a saber, os decretos-lei 314 e 898 e a lei 6.620.

5. Os Arguídos apontaram a inadequação da arguição de preceito fundamental, argumentando inexistirem os pressupostos de admissibilidade, como a ausência de comprovação de controvérsia constitucional ou judicial sobre o ato questionado, inocorrendo incerteza sobre a interpretação judicial da norma questionada.

6. Preceitua o inc. I do parágrafo único do art. 1º da lei n. 882/99:

"Art. 1º A arguição 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 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;...".

O óbice preliminar formal apontado pareceu-me, inicialmente, pertinente, uma vez que não se comprova controvérsia judicial relevante. Entretanto, duas ordens de inferências se impõem para a superação da dificuldade formal com que se esbarra na leitura da peça inicial da ação:

a primeira diz com o reconhecimento, pela Advocacia Geral da União, de controvérsia institucional relevante, o que sugere o acolhimento da pretensão para a análise e solução judicial da questão posta a exame; a segunda refere-se à inequívoca importância da matéria, ou, para me valer dos expressos termos do dispositivo posto em questão na presente arguição, da relevância do fundamento da controvérsia constitucional exposta.

Afinal, o que busca a entidade Arguente é que se firme interpretação no sentido de que não se extraia da norma questionada ilação a obstaculizar a persecução penal quanto aos crimes de tortura praticados durante o regime ditatorial e seja possível obter-se o reconhecimento de sua prática e a reparação de lesões, por terem sido tais condutas contrárias a preceitos fundamentais.

De se encarecer, ademais, que a norma do inc. V do art. 3º da Lei n. 9882/99 bem demonstra que a comprovação da controvérsia judicial é exigência a se exigir "*se for o caso*".

Assim, cuidando-se de espécie constitucional processual sujeita a mais de uma configuração legal, a saber, a arguição autônoma, cujo objeto seja ato do Poder Público cuidado no art. 1º da Lei n. 9882/99, a arguição fundamentada no inc. I do parágrafo único do art. 1º, tal como se dá no caso em pauta e que é válida quando incabível a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição incidental, tem-se que o enquadramento de cada propositura judicial haverá de ser considerada e admitida segundo a comprovação dos elementos próprios a cada qual das figuras.

Por estas razões, supero a dificuldade inicial e desacolho a preliminar relativa à inadequação da argüição em razão da ausência de comprovação de controvérsia judicial relevante.

7. Erige-se, também, como empecilho à admissibilidade a ausência de impugnação de todas as normas que cuidaram o tema, eis que a Emenda

Constitucional n. 26/85 (art. 4º, § 1º) teria constitucionalizado, naquele período, o que na norma questionada se contém.

Decaída aquela ordem e inaugurada nova fase constitucional com a promulgação da Constituição de 1988, é certo que aquela Emenda Constitucional e tudo o que por ela foi introduzido no sistema então vigente não mais prevalece, pelo que o que se põe como ainda prevalecente juridicamente, quanto à anistia política concedida em 1979, é tão somente a Lei n. 6683/79.

Descabe, no ponto, portanto, a alegação, revogada que foi aquela Emenda Constitucional como tudo o que prevalecia como ordem constitucional até o advento da Constituição de 1988, propiciando-se condições de conhecimento a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Também relativamente a este item conheço da Arguição, considerando satisfeitas as condições para a sua admissão e tramitação regular.

8. Ainda em exame de preliminar me chamou atenção a questão relativa ao exaurimento dos efeitos da norma interpretada em feitio agora impugnado. Entretanto, convenceram-me os argumentos de que já se consolidou, neste Supremo Tribunal, o entendimento de que mesmo normas revogadas sujeitam-se ao questionamento judicial pela via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. É o que se lembrou a digna Procuradoria Geral da República, ao mencionar o julgamento da ADPF 33/PA, na qual o Ministro Gilmar Mendes, relator, enfatizou a possibilidade de se admitirem controvérsias sobre direito posconstitucional já revogado ou cujos efeitos já se tenham exaurido serem cuidados em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, vez que, em tais casos, incabível seria a ação direta de inconstitucionalidade.

9. Nem de longe me tocou o argumento relativo ao descabimento da presente Arguição porque se teria a prescrição de eventuais crimes praticados e não anistiados pela Lei n. 6683/79.

A verificação ou não de ocorrência de prescrição depende, em cada caso, como é certo, do que se vier a concluir quanto à interpretação que deve prevalecer sobre a norma questionada. Se se concluir pela abrangência, em seus termos, de todos os crimes não haverá como se dar a persecução penal; se, contrariamente, se vier a concluir pela sua restrição, não abrangendo os crimes de tortura e outros de igual hediondez, praticados pelos agentes da repressão, a prescrição ou não haverá de ser cuidada em cada caso que vier a ser objeto da persecução penal.

10. O que se busca na presente Arguição é interpretação conforme à Constituição do § 1º do art. 1º da Lei n. 6683/79, a fim de se afastar óbice à persecução penal de autores de crimes cometidos por agentes públicos e que não seriam políticos nem com eles conexos, mas crimes comuns, no jargão jurídico, gravíssimos, de lesa humanidade, como são os de tortura, de homicídio, de sequestro e desaparecimento de pessoas, de lesões corporais graves, dentre outros.

11. Faço uma ressalva inicial relativa à entronização no sistema da Carta de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1/69, da Emenda Constitucional n. 26/85.

Naquele período o Brasil vivia sob a égide de uma Constituição que se chamava Emenda (a n. 1, de 1969) e se fez uma outra Emenda, a de n. 26, que apenas emenda não era.

Sendo o seu objeto principal a formalização da ruptura com a ordem vigente, pela atribuição de funções constituintes originárias aos "membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" a serem eleitos e os Senadores que compusessem o Congresso Nacional (art. 1º), fixou a presidência do órgão constituinte em sua instalação (do Presidente do Supremo Tribunal) e, em seu art. 4º, constitucionalizou o tema da anistia, mais alargada que aquela definida no art. 1º da Lei n. 6683, concedida seis anos antes.

A constitucionalização daquela concessão tem o condão de consolidar o que antes se fizera e acalmar os ânimos políticos, possibilitando o advento da constituinte sem novos percalços, como sucedera após a primeira lei (eventos contrários como os das bombas da OAB e do Riocentro, dentre outros).

12. É certo que, no sistema acolhido no Brasil, a superveniência de uma ordem constitucional desfaz o que antes vigorava e que não tenha sido constitucionalizado ou confirmado pela nova ordem.

E o tema da anistia retornou na Constituição (art. 8º do ADCT), mas para acolher situações que antes não tinham sido abrigadas pelas concessões anteriores.

Mas tanto não importa, a meu ver, para o desate da presente arguição, pela singela circunstância de que o que aqui se põe em questão e para o que se pede a solução preconizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil é a interpretação dos termos "*crimes políticos e conexos*", presentes tanto no § 1º do art. 1º da Lei n. 6683/79 quanto no art. 4º da Emenda Constitucional n. 26/85.

A conclusão do eminente relator no sentido de que, alterada a interpretação da Lei prevaleceria o que posto pela Emenda Constitucional n. 26/85 não me sensibiliza, em primeiro lugar, porque o óbice que o próprio Poder Judiciário vem pondo a pedidos de persecução penal em casos em que se busca punir atos de tortura tem sido a lei, não a Emenda Constitucional, daí o objeto da Arguição; em segundo lugar, porque se se chegasse à interpretação pleiteada pela ora Arguente para a lei o mesmo se daria em relação à Emenda Constitucional, como é certo, por serem idênticas as expressões.

A alegação de que a Emenda Constitucional n. 26/85 integraria a ordem constitucional formalmente instalada em 5 de outubro de 1988 não me convence, porque a Constituição de 1988 é Lei Fundamental no sentido de

que é fundante e fundadora, logo o que veio antes e que não foi por ela cuidado expressamente para ser mantido não há de merecer o adjetivo de norma integrante do sistema constitucional.

A especial condição jurídica daquela Emenda n. 26/85, qualificada por José Afonso da Silva de ato revolucionário, não desqualifica a presente argüição quanto à Lei n. 6683/79, que ainda é - repito - tomada como base de decisões judiciais e questionamentos administrativos, como demonstrado pela Advocacia Geral da União, em sua manifestação nos autos.

13. A opção inicial do intérprete do § 1º do art. 1º da Lei n. 6683/79 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 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.

É preciso não deslembrar que, naqueles dias dos anos setenta, havia presos políticos sem prisão formal decretada, desaparecidos ainda hoje desencontrados, exilados pretendendo e sem poder voltar à pátria, pais e mães dilacerados pelo dilema de viver de um perdão sobre humano e um ódio desumano, uns e outros a pesar na alma do Brasil.

Aquela quadra e o advento da lei que propiciou ultrapassar o momento para se chegar às eleições dos Governadores em 1982 (minha geração votaria, então, pela primeira vez), à campanha das diretas já, Tancredo já e, depois, Constituinte já não teria tido lugar sem aquela lei.

Daí o alerta do então Conselheiro da OAB, e depois grande Ministro desta Casa, Sepúlveda Pertence, no sentido de que "*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*".

Consolidou-se, a partir daquele entendimento fixado pela própria Ordem dos Advogados do Brasil, que todos os atos, incluídos os mais atrozes e merecedores de integral repulsa e total abominação, praticados "*nos desvãos da repressão política*", estavam incluídos entre os anistiados, e tanto tem prevalecido nestes trinta e um anos de vigência da norma.

14. É possível mudar a interpretação de um dispositivo legal, mesmo após três décadas de sedimentação de uma linha de entendimento e interpretação? Parece-me certo que sim.

Entretanto, cuidando-se, como no caso, de matéria penal, a mudança que eventualmente sobreviesse, em primeiro lugar, não poderia retroagir se não fosse para beneficiar até mesmo o condenado; em segundo lugar, teria de ser sobre norma ainda não exaurida em sua aplicação.

15. No caso aqui cuidado, há que se encarecer que, no direito brasileiro, nem mesmo a revisão criminal - vale dizer, questionamento judicial buscando rever condenação já imposta - pode ser apresentada senão pela defesa e não é admitida quando se cuidar de mudança de interpretação de lei.

Numa primeira análise, parece certo aceitar-se exatamente o quanto exposto pela Ordem dos Advogados do Brasil na presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Atualmente, a anistia decretada nas condições antes explicitadas - concedida aos autores de crimes políticos e seus conexos (de qualquer natureza), incluídos os crimes comuns praticados por agentes públicos acusados de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores - contraria o sistema constitucional vigente, em especial o seu art. 5º, pelo que seria com ela incompatível.

Todavia, o exame mais aprofundado de todos os elementos do que nos autos se contém impõe uma análise que considere mais que apenas a leitura seca da Lei de Anistia e da Constituição da República, e se busque a interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz de todo o sistema constitucional brasileiro, levando-se em consideração o momento político de transição do regime autoritário para o democrático no qual foi promulgada a Lei de Anistia.

Dito pela palavra de Black, em sua obra sobre interpretação das leis, há que se enfatizar que: "*Uma lei deve ser interpretada em consonância com seu espírito e razão; as Cortes têm poder para declarar que um caso conformado à letra da lei não é por ela alcançado quando não esteja conformado ao espírito e à razão da lei e da plena intenção legislativa*" (BLACK, Henry Campbell. Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1896. p. 48).

Se considerada uma interpretação normativa completamente alheia a) à história política brasileira na quadra em que ocorreu; b) à plena intenção legislativa então determinante de sua elaboração, o que foi submetido, inclusive, ao crivo da OAB para exame prévio; e c) ao espírito e à razão da Lei n. 6.683/1979; a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental se converteria numa espécie de "revisão criminal às avessas", instituída exclusivamente em prejuízo de anistiados, na qual se superaria

a realidade histórica e a eficácia de uma lei vigente há mais de trinta anos ao se adotar certa linha exegética inovadora quanto à compreensão da matéria.

Todavia, este Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de que não cabe sequer revisão criminal quando se basear a pretensão em mudança de interpretação da lei, pelo que não haveria conseqüências para os fins buscados, mesmo que se chegasse à conclusão diversa daquela exposta pelo Relator da presente Argüição:

> *"RvC 4645 / SP - SÃO PAULO*
> *Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA*
> *Julgamento: 01/04/1982 TRIBUNAL PLENO*
> *Ementa:REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO. CRIME CONTINUADO. MUDANCA DA JURISPRUDÊNCIA. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM SE ORIENTADO NO SENTIDO DE NÃO ADMITIR A REVISÃO CRIMINAL, COM BASE NO ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, QUANDO O REQUERENTE SUSTENTA, APENAS, A MUDANCA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE A MATÉRIA, RELATIVAMENTE A ÉPOCA EM QUE OCORREU A DECISÃO REVISANDA. PRECEDENTES DO STF. REVISÃO CRIMINAL INDEFERIDA."*

No mesmo sentido: RE 113.601, Relator o Ministro Moreira Alves, e RvC 4.603, Relator o Ministro Xavier de Albuquerque.

16. Tem-se, na peça inicial da presente Arguição, que haveria obscuridade (coerente com o obscurantismo do período) terminológico no dispositivo legal questionado, cuja finalidade seria incluir, na anistia concedida, os agentes que praticaram atos criminosos contra os opositores do regime ditatorial que grassou no País nas décadas de sessenta e setenta.

Todavia, a análise do elemento histórico específico da lei conduz à conclusão oposta, quer o juiz goste ou não do panorama a ser visto.

O disposto no § 1º do art. 1º da Lei n. 6683/79 não me parece justo, em especial porque desafia o respeito integral aos direitos humanos. Mas a sua análise conduz-se à conclusão, a que também chegou o Ministro Relator, de que também não pode ser alterado, para os fins propostos, pela via judicial. Nem sempre as leis são justas, embora sejam criadas para que o sejam.

O direito realiza o que precisa ser realizado num determinado momento histórico, buscando-se - em termos de legitimidade política - o que seja necessário para se chegar ao justo, em termos de paz social.

Como posto pela Advocacia Geral da União, não apenas a norma do § 1º do art. 1º da Lei n. 6683/79 não é ambígua, como ela esclarece, de maneira taxativa, a sua finalidade de ampliar indistintamente a anistia então concedida.

Os motivos que levaram à elaboração daquela lei, bem expõem a Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da República, e que foi enfatizado na sessão inicial deste julgamento no voto do Ministro Relator, foram a reconciliação e a pacificação nacional, num momento em que era necessário ultrapassar o regime ditatorial implantado desde a década de sessenta e promoverem-se meios para se chegar à democracia. O início deste processo foi, exatamente, a anistia buscada pela sociedade e que dependia de ato estatal, consubstanciado na lei agora questionada em um de seus dispositivos.

Não se pode negar que a anistia brasileira, concedida na forma da Lei n. 6683/79, resultou de uma pressão social, em especial dos principais setores atuantes da sociedade civil, como intelectuais, estudantes, sindicatos, e foi objeto de amplo debate e de manifestações expressas e específicas das principais entidades e personalidades então atores do processo da chamada "abertura".

Dentre estas entidades destacou-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo acesso ao texto que viria a se tornar a Lei n. 6683/79, para análise e deliberação sobre a sua posição em relação a ele, foi prioritário, como antes acentuado.

O partido então tido por oposição ao governo, MDB, aguardou a manifestação da entidade para se posicionar sobre o texto e sobre ele votar, tendo sido contrários, na votação, apenas quatro congressistas.

Como muitas vezes citado neste julgamento, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo seu digno Presidente, Doutor Eduardo Seabra Fagundes, não apenas promoveu o debate sobre o Projeto de Lei de Anistia na entidade, como encaminhou ao Senado Federal o Parecer aprovado pela Casa, de autoria do depois Ministro deste Supremo Tribunal, Sepúlveda Pertence, a significar a voz da sociedade civil manifestada, consequentemente, quanto ao projeto.

Naquele documento fez constar o grande brasileiro e insuperável jurista, que "*não há objeção histórica que possa obscurecer que a amplitude, com a qual o § 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 ...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, qualquer tipo de relação. 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. 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. 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".

Tem-se, no próprio documento da Ordem dos Advogados do Brasil, de trinta e um anos atrás, o alerta de que não era com gosto de festa que se recebia o projeto; era com críticas ácidas, mas com a responsabilidade própria da entidade, que teimava em permitir que as novas gerações estivessem libertas dos grilhões ditatoriais e se pudesse, como afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, aplainar o caminho para o advento do Estado de Direito.

Não foi a primeira anistia política concedida em finais de períodos ditatoriais de que foi melancolicamente pródiga a história brasileira. Bem o mostrou em seu voto o Ministro Eros Grau, mais de trinta leis de anistia foram concedidas no Brasil. Pode-se mudá-las? Não tenho dúvidas quanto a tal possibilidade, desde que pela via legislativa, não pela judicial.

Nem foi a mais justa ou ampla, geral e irrestrita como pretendiam os brasileiros a anistia concedida. Foi a que se conciliou para não se deixar de avançar e que, na época, frutificou com conseqüências graves, porque, tecnicamente, não se teria a conexão de crimes, efetivamente, como pretendido pela Arguente e pelos *amici curiae*.

A não se considerar os fins a que se destinou a Lei n. 6683/79, quando de sua edição, e desconectando-se a norma do seu § 1º do art. 1º do momento e das contingências históricas, nas quais se deu a sua aceitação, não apenas pelo Congresso Nacional, mas também pela sociedade civil, grandemente representada, naquele instante, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sem dúvida seria de se considerar que, inocorrendo conexão entre os crimes de tortura e os crimes políticos, não haveria como se considerar anistiados todos eles.

O que se põe em causa, contudo, repita-se ainda uma vez, é se a interpretação da lei há de relevar o momento histórico em que ela, especificamente, foi criada e as finalidades - ainda que dramáticas para os cidadãos - por ela buscadas, para se dar um novo passo na caminhada rumo à retomada do Estado de Direito ou se, contrariamente, o presente não tem compromisso com este triste passado, porque até mesmo as instituições repensam e podem se contrapor ao quanto antes por elas mesmo decidido e publicamente exposto e comprometido.

Sem descuidar de que o repensamento e a reconstrução de uma idéia ou mesmo de uma lei, pela via da renovação de uma interpretação é, em geral, possível, sem o que não se tem o avanço das pessoas e das instituições, estou em que, por mais abjeto, grave e cruciante tenha sido a opção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados de 31 anos atrás, teve aquela escolha conseqüências políticas e jurídicas não passíveis de singelo desfazimento pela via de interpretação judicial.

Nem de longe alguém desconhece toda a carga de ferocidade das torturas, dos homicídios, dos desaparecimentos de pessoas, das lesões gravíssimas praticadas, que precisam ser conhecidas e reconhecidas e, principalmente, responsabilizadas, para que não se repitam. Mas o desfazimento de anistia por lei cujos efeitos se produziram e exauriram num determinado momento histórico não se pode dar pela via judicial pretendida.

Não tenho como interpretar a norma de 1979 como se nada ou ninguém tivesse ali se comprometido com as finalidades buscadas, permitindo que a sociedade ultrapassasse aquele sofrimento e passasse a outro momento, ainda que com o pagamento caríssimo de, mais que uma anistia, que é resultado de perdão, menos ainda de esquecimento, como normalmente uma anistia é, chegar-se a um acordo que permitiu uma transição institucional. Buscou-se ali uma pacificação no sentido de transpor-se uma etapa para se chegar à paz social, que é fruto de um movimento no sentido de permitir que a vida se refaça.

Anoto, ainda uma vez, que não apenas a Ordem dos Advogados do Brasil, mas também o Instituto dos Advogados Brasileiros encaminhou ao Presidente do Senado Federal, Senador Luiz Vianna Filho, manifestação no sentido de ser favorável a uma *"anistia, geral e irrestrita"* que significaria *"esquecer o passado e viver o presente, com vistas ao futuro"*.

Como em outras oportunidades históricas, o Brasil de 1979 construiu o que se conheceu como processo de transição política, pelo qual a sociedade civil, representada pelas entidades de importância e legitimidade reconhecidas, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, fez concessões de monta e com conseqüências gravíssimas, como a que se contém no § 1º do art. 1º da Lei n. 6683/79, para chegar a uma outra fase política. Pelo que tomo como adequada a ponderação do eminente Procurador Geral da República ao acentuar, em seu Parecer, que *"não parece aceitável, com as venias devidas, fazer uma leitura atemporal do ato impugnado e, de forma pontual, atacar o mesmo contexto que possibilitou e conferiu legitimidade à convocação da Assembléia Nacional Constituinte"*.

17. Repito: tomar-se a interpretação da Lei n. 6683/79 decotada do momento e das contingências históricas nas quais se deu seria mais fácil, mas seria preciso, para tanto, desconhecer o passado e determinar-se para o futuro sem qualquer apego ao quanto antes decidido, o que poderia chegar, em um momento, a se poder questionar tudo o que foi feito, incluída aí, o processo de criação da Constituição de 1988, que não se deu como queria, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil, um Congresso Constituinte, senão uma Assembléia legítima e exclusiva. Não se obteve o que se queria, mas o que se conseguiu é o que nos permite, agora, viver uma experiência democrática.

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.

18. De se notar que este Supremo Tribunal já se debruçou sobre o sentido da conexão referida no § 1º do art. 1º da Lei n. 6683, por exemplo, ao julgar o recurso em habeas corpus 59.834, relator o Ministro Firmino Paz. Naquela ação, o Ministro Décio Miranda acentuou, em seu voto, que "*a lei de anistia, Lei n. 6683/79 não adotara um conceito rigoroso a este propósito (de conexão) tanto que depois de referir, no art. 1º, crimes políticos ou conexos com estes, achou prudente, no § 1º do mesmo artigo, definir a indicada conexão...não estamos diante do conceito rigoroso de conexão, mas de um conceito mais amplo, em que o legislador considerou existente esta figura processual, desde que se pudesse relacionar uma infração a outra...*".

Nenhuma dúvida me acomete quanto a não conexão técnico-formal dos crimes de tortura com qualquer crime outro, menos ainda de natureza política. Tortura é barbárie, é o desumanismo da ação de um ser mais animal que gente, é a negação da humanidade, mais que a dignidade, que quem a pratica talvez nem ao menos saiba o que tanto vem a ser.

Mas não vejo como, para efeitos específica e exclusivamente jurídico-penais, nós, juízes, reinterpretarmos, trinta e um anos após e dotarmos de efeitos retroativos esta nova interpretação, da lei que permitiu o que foi verdadeiro armistício de 1979 para que a guerra estabelecida pelos então donos do poder com os cidadãos pudesse cessar. Não vejo como, judicialmente, possa ser, agora, aquela lei reinterpretada com negativa ampla, geral e irrestrita de tudo o que ocorreu então e que permitiu que hoje fosse o que se está a construir.

19. Reitero que esta conclusão, que vai no sentido de acompanhar o Ministro Relator da presente Arguição, não tem qualquer consideração sobre a imperiosidade que se mostra de se dar a investigação, conhecimento e divulgação plenos de tudo o que se passou no que o Ministro Sepúlveda Pertence chamou, em seu parecer, de *desvãos da repressão política*. O direito à informação, constitucionalmente assegurado, o direito à verdade

para se saber e se construir e se reconstruir a história compõe a ética constitucional, e haverá de ser respeitada.

E tal conhecimento não é despojado de conseqüências, porque o que se anistiou foi apenas - e não é pouco - em termos de direito penal, não de responsabilidade do Estado, que haverá de para tanto ser convocado e responder segundo os princípios jurídicos do sistema vigente. E, em regresso, deverá o Estado voltar-se contra os que lhe atingiram os deveres de lealdade aos limites de ação respeitosa das pessoas políticas com os homens e as mulheres cujos direitos fundamentais foram cruamente atingidos.

Afinal, como lembrava Hélio Pelegrino, *"a tortura política em nenhum caso é mero procedimento técnico, crispação de urgência numa corrida contra o tempo...Expressão tenebrosa da patologia de todo um sistema social e político, ela visa à destruição do sujeito humano, na essência de sua carnalidade mais concreta. A tortura reivindica, em sua empreitada nefanda, uma rendição do sujeito na qual estejam empenhados nervos, carne, sangue, ossos e tensões: cabeça, tronco e membros. ... O torturador, este não tem saída nenhuma"* (PELLEGRINO, Hélio - *A burrice do demônio*. P. 19).

O Brasil tem o direito de saber e o Estado tem o dever de informar, para que não sejam esquecidos os horrores perpetrados contra os brasileiros. Ultrapassar ou desconhecer a anistia, tal como entendida e praticada, com o aval da Ordem dos Advogados do Brasil, na primeira hora de sua proposição, para retroagir sobre o que se sedimentou e se exauriu, pela via da presente Arguição, é que não vejo como possa ser acolhido em face do direito vigente.

Por todas estas razões, **voto no sentido de acompanhar o voto do Ministro Relator.**

29/04/2010 **TRIBUNAL PLENO**

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** -

1. Do relatório

Trata-se de ação por descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual questiona o § 1º do art. 1º da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como *Lei de Anistia*, que ostenta a seguinte redação:

> *"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 conexos 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 Legislativos e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.*
>
> ***§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política"*** (grifos meus).

O autor da ação pretende, em síntese, que esta Suprema Corte interprete o referido dispositivo legal *"à luz dos preceitos e princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal"*, visto que a *"interpretação corrente, nos pretórios e fora deles, ofende frontalmente"* o que neles se contém.

Ressalta, mais, que a redação do § 1º do art. 1º do citado diploma normativo *"foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra os opositores políticos ao regime militar"*.

Sublinha, ainda, que essa ambiguidade se mostra patente, sobretudo no ponto em que o texto legal atacado emprega a expressão "crimes conexos", visto que o conceito de conexão, no campo do direito penal substantivo, revela a comunhão de propósitos e objetivos na prática de ilícitos distintos, falando-se, quando o agente é um só, em concurso material ou formal de delitos. Já na seara do direito penal adjetivo, assenta que só é possível reconhecer-se a conexão na hipótese em que os agentes atuam uns contra os outros, mas, mesmo assim, apenas para o efeito

de unificação da competência jurisdicional, cuidando-se de regra de natureza meramente processual.

Assim, segundo o autor, não poderia ter havido, do ponto de vista técnico-jurídico, conexão "*entre crimes políticos cometidos pelos opositores do regime militar e os crimes comuns contra eles praticados pelos agentes da repressão e mandantes no governo*".

Finaliza, pugnando pela procedência da ação para que o Tribunal dê à Lei 6.683/1979, "*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.*"

A Advocacia Geral da União, nas informações, manifestou-se, em preliminar, pelo não conhecimento da ação, opinando, no mérito, por sua improcedência. A Procuradoria Geral da República, por sua vez, formulou parecer no sentido do conhecimento do pedido, defendendo, no entanto, quanto ao mérito, a improcedência deste.

O Ministério Público Federal afastou a preliminar de não conhecimento, levantada pela AGU, destacando, em especial: (i) que *"não há necessidade, no caso, de comprovação de existência de controvérsia judicial sobre a aplicação de preceito fundamental, mas sim de demonstração de uma controvérsia jurídica (em qualquer sede) sobre a validade da norma questionada ou interpretação"*, e (ii) que a *"matéria da prescrição não prejudica o mérito da ADPF"*, pois *"apenas se ultrapassada a controvérsia sobre a previsão abstrata da anistia é que se abrirá a oportunidade para a verificação da prescrição"*.

2. Das preliminares

Entendo que assiste razão à PGR, no tocante ao conhecimento do pleito veiculado nesta ADPF. Com efeito, embora a Lei 6.683/1979 não tivesse incluído, de forma expressa, em seu âmbito de abrangência os crimes comuns, o pedido do autor desta ação afigura-se legítimo pelo fato de se haver consolidado na comunidade jurídica brasileira o entendimento segundo o qual os crimes cometidos por agentes estatais e por aqueles que buscavam o fim do regime de exceção, instaurado no País a partir de 1964, teriam natureza ou motivação política ou, então, ostentariam tal

caráter por força da denominada conexão. Em razão disso, estariam, todos, indistintamente, cobertos pela anistia.

A ausência de ações penais contra os agentes do Estado pela prática de crimes comuns durante o período estabelecido na Lei 6.683/1979, qual seja, entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, está a revelar que se generalizou a impressão, entre os operadores do Direito, de que a anistia teria abrangido todas as condutas delituosas praticadas naquele lapso temporal. Em outras palavras, ela englobaria, genericamente, os vários atores do cenário político de então, de modo a abortar, ainda no nascedouro, qualquer iniciativa de responsabilização criminal individualizada.

A propósito da prescrição, também entendo, tal como a Procuradoria Geral da República, que se cuida de matéria a ser examinada antes da eventual abertura de ação penal, não interferindo na análise abstrata do preceito legal atacado nesta ADPF.

Recordo, ademais, que esta Suprema Corte decidiu, na Extradição 974, da qual sou redator para o acórdão, originalmente distribuída ao Min. Marco Aurélio, que o crime de sequestro,

possivelmente seguido de homicídios, tem caráter permanente. Ou seja, o resultado delituoso protrai-se no tempo, enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade ou os seus restos mortais não forem encontrados. Isso quer dizer que os respectivos prazos prescricionais somente começam a fluir a partir desses marcos temporais.

Cuidava-se, na espécie, de pedido de extradição feito pelo Governo argentino, afinal deferido em parte, envolvendo um ex-major uruguaio, homiziado no Brasil, alegadamente integrante da denominada *Operação Condor*, organização secreta criada, ao que consta, para perseguir adversários políticos dos regimes militares implantados na Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai, o qual teria participado de operações clandestinas que culminaram no sequestro e desaparecimento de diversas pessoas levadas a uma fábrica desativada onde eram submetidas a interrogatórios e torturas.

Naquele julgamento entendi, sendo acompanhado por outros integrantes do Tribunal, que o delito de associação ilícita estava prescrito, consignando, todavia, que

> *"(...) embora tenham passado mais de trinta e oito anos do ato imputado ao extraditando, as vítimas até hoje ainda não apareceram, nem tampouco os respectivos corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por ora, de homicídio.*
>
> *Esses sequestros podem, em tese, ainda, subsistir. Portanto estamos diante de um crime de caráter permanente."*

No mesmo sentido, o Min. Cézar Peluso, em substancioso voto-vista, que alterou os rumos daquele julgamento, asseverou, na ocasião, o seguinte:

> *"Em relação à prescrição, o problema que aventei, que cuido ter examinado à luz dos arts. 6º e 7º do Código Civil, é que, para que seja admitida a prescrição, seja tanto para efeitos civis, como para efeitos penais, a presunção de morte tem de ser objeto de uma sentença, que, entre outras coisas, deve fixar a data provável do falecimento, porque sem tal sentença permanece sempre a dúvida. E, neste caso, nós nos remetemos, já não para a hipótese de morte presumida, mas para o instituto da ausência, que tem tratamento normativo completamente diferente e no qual não se presume morte alguma.*
>
> *Noutras palavras, o que temos, no caso, para fixar o termo inicial da prescrição? O grande problema é esse. Eu seria muito propenso a reconhecer a prescrição, desde que me demonstrem haja algum dado que indique que, em determinado momento, de lá para cá, as vítimas foram mortas. Faleceram no mês tal, provavelmente de tal, diante de tal e qual circunstância, ou faleceram no ano tal. A partir daí começaria a contar o prazo da prescrição."*

3. Da delimitação da controvérsia

Ultrapassada a preliminar de não conhecimento, registro que a *quaestio iuris* discutida nesta ação limita-se a esclarecer se os agentes do Estado, que alegadamente praticaram ilícitos penais comuns, na época do regime de exceção, estariam ou não abrangidos pela Lei de Anistia, por serem crimes conexos aos delitos políticos ou, ainda, porque foram, segundo alguns, praticados com motivação política.

Os limites da controvérsia, a meu ver, foram bem delineados na manifestação da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, que, fazendo um retrospecto do processo de elaboração, tramitação e aprovação da Lei 6.683/1979, assim resumiu a questão:

> *"(...) ponto essencial do projeto da Lei da Anistia refere-se à deliberada omissão no tocante aos crimes praticados por agentes públicos contra opositores do regime, como lesão corporal, atentado violento ao pudor, homicídio, ocultação de cadáver e tortura. Trazer expressamente a previsão da concessão de anistia aos agentes que cometeram tais crimes, ainda que em disposição genérica, representaria a confissão de sua prática (...). Por outro lado, expressamente excluí-los da anistia, além de ser diretamente contrário aos interesses do regime, teria o mesmo efeito do reconhecimento, o que justificou a rejeição de emendas em ambos os sentidos, tanto que incluíam quanto que*

> *excluíam da anistia os agentes públicos que praticaram crimes comuns contra os opositores.*
>
> *Assim,* ***a Lei da Anistia, deliberadamente, não trouxe a previsão de anistia aos agentes do Estado que praticaram crimes comuns contra os opositores do regime de exceção"*** (grifos meus).

De fato, a Lei de Anistia, longe de ter sido outorgada dentro de um contexto de concessões mútuas e obedecendo a uma espécie de "acordo tácito", celebrado não se sabe bem ao certo por quem, ela em verdade foi editada em meio a um clima de crescente insatisfação popular contra o regime autoritário.

A perda de sustentação do regime, como lembram os estudiosos, remonta à chamada "crise do petróleo", ocorrida em 1973, acompanhada de um brusco e acentuado aumento nos preços do produto, que acarretou uma inesperada desestabilização na economia internacional, com pesados reflexos para o Brasil, levando, em especial, ao recrudescimento da inflação, combatida mediante restrições ao crédito, a redução de investimentos públicos e o controle de preços e salários, dentre outras medidas. [1]

[1] Veja-se, dentre outros, SINGER, Paul. *Crise do "Milagre": Interpretação crítica da Economia Brasileira.* 4ª. ed.. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978; e PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Estado e Subdesenvolvimento Industrializado: Esboço de uma Economia Política Periférica.* São Paulo: Brasiliense, 1977.

A recessão econômica que se instalou no País a partir de 1974, caracterizada, sobretudo, pelo aumento dos índices de inflação e desemprego, exacerbou a insatisfação popular e deflagrou inúmeros protestos, ao longo dos anos seguintes, de operários, estudantes, religiosos, intelectuais e profissionais liberais, inclusive de setores que até então emprestavam sustentação ao regime, todos exigindo a volta ao Estado de Direito. [2] Um dos eventos mais significativos nesse sentido foi a leitura da *Carta aos Brasileiros*, elaborada pelo Prof. Goffredo da Silva Telles, em agosto de 1977, que contou com milhares de assinaturas, no pátio Faculdade de Direito do Largo São Francisco, assinalando o "*fim da complacência dos juristas com o regime*". [3]

Também do exterior foram veiculados inúmeros protestos, por parte de governos, organizações internacionais e de outras entidades, a exemplo do Senado italiano, do *Bundestag* alemão, da Organização dos Estados Americanos, da Anistia Internacional, do Conselho Mundial de Igrejas e da Pontifícia Comissão de Justiça e Paz do Vaticano. Possivelmente a pressão de maior impacto tenha vindo dos Estados Unidos, que, a partir da Administração Carter, iniciada em 1977, pautou a sua política pelo respeito aos direitos

[2] Sobre o tema, leia-se a entrevista de Hélio Jaguaribe ao jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 18.05.80, p. 133.
[3] Revista *Veja*, nº 527, pp. 59-65.

humanos, levando, inclusive, ao rompimento do acordo militar que mantinha com o Brasil. [4]

O crescimento da insatisfação popular e o acirramento das dissidências dentro do próprio sistema de poder, na realidade, refletiam uma séria crise de legitimidade. [5] As pressões e tensões daí decorrentes atingiram níveis tais que passaram a ameaçar a própria sobrevivência do regime, convencendo os seus próceres de que era chegada a hora de promover mudanças no modelo político-institucional, embora de forma controlada. Essa foi a origem da denominada "abertura lenta e gradual", iniciada pelo General Ernesto Geisel, que culminou na convocação da Assembléia Constituinte, precedida da edição da Lei 6.683/1979.

4. Da eventual conexão

Antes de adentrar na discussão do tema, permito-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*

[4] A revista *Veja*, nº 445, pp. 20-27, relata o confronto entre o Brasil e os Estados Unidos no campo dos direitos humanos.
[5] Cf. ABREU, Hugo de. *O Outro lado do Poder*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979; e *Tempo de Crise*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

ser leis". [6] 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.

Verifico, assim, que a atecnia, proposital ou involuntária - não importa agora - da redação do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, no ponto em que alude à conexão entre crimes comuns e políticos, para o efeito de estender a anistia aos agentes estatais, vem causando, por sua inegável equivocidade, desde quando veio a lume, considerável perplexidade dentre aqueles que buscaram interpretá-lo.

Ora, como se sabe, o sistema penal e processual brasileiro somente contempla as seguintes hipóteses de conexão: (i) conexão material: concurso formal, material ou crime continuado (CP, arts. 69, 70, 71); (ii) conexão intersubjetiva por

[6] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. 4ª ed. Vol. XXVI, p. 219.

simultaneidade: duas ou mais infrações praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem acordo mútuo de vontades, conhecida como "autoria colateral" (CPP, art. 76, I, primeira parte); (iii) conexão intersubjetiva por concurso: duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas em concurso, mediante acordo mútuo, embora diverso o tempo e o local (CPP, art. 76, I, *segunda parte*); (iv) *conexão objetiva: duas ou mais infrações* praticadas, quando uma delas busca facilitar ou ocultar a prática da outra (CPP, art. 76, II); (v) conexão probatória: quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração (CPP, art. 76, III); e (vi) conexão intersubjetiva por *reciprocidade: duas ou* mais infrações praticadas, por várias pessoas, umas contra as outras (CPP, art. 76, I, última parte). [7]

Dessas hipóteses de conexão, somente as duas últimas poderiam, em tese, emprestar algum sentido ao conceito, de idêntico *nomem iuris*, abrigado na Lei de Anistia, visto que as demais demandam uma unidade de desígnios ou de condutas entre os agentes. [8] Ocorre que a conexão probatória e a conexão por reciprocidade não se aplicam à espécie, pois constituem meras

[7] Cf. BOTINI, Pierpaolo Cruz e TAMASAUSKAS, Igor. Acerca do debate sobre a Lei de Anistia. *Justiça e Cidadania*, fevereiro de 2009, p. 38.
[8] *Idem, loc.cit.*

regras de competência processual, destinadas à unificação de processos, objetivando facilitar a instrução e evitar decisões conflitantes. A simples menção à conexão no texto legal contestado, à toda evidência, não tem o condão de estabelecer um vínculo de caráter material entre os crimes políticos cometidos pelos opositores do regime e os delitos comuns atribuídos aos agentes do Estado, para o fim de lhes conferir o mesmo tratamento jurídico.

Destarte, embora o legislador de 1979 tenha pretendido caracterizar, para o efeito da anistia, a conexão material entre ilícitos de natureza distinta praticados por pessoas diferentes e em circunstâncias diversas, com o objetivo ensejar a absorção das condutas delituosas comuns pelos crimes políticos, não é difícil constatar que tal desiderato, ao menos do ponto de vista técnico-jurídico, não logrou ser bem sucedido.

Lauro Joppert Swenson Junior, nessa mesma linha, de mais forma sintética, anota o seguinte:

> *"A conexão delitiva pode ser considerada sob o aspecto material ou processual. Sob o aspecto material, ela é o reconhecimento de um liame entre vários crimes praticados por um mesmo agente, em concurso material. Ou seja, reconhece-se que dois ou*

> *mais crimes praticados por um agente, mediante mais de uma ação ou omissão estejam relacionados entre si teleológica, consequencial ou ocasionalmente.*
>
> *Sob o aspecto processual, a conexão delitiva é o instituto de processo penal, através do qual considera-se haver conexão entre vários crimes, cometidos pelo mesmo agente ou por agentes diferentes, para que seus processos corram perante um mesmo juízo. Ou seja, os crimes considerados conexos passam a ser julgados por um mesmo tribunal."* [9]

A partir de uma perspectiva estritamente técnico-jurídica, pois, não há como cogitar-se de conexão material entre os ilícitos sob exame, conforme pretenderam os elaboradores da Lei de Anistia, porquanto não é possível conceber tal liame entre os crimes políticos praticados pelos opositores do regime de exceção e os delitos comuns alegadamente cometidos por aqueles que se colocavam a seu serviço, visto inexistir, com relação a eles, o necessário nexo teleológico, consequencial ou ocasional exigido pela doutrina para a sua caracterização. [10]

Mas, embora essa questão ainda possa despertar certa perplexidade entre aqueles que, hodiernamente, se debruçam sobre a questão, o seu deslinde não suscitou maiores dificuldades para esta Suprema Corte.

---

[9] SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia Penal: problemas de validade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 189.

[10] Cf. também MARQUES, José Frederico, *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, Saraiva, pp. 371-375.

De fato, no RHC 59.834, julgado pela egrégia Segunda Turma, em que se discutiu a conexão entre o crime de deserção e certos delitos políticos, cobertos pela anistia, praticados por um militar, o colegiado decidiu, com base no voto divergente do Min. Cordeiro Guerra, amparado na doutrina estrangeira, em especial na francesa, que o primeiro deles, de índole comum, configurou apenas um meio para o cometimento dos demais. Quer dizer, para o Tribunal, a conexão entre delitos de natureza diferente somente fica evidenciada se uns forem empregados como meios para a consecução de outros. Na expressão de Robert Charvin, trazida à colação pelo prolator do voto vencedor, *"dont ils ne sont que les moyens d'accomplissement"*. [11]

Nas palavras do Min. Cordeiro Guerra,

> *"(...) a deserção ocorreu no tempo em que o recorrente praticava crimes políticos. Mesmo para os partidários da teoria objetiva* (aquele que leva em conta a natureza do interesse jurídico lesado ou exposto a perigo), *seria forçoso admitir que a deserção se não foi um crime meio, foi certamente ato praticado para facilitar a execução dos crimes políticos que vieram a ser anistiados."*

[11] CHARVIN, Robert, *Justice et Politique*, 1968, p. 430, conforme citação do Min. Cordeiro Guerra.

Descartada, assim, a possibilidade da ocorrência de conexão entre os aludidos crimes, nos termos aventados pela Lei 6.683/1979, cumpre agora verificar se os delitos supostamente praticados pelos agentes do Estado eram de natureza política ou possuíam motivação política ou, ainda, se comuns, foram de alguma forma absorvidos por estes últimos.

5. Dos crimes comuns

Não adentro - por desnecessária, a meu ver, para o presente debate - na tormentosa discussão acerca da ampla punibilidade dos chamados *crimes de lesa-humanidade*, a exemplo da tortura e do genocídio, definidos em distintos documentos internacionais, [12] que seriam imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia, e cuja persecução penal independeria de tipificação prévia, sujeitando-se, ademais, não apenas à jurisdição penal nacional, mas, também, à jurisdição penal internacional e, mesmo, à jurisdição penal nacional universal.

[12] Dentre outros, nos seguintes documentos internacionais: Convenção de Haia, Estatuto do Tribunal de Nüremberg, Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, ratificados pelo Brasil, respectivamente, em 02 de janeiro de 1914, em 21 de setembro de 1945 e 24 de setembro de 2002.

É que, de acordo com estudiosos do assunto, vários seriam os delitos comuns possivelmente praticados por agentes do Estado, durante o regime autoritário, todos tipificados no Código Penal de 1940, vigente à época, destacando-se dentre eles os seguintes: (i) crimes contra a vida e integridade corporal: homicídio (art. 121), lesões corporais (art. 129), maus-tratos (art. 136); omissão de socorro (art. 135); (ii) crimes contra a liberdade individual: privação arbitrária de liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado (art. 148), constrangimento ilegal (art. 146), ameaça (art. 147), violação de domicílio (art. 150); (iii) crimes contra o patrimônio: furto (art. 155), dano (art. 163), apropriação indébita (art. 168); (iv) crimes contra o respeito aos mortos: destruição ou ocultação de cadáver (art. 211); (v) crimes contra a liberdade sexual: estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214); (vi) crimes de falsificação: falsificação de documento público (art. 297), atestado falso por médico (art. 302); (vii) crimes contra a administração pública: concussão (art. 316), violência arbitrária (art. 322), abuso de autoridade (art. 350), condescendência criminosa (art. 320). [13]

[13] Veja-se, por exemplo, SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia Penal: problemas de validade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79)*, cit., pp. 62 e 63.

A tipificação de tais delitos, na maioria dos casos, também estava reproduzida, inclusive quanto às respectivas penas, nos Códigos Penais Militares de 1944 e 1971, que vigoraram durante todo o regime de exceção, e aos quais se sujeitavam todos os militares e pessoas legalmente assemelhadas a eles. [14]

O mesmo se diga quanto ao delito de tortura. Embora este crime tenha sido formalmente tipificado apenas a partir da Lei 9.455/1997, a sua prática, evidentemente, jamais foi tolerada pelo ordenamento jurídico republicano, mesmo aquele vigente no regime de exceção. Não bastasse a previsão da lei penal ordinária, que sancionava, dentre outros crimes, as lesões corporais e os maus-tratos, a Lei 4.898/1965, definia - e ainda define, pois continua em vigor -, em seus arts. 3º e 4º, as hipóteses de abuso de autoridade, arrolando, dentre elas, o atentado à incolumidade física ao indivíduo e de submissão de pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei. E mais: o art. 5º caracteriza como autoridade aquele que "*exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração*". Além disso, o art. 6º estabelece que "*o abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal*".

[14] *Idem, loc.cit.*

Ainda que se admita, apenas para argumentar, que o País estivesse em uma situação de beligerância interna ou, na dicção do Ato Institucional 14/1969 - incorporado à Carta de 1967, por força da EC 1/1969 - enfrentando uma "guerra psicológica adversa", "guerra revolucionária" ou "guerra subversiva", mesmo assim os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado.

6. Dos crimes políticos e crimes conexos na jurisprudência do STF

Visto isso, registro que, para solucionar a questão aqui debatida, faz-se necessário revisitar o entendimento desta Suprema Corte no tocante à distinção entre crimes políticos e crimes comuns, construído, sobretudo, ao longo dos julgamentos relativos às extradições, no exercício da competência que a Constituição Federal lhe atribui no art. 102, I, **g**, com as limitações impostas pelo art. 5º, LII.

Começo relembrando o voto do Min. Sepúlveda Pertence no HC 73.451, em que este consignou o quanto segue:

> "*Certo é que, tendo em vista o direito positivo brasileiro, a Lei nº 7.170, de 1983, para que o crime seja considerado político, é necessário, além da motivação e dos objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no artigo 1º da referida Lei nº 7.170, de 1983,* ex vi *do estabelecido no art. 2º desta. É dizer, exige a lei lesão real ou potencial à integridade territorial e à soberania nacional (art. 1º, I), ou ao regime representativo e democrático, à Federação e ao Estado de Direito (art. 1º, II), ou à pessoa dos chefes dos Poderes da União (art. 1º, III). O tipo objetivo inscreve-se, está-se a ver, no inciso II do art. 2º, enquanto que o tipo subjetivo no inciso I do mesmo art. 2º, certo que a motivação e os objetivos do agente devem estar direcionados na intenção de atingir os bens jurídicos indicados no art. 1º" (DJ 6/6/1997).*

Já o Min. Celso de Mello, na Extradição 855, conhecida como *Caso Norambuena*, assim se pronunciou:

> "*A* ***noção*** *de criminalidade política é ampla. Os autores costumam analisá-la em face de posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a um dualismo conceitual, que distingue,* ***de um lado****, o crime político absoluto ou puro (é o crime político em sentido próprio) e,* ***de outro****, o crime político relativo ou misto (é o delito em sentido impróprio).* ***Aquele****, traduzindo-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe ou afetar-lhe a ordem política e social (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, 'op. cit.', p. 609; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, '****Princípios Básicos de Direito Penal****', p. 135, item n. 119, 3ª ed., 1987, Savaiva, 'inter plures);* ***este*** *- o crime político em sentido impróprio - embora exprimindo uma concreta motivação político-social de seu agente,* ***projeta-se*** *em comportamentos geradores de uma lesão jurídica* ***de índole comum****.*

(...)

***É inegável** a delicadeza do tema concernente aos **crimes comuns conexos com os delitos políticos**. Essa questão **resolve-se** pelo critério da preponderância **ou** da prevalência. **Se** os crimes comuns, dentro desse vínculo de conexidade, **ostentarem** caráter hegemônico, **porque** mais eminentes e expressivos, ou subordinantes, até, da prática dos ilícitos políticos, **deixará de incidir** qualquer causa obstativa do deferimento da postulação extradicional.*

***Impende assinalar**, bem por isso, **naquelas hipóteses** em que o fato dominante - ainda que **impregnado** de motivação política - **constitua**, principalmente, infração da lei penal comum (**Lei nº 6.815/80**, art. 77, § 1º), **que será lícito**, a esta Corte, mediante concreta ponderação das situações peculiares de cada caso ocorrente, **reconhecer a preponderância** do delito comum, **para efeito de deferimento** do pedido extradicional"* (grifos no original).

De sua parte, o Min. Cezar Peluso, na Extradição 1.085, conhecida como *Caso Battisti*, ponderou que

(...) o Supremo Tribunal Federal, ao tratar de situações em que se cogita da natureza política ou comum dos delitos, para fins de extradição, tem, constantemente, tratado de forma absolutamente diferenciada os crimes violentos, praticados contra a pessoa, especialmente no que respeita ao direito à vida e à liberdade. Ainda que a sua finalidade seja política, ou políticos os motivos, tais delitos, especialmente os chamados 'delitos de sangue', vêm sendo, sistematicamente, tratados como comuns, por exacerbarem os limites éticos das lutas pela liberdade e pela democracia.

É certo que a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, na solução dos casos concretos, nunca prescindiu, na jurisprudência da Corte, da análise do contexto político em que praticados

os atos criminosos. Além do fato de o conceito de crime político ser relativo a cada ordenamento jurídico, situado historicamente, é importante considerar que o ato de insurgência política poderá ter qualificações completamente distintas se praticado em Estados autoritários ou em Estados democráticos.

Ausentes os elementos objetivo e subjetivo, adotados na teoria mista ou eclética, poderá estar descaracterizado o crime político. Presentes, entretanto, o bem jurídico violado e o móvel político do agente, poderão ser estes insuficientes, se abstraídos do contexto em que foi praticada a infração. Havendo Estado de Direito e os instrumentos que dele decorrem para a garantia dos cidadãos, não haveria justificativa, em princípio, para a caracterização do crime como político.

*Retira-se da jurisprudência do Supremo, dessa forma, a conjugação de alguns critérios, que vêm norteando a análise dos sempre difíceis casos referentes aos denominados crimes políticos relativos. Na abordagem caso a caso (*case by case approach*), o Tribunal tem se valido, especialmente, do* ***sistema da preponderância e do critério da atrocidade dos meios****, sem deixar de valorar todas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes na situação, com especial relevo para o contexto histórico, político e jurídico em que praticadas as infrações"* (grifos meus).

No mesmo *Caso Battisti*, o Min. Gilmar Mendes, a partir de exaustiva pesquisa doutrinária e jurisprudencial, em erudito voto-vista, anotou o seguinte:

"A doutrina não traz soluções definitivas para a difícil tarefa de conceituar o crime político. Alguns autores defendem que os crimes políticos seriam aqueles delitos que representam ameaça à segurança interna do Estado. Outros dão amplitude maior a essa noção, abrangendo os atos que atentam contra a segurança externa, ou seja, a própria soberania do Estado em sua

relação com os demais Estados. Em face dessa indefinição semântica, há, ainda, autores que defendem medidas legislativas de positivação, nos tratados de extradição que celebrem entre si os Estados, de um rol taxativo de infrações que se caracterizem como políticas para fins de não extradição (Cfr.: RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. A extradição no direito internacional e no direito brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: RT; 1981, p. 96-97).

Existem na doutrina, também, as denominadas correntes objetivas e subjetivas quanto à definição do crime político. Por um lado, a corrente objetiva, baseando-se no bem jurídico protegido, defende que o crime político seria aquele praticado contra a ordem política estatal; por outro lado, a corrente subjetiva, fundada na intenção ou motivação do delinquente, afirma que são políticos os crimes praticados com finalidade política, com a intenção de modificação do regime político (móvel do agente). Na grande parte das vezes ambos os sistemas acabam se conjugando (Cfr.: FRAGA, Mirtô. O novo Estatuto do Estrangeiro comentado. Rio de Janeiro: Forense; 1985, p. 302), constituindo a denominada teoria mista ou eclética.

Divergem, também, as teses quanto à distinção entre delitos comuns e políticos. Talvez essa distinção seja uma das questões mais tormentosas no tocante à aplicação do princípio de não extradição por crime político. A possibilidade da coexistência das duas infrações - uma política e outra comum - levou a doutrina a criar as categorias dos delitos conexos e dos delitos complexos. Os primeiros seriam aqueles em que seria possível verificar a concomitância dos dois delitos (político e comum), unidos por conexidade. Os segundos, por seu turno, seriam aquelas infrações em que, apesar de atingirem, simultaneamente, a ordem política e o direito comum, constituem ato único e inseparável em seus elementos.

Alguns autores, rechaçando essa distinção, tratam do tema por meio dos conceitos de delitos puramente políticos ou delitos políticos puros, cujo aspecto político é extreme de dúvidas, e os delitos relativamente políticos ou delitos políticos relativos, também conhecidos como delitos mistos, nos quais é possível identificar, concomitantemente, aspectos políticos e de direito comum (Cfr.: RUSSOMANO, Gilda

Maciel Corrêa Meyer. A extradição no direito internacional e no direito brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: RT; 1981, p. 90).

Questão difícil diz respeito à aplicação da extradição aos delitos conexos e complexos, também denominados delitos mistos ou delitos políticos relativos, como abordado acima. Também sobre esse ponto a doutrina possui explicações distintas e divergentes. Pelo denominado sistema da separação, a identificação de delitos conexos, porém distintos (ou separáveis), torna viável a extradição pelo delito comum. O sistema do fim e do motivo, por seu turno, admite a extradição quando presentes infrações ao direito comum com motivação política, e, por outro lado, nega a extradição se a finalidade da infração for eminentemente política. O sistema da causalidade estabelece que os delitos mistos só podem ser afastados da extradição quando forem praticados por atos de verdadeira insurreição ou representarem a consequência de um motim. O sistema da predominância ou do fato principal, como a própria denominação indica, baseia-se na predominância da infração - a política ou a de direito comum - de forma que, preponderando o viés político, a extradição poderá ser afastada. Por último, o sistema de atrocidade dos meios permite a extradição se o crime político relativo constituir infração gravíssima ou hedionda, com emprego de violência (Cfr.: RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. A extradição no direito internacional e no direito brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: RT; 1981, p. 90).

(...)

O tratamento empírico ou a abordagem caso a caso (case by case approach) não impediu que as Cortes adotassem critérios para a análise do conceito de crime político, alguns deles incorporados em tratados e convenções internacionais e nas legislações de diversos países democráticos. Em muitos casos, esses critérios reproduzem algumas teses e conceitos desenvolvidos doutrinariamente, como apresentado acima, destacando-se, entre outros, os sistemas da predominância e da atrocidade dos meios; as teses objetiva, subjetiva e eclética; e os conceitos de crime político puro, por um lado, e relativo (conexo e complexo) por outro.

(...)

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, um dos critérios mais presentes encontra

fundamento no sistema da preponderância - relacionado ao conceito de delito político relativo - adotado atualmente pela legislação brasileira no § 1º do art. 77 da Lei nº 6.815/80 e, anteriormente, pela Lei de Extradição nº 2.416, de 1911, pelo Decreto-Lei nº 394, de 1938, e pelo Decreto-Lei nº 941, de 1969.

(...)

A aplicação do sistema da preponderância busca suas origens na jurisprudência do Tribunal Federal Suíço, que em três elementos principais condicionou, historicamente, a caracterização da predominância do caráter político do fato criminoso, conforme (...) demonstrou o Ministro Moreira Alves: a) a finalidade de atentar contra a organização política e social do Estado; b) a clara relação entre o ato e a finalidade de modificar a organização política e social do Estado; e c) o caráter do delito, cuja eventual atrocidade - elemento de direito comum - é capaz de afastar o enquadramento como crime político, ainda que presente o fim de atentar contra o Estado.

Conforme já se colhe dos julgados acima referidos, a jurisprudência brasileira adota, também, para fins de extradição, o sistema da atrocidade dos meios, que é traduzido na regra segundo a qual o conceito de crime político não abrange ações violentas, marcadas pela crueldade, pelo atentado à vida e à liberdade (...).

(...)

Nessa linha, certas espécies de crime, independentemente de sua motivação ou de sua finalidade política, não constituem crimes políticos. É que, levada às últimas consequências a tese contrária, logo teríamos casos de estupro, pedofilia, genocídio ou tortura, entre outros, tratados como crimes meramente políticos, obtendo seus autores os benefícios decorrentes desse enquadramento.

A toda evidência, as ações violentas da Ku Klux Klan e os assassinatos de Martin Luther King, Chico Mendes e Dorothy Stang são exemplos de crimes com notórias motivações e implicações políticas, mas isso não é suficiente para considerá-los como crimes políticos.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal destacam-se os casos em que, na solução de difíceis problemas quanto à definição de crime político,

conjugam-se os critérios da predominância e da atrocidade dos meios *(grifos meus).*

(...) o Supremo Tribunal Federal, ao tratar de situações em que se cogita da natureza política ou comum dos delitos, para fins de extradição, tem, constantemente, tratado de forma absolutamente diferenciada os crimes violentos, praticados contra a pessoa, especialmente no que respeita ao direito à vida e à liberdade. Ainda que a sua finalidade seja política, ou políticos os motivos, tais delitos, especialmente os chamados 'delitos de sangue', vêm sendo, sistematicamente, tratados como comuns, por exacerbarem os limites éticos das lutas pela liberdade e pela democracia.

O Ministro Francisco Rezek, ao proferir seu voto acompanhando o Ministro Paulo Brossard (Relator) na Extradição 615 (Caso Garcia Meza - Bolívia), assentava que 'não há um único argumento a indicar motivação política nos crimes de assassinato, de apropriação de terras públicas em proveito próprio e de familiares, de lesão ao erário em concorrências públicas por ele administradas. Tudo que aí temos é desenganada criminalidade comum: de político, só o cargo por ele exercido - de resto, mediante usurpação'.

(...)

Assim, o mesmo crime que, numa ditadura, pode vir a ser absolvido sob a forma de anistia, numa democracia, é crime mesmo, crime preponderantemente comum, ainda que a motivação interior tenha origem numa hostilidade política. Caso contrário, qualquer indivíduo poderia tomar a lei em suas mãos, punir seu inimigo como lhe agradar e revestir seu ato de nobreza política. Situação em que a vida social assumiria a forma do mundo hobbesiano.

Por isso, a necessária análise do contexto sociopolítico em que foi praticado o ato capitulado como crime. Trata-se de elemento indispensável, pressuposto da própria aplicação da teoria mista ou eclética, segundo a qual, para a caracterização do crime como político, adotam-se os critérios objetivo - o bem jurídico violado pela ação (a segurança da ordem político-social do Estado, a própria manutenção do regime) - e subjetivo - que exige, à configuração, o móvel do agente, a intenção de suplantar o regime em vigor.

> (...)
> *Retira-se da jurisprudência do Supremo, dessa forma, a conjugação de alguns critérios, que vêm norteando a análise dos sempre difíceis casos referentes aos denominados crimes políticos relativos. Na abordagem caso a caso (*case by case approach*), o Tribunal tem se valido, especialmente, do sistema da preponderância e do critério da atrocidade dos meios, sem deixar de valorar todas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes na situação, com especial relevo para o contexto histórico, político e jurídico em que praticadas as infrações"* (grifos no original).

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal vem fazendo uma clara distinção entre *crimes políticos típicos*, identificáveis *ictu oculi*, praticados, *verbi gratia*, contra integridade territorial de um país, a pessoa de seus governantes, a soberania nacional, o regime representativo e democrático ou o Estado de Direito, e *crimes políticos relativos*, que a doutrina estrangeira chama de *hard cases*, com relação aos quais, para caracterizá-los ou descartá-los, cumpre fazer uma abordagem caso a caso (*case by case approach*). Essa abordagem, na jurisprudência da Corte, como registrado, deve guiar-se por dois critérios, a saber: (i) o da preponderância e (ii) o da atrocidade dos meios.

Ora, como a Lei de Anistia não cogita de crimes comuns, e emprega, de forma tecnicamente equivocada, o conceito de conexão, segue-se que a possibilidade de abertura de persecução

penal contra os agentes do Estado que tenham eventualmente cometido os delitos capitulados na legislação penal ordinária, pode, sim, ser desencadeada, desde que se descarte, caso a caso, a prática de um delito de natureza política ou cometido por motivação política, mediante a aplicação dos critérios acima referidos.

Por essa razão, inclusive, afigura-se irrelevante que a Lei 6.683/1979, no tocante à conexão entre crimes comuns e crimes políticos, tenha sido, mais tarde, parcialmente reproduzida na EC 26/1985. Primeiro, porque, teoricamente, uma lei de anistia surte efeitos imediatos, colhendo todas as situações injurídicas consolidadas no pretérito. Logo, essa repristinação revelou-se totalmente inócua para os fins pretendidos. Depois, porque os vícios que tisnavam o primeiro diploma legal persistiram integralmente no segundo, ainda que este ostentasse maior hierarquia no ordenamento legal. Por fim, porque a Constituição de 1988, embora pudesse fazê-lo, não ratificou a tal anistia, preferindo concedê-la, em outros termos, para beneficiários distintos, no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

7. Da inafastabilidade da jurisdição

Outra, aliás, não poderia ser a conclusão, sob pena de impedir-se a apreciação dessas questões pelo Judiciário, em clara ofensa a um dos preceitos basilares da Carta Magna, abrigado no inc. XXXV de seu art. 5º, qual seja, o acesso universal à jurisdição.

Nesse passo, convém lembrar, também, que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já assentou que os Estados Partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - ratificado pelo Brasil - têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos nele protegidos, assinalando especialmente que

> *"(...) nos casos em que algum funcionário público ou agente estatal tenha cometido violações dos direitos reconhecidos pelo Pacto aos quais faz referência este parágrafo [tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, privações sumárias e arbitrárias de vida, desaparecimentos forçados], os Estados Partes dos quais se trate não poderão eximir os autores de sua responsabilidade jurídica pessoal, como aconteceu em certas anistias (ver Observação Geral nº 20 [44] e em imunidades anteriores. Além disso, nenhum cargo oficial justifica que sejam eximidas de responsabilidade jurídica as pessoas às quais é atribuída a autoria dessas violações. Também devem ser eliminados outros impedimentos ao estabelecimento da responsabilidade penal, entre eles a defesa baseada na*

obediência a ordens superiores ou os prazos de prescrição excessivamente curtos, nos caos em que forem aplicadas tais prescrições". [15]

Na mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - também internalizada pelo Brasil - têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1. [16] A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos. [17]

8. Da parte dispositiva

Por todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação para dar interpretação conforme ao § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, de modo a que se entenda que os agentes

---

[15] ONU, CCPR, Observação Geral, nº 31, § 18, *apud* Parecer Técnico do *International Center for Transnational Justice*, solicitado pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República em São Paulo/SP, pelo Ofício nº PR/SP - GABPR12-EAGF - 352/2008, de 04 de junho de 2008, Procedimento nº 1.34.001.008495/2007, disponível em www.icjt.org.

[16] *Idem*, Corte IDH, *Caso Goiburú e outros*.

[17] *Idem*, Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes*, *Caso Baldeón Garcia*, *Caso Massacre de Pueblo Bello* e *Caso do Massacre de Mapiripán*.

do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*), mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência desta Suprema Corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos.



29/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Pelo que eu depreendo do voto de Sua Excelência Ministro Lewandowski, ele está admitindo que o juiz, no caso concreto, faça o exame, a proporcionalidade em sentido estrito e, eventualmente, aplique ou não a Lei da Anistia, tendo em vista esse critério de crime político ou não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Exatamente. Caso a caso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É importante salientar o que diz o voto de Sua Excelência, o qual eventualmente pode acabar prevalecendo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência captou muito bem.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência está excluindo da anistia a prática, por agentes do Estado, de crime comum, a minha pergunta é: qual o alcance que Vossa Excelência dá à referência a *crimes de qualquer natureza*, que está no texto legal? De um lado, a norma alude a crimes políticos ou praticados por motivação política, mas, ao lado desses, menciona também os *crimes de qualquer natureza*.

O que significa *crimes de qualquer natureza*, ao lado de crime político e crime praticado por motivação política?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro, eu acabo de proferir o meu voto e eu entendi que explicitei muito bem as razões que o fundamentaram.

O que eu quis dizer, e o Ministro Gilmar Mendes captou muito bem, a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638066

essência da minha conclusão é a seguinte: até agora, salvo engano de minha parte, os votos dos eminentes Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia entenderam que os agentes políticos que atuaram na época do regime autoritário estavam todos automaticamente de forma indistinta e genérica incluídos pela Lei da Anistia.

Eu estou dizendo que, segundo o que eu entendo, esse automatismo não existe, que será possível abertura de uma eventual persecução penal contra esses agentes se o juiz ou o tribunal, numa ponderação feita caso a caso, chegarem à conclusão, pelos critérios de preponderância e atrocidade dos meios, segundo a qual, uma determinada situação preponderaram os crimes comuns.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência está, portanto, recorrendo aos critérios de preponderância e atrocidade para definí-los como crimes políticos?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não, Senhor Presidente, crimes políticos, não. Porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos casos de extradição, tem feito uma distinção. Ela, de plano, identifica o crime político quando esse é cometido contra o Estado, contra os seus agentes, contra a soberania, contra autoridades públicas, enfim. Existem casos fronteiriços, segundo pensei haver demonstrado, em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz que o crime não é político, que o crime é comum, tendo em vista a preponderância.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Preponderância do quê, Ministro?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Da motivação, Ministro, e da atrocidade dos meios. São dois critérios dos quais nós temos nos valido para dizer que uma determinada ação não se caracteriza como crime político mas, sim, como crime comum.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não, Ministro, não estamos discutindo, por enquanto, o acerto ou desacerto do voto de Vossa

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638066

STF 102.002

Excelência. Estamos apenas tentando entendê-lo, para evitar que, em caso de o voto de Vossa Excelência prevalecer, não pairar nenhuma dúvida que possa ensejar embargos de declaração. É só esse o alcance da minha indagação. Não estou fazendo nenhum juízo sobre o acerto ou desacerto do voto de Vossa Excelência.

Vossa Excelência tem alguma observação? Então, vamos tomar o voto do Ministro Carlos Britto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638066

STF 102.002

29/04/2010 **TRIBUNAL PLENO**

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, eu também quero saudar os advogados públicos e privados, assim como o eminente Procurador-Geral da República, que ocuparam a tribuna, fazendo sustentações orais sobre este caso tão importante.

Permito-me enaltecer o nome do Professor Fábio Comparato, a quem conheço por um tempo que já se aproxima de quatro décadas e a quem tenho na mais alta consideração pessoal, intelectual e cívica.

Quando eu escrevi o meu livro "Teoria da Constituição", fiz uma dedicatória a alguns brasileiros, juristas da minha admiração maior, e incluí o Professor Fábio Comparato. A dedicatória é curtinha e tem o seguinte teor:

> *Dedicamos este livro a Miguel de Seabra Fagundes, Celso Antônio Bandeira de Mello, Fábio Comparato e Paulo Bonavides, em cuja produção teórica sempre enxergamos um saber de inexcedível qualidade, todo ele envolto na mais depurada atmosfera humanista, ética e social.*

Senhor Presidente, o Ministro Eros Grau, ainda ontem, em seu bem elaborado voto, cuidadoso, concatenado, terminou declamando

um poema. Eu vou começar o meu voto também declamando um poema, este de minha autoria, escrito há uns bons vinte anos. O título é: "A propósito de Hitler". Eu disse o seguinte:

> *A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão. A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores, odiar seus ofensores, odiar seus ofensores, porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha. Convite masoquístico à reincidência.*

Eu quis dizer com isso que, de fato, a coletividade não é o indivíduo. No indivíduo, o perdão é virtude. Na coletividade, pode não ser virtude e ainda levá-la àquela situação tão vexatória do ponto de vista ético-humanístico de se olhar no espelho da história e ter vergonha de si mesma.

Quando Cristo fez a sua belíssima pregação de que devemos perdoar os nossos inimigos, o fez no plano individual, no plano pessoal. E esse hino de todas as igrejas cristãs, que é o Pai-nosso, quando diz "*Perdoai as nossas ofensas assim como nós perdoamos a quem nos tem ofendido*", o fez no plano individual.

Volto a dizer: uma coisa é a coletividade perdoando; outra coisa é o indivíduo perdoando. Digo isso porque a anistia é um perdão, mas é um perdão coletivo. É a coletividade perdoando quem incidiu em certas práticas criminosas. E, para a coletividade perdoar certos infratores, é preciso que o faça por modo claro,

assumido, autêntico, não incidindo jamais em tergiversação redacional, em prestidigitação normativa, para não dizer em hipocrisia normativa.

E o fato é que, com todas as vênias, mas já agora na linha do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, eu não consigo enxergar no texto da Lei da Anistia essa clareza que outros enxergam, com tanta facilidade, no sentido de que ela, Lei da Anistia, sem dúvida incluiu no seu âmbito pessoal de incidência todas as pessoas que cometeram crimes, não só os singelamente comuns, mas os caracteristicamente hediondos ou assemelhados, desde que sob motivação política ou sob tipificação política. O Ministro Ricardo Lewandowski deixou bem claro que na nossa jurisprudência há uma dicotomia entre crimes políticos propriamente, ou crimes absolutamente políticos, ou puramente políticos, e crimes impropriamente políticos, impuramente políticos, relativamente políticos, que são crimes comuns, porém com alguma inspiração, algum móvel, alguma motivação política.

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, embora Sua Excelência não se escusasse de avançar considerações sobre a natureza e o significado

do crime político e dos crimes conexos com os políticos.

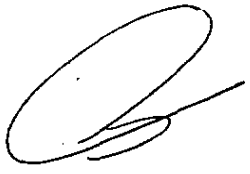
Mas eu entendo que, no caso, as tratativas ou precedentes devem ser considerados secundariamente, porque o chamado "método histórico de interpretação", em rigor, não é um método. É um paramétodo de interpretação jurídica, porque a ele só se deve recorrer quando subsiste alguma dúvida de intelecção quanto 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. E, nesse caso da Lei da Anistia, eu não tenho nenhuma dúvida de que os crimes hediondos e equiparados não foram incluídos no chamado relato ou núcleo deôntico da lei.

Antigamente se dizia o seguinte: hipocrisia é a homenagem que o vício presta à virtude. O vício tem uma necessidade de se esconder, de se camuflar, e termina rendendo homenagens à virtude. Quem redigiu essa lei não teve coragem - digamos assim - de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de prisioneiros já rendidos; pessoas que jogavam de um avião em pleno voo as suas vítimas; pessoas que ligavam fios desencapados a tomadas elétricas e os prendiam à genitália feminina;

pessoas que estupravam mulheres na presença dos pais, dos namorados, dos maridos. Mas o Ministro Ricardo Lewandowski deixou claro que certos crimes são pela sua própria natureza absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão.

Reitero o juízo: após a interpretação dessa lei de anistia, não encontro clareza. E aqui, essa minha preocupação de clareza no propósito de anistiar é tanto mais necessária quanto se sabe que as pessoas de que estamos a falar - os estupradores, os assassinos, os torturadores - cometeram excessos no próprio interior de um regime de exceção. Não foram pessoas que se contentaram com a própria dureza do regime de exceção; foram além dos rigores do regime de exceção para a ele acrescentar horrores por conta própria. Pessoas que exacerbaram no cometimento de crimes no interior do próprio regime de exceção, por si mesmo autoritário, por si mesmo prepotente, por si mesmo duro, por si mesmo ignorante de direitos subjetivos.

Quero fazer uma distinção. As Forças Armadas tomaram o poder político no Brasil a 31 de março de 1964, mas o fizeram às claras, abertamente, à luz do dia, dizendo para o que vieram. Entendiam que o regime democrático brasileiro estava sob ameaça e que se urdia, em torno do então Presidente da República, um plano de tomada comunista do poder para implantar aqui uma república



sindicalista ou coisa que o valha. Claro que muitos de nós não concordamos com isso, e eu faço parte dos que veem nesse diagnóstico um equívoco histórico. Mas o fato é que as Forças Armadas não se fizeram de rogadas e disseram com que propósito estavam tomando o poder pela força. Mas como as Forças Armadas têm por definição um compromisso com a lei - sobretudo a partir de 1946, a redação do texto constitucional é claríssima: *"As Forças Armadas se destinam à garantia da pátria, da lei e da ordem"* -, elas têm no seu imaginário a lei como condição de hierarquia e disciplina. As Forças Armadas não sabem trabalhar - e fazem muito bem pensando assim - sem a ideia da lei a parametrar o seu comportamento. O que fizeram as Forças Armadas? Instituíram uma ordem jurídica com base em atos institucionais e complementares. Claro, uma ordem jurídica autoritária ou não democrática. Mas ainda assim uma ordem jurídica. Sabia-se com previedade quais as regras do jogo coletivo. Essas pessoas de quem estamos a tratar – torturadores **et caterva** – desobedeceram não só à legalidade democrática de 1946, como à própria legalidade autoritária do regime militar. Pessoas que transitaram à margem de qualquer ideia de lei, desonrando as próprias Forças Armadas, que não compactuavam nas suas leis com atos de selvageria, porque o torturador não é um ideólogo. Ele não elabora mentalmente qualquer teoria ou filosofia política. Ele não comete nenhum crime de opinião, ele não comete nenhum crime

político, já que o crime político - disse bem o Ministro Lewandowski - pressupõe um combate ilegal à estrutura jurídica do Estado, assim como à ordem social que subjaz à estrutura política desse Estado, sendo, portanto, um crime de feição político-social. O torturador não comete crime político, não comete crime de opinião, reitere-se o juízo. O torturador é um monstro, é um desnaturado, é um tarado. O torturador é aquele que experimenta o mais intenso dos prazeres diante do mais intenso dos sofrimentos alheios, perpetrados por ele próprio. É uma espécie de cascavel de ferocidade tal que morde até o som dos próprios chocalhos. Não se pode ter condescendência com ele. Mas, convenhamos, a Lei da Anistia podia, por deliberação do Congresso Nacional, anistiar os torturadores. Digamos que sim, mas que o fizesse claramente, sem tergiversação. E não é isso o que eu consigo enxergar na Lei de Anistia.

Estou tentando aqui seguir o método hegeliano, não de análise de fatos históricos linearmente, mas de compreensão histórica dos fatos, que é outra categoria, é outra postura interpretativa. Quero ler o texto da lei para saber se essa anistia foi ampla, geral e irrestrita.

Retomo a linha originária do meu discurso, do meu voto. Conceder anistia ampla, geral e irrestrita tem que ser algo muito deliberado e muito claro, principalmente se formalizada após um regime político de exceção. O que interessa é a vontade objetiva da

lei, não é a vontade subjetiva do legislador. Todos nós já sabemos disso. Geraldo Ataliba dizia: *"Eu não sou um psicanalista do legislador, eu sou um psicanalista da lei"*. E acrescentava: *"A lei é mais sábia do que o 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. Esse é o papel do operador jurídico; todos nós aprendemos isso de cor e salteado. Então, vou ler a Lei:

"Artigo 1º - É concedida anistia a todos quantos" - a Emenda nº 26 tirou "a todos quantos", botou "a todos" -, *"no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos..."* - ou seja, crimes propriamente políticos, a pressupor, no autor desse crime, uma elaboração mental ou uma concepção teórica; um modo particular de conceber a pessoa jurídica do Estado e de seu governo. Por que, afinal, o que é política? Por que o crime é político? Política é o reino do coletivo, é o que há de mais abrangente, geográfica e pessoalmente. Daí se dizer que política é a arte e a ciência de governar. Política é o governo da pólis, e há modos de conceber e praticar o governo da pólis. Quero dizer: o parâmetro, o centro de referibilidade inafastável é o crime político. O conexo é secundário, está no plano da secundariedade; no plano da principalidade está o político, que tem que ser o crime praticado com essa motivação, serviente de um

propósito político. O que, **a priori**, excluiria todo tipo de crime de sangue com resultado morte: crime de lesa-humanidade, praticado por uma antipessoa. Antipessoa que é pior do que um animal. Isto é, além de não ser pessoa, é pior do que um animal, porque o animal não tortura. Mas a lei que anistiar um monstro, que assim o diga. E me parece que a lei não o disse.

De caráter relativo ou não absoluto foi o movimento pela abertura democrática (que seria ampla, geral e irrestrita). Não o movimento pela anistia. Até porque a anistia promove uma falta de isonomia no interior das próprias Forças Armadas, devido a que a maioria dos militares jamais incidiu em tortura. Não compactuou com tortura ou coisa que o valha.

Então, esses militares torturadores que desonraram as Forças Armadas, o Estado, a Pátria e o próprio Deus (permito-me dizer) não podem ser tratados em igualdade de condições com os militares honrados que acreditavam numa estruturação estatal e numa forma de governo boas para o Brasil. Equivocadamente a meu sentir, e no sentir de muitas outras pessoas, mas agindo de boa-fé.

E a prova de que essa anistia não foi nem ampla, nem geral, nem irrestrita está, a meu sentir, primeiramente na Emenda nº 26. Vejam como a Emenda nº 26 relativizou as coisas (e a Emenda nº 26 não revogou a "Lei da Anistia", porque foi uma lei expletiva; apenas esclareceu o conteúdo da lei, numa espécie heterodoxa de

interpretação autêntica). Disse a Emenda nº 26, artigo 4º, **in verbis**:

> *"Art. 4º É concedida anistia a todos"... - já não disse todos quantos - "... os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares."*

Ou seja, punidos por efeito dos atos institucionais e complementares, e não aqueles que estavam a serviço do regime de exceção.

Aí já transparece o caráter relativo da anistia. E o parágrafo 1º é confirmador dessa relatividade:

> *"Parágrafo 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."*

Vem a Constituição brasileira e também relativiza a anistia no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

> *" Art. 8º - É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a dada da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou*

complementares."

Claro que o período é mais longo, mas essa é a parte central. Sigamos na leitura do texto:

> *"§ 2º Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam..."*

E o artigo 9º:

> *"Art. 9º Os que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República, poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes eivados de vício grave."*

Então, peço vênia aos que pensam diferentemente, e digo, com todo o respeito: eu não consigo enxergar, na vontade objetiva desses dispositivos conjugados, o caráter amplo, geral e irrestrito que se busca emprestar à Lei da Anistia.

Dir-se-ia que a Emenda nº 26 foi manifestação do poder constituinte originário e constitucionalizou por forma definitiva a anistia. Mas é preciso fazer uma distinção muito importante, que Josafá Marinho fazia. Josafá Marinho disse o seguinte, a propósito

do ato de Convocação da Assembleia Nacional Constituinte, para distinguir esse ato de convocação da própria obra elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte e para mostrar que a Assembleia Nacional Constituinte não está presa ao ato de sua convocação. O ato de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte é, digamos assim, prefacialmente um ato constituinte. É apenas precária e efemeramente um ato constituinte. Mas uma das características centrais da Assembléia Nacional Constituinte é a incondicionalidade do seu agir. Se ela quiser seguir as regras procedimentais estabelecidas pelo ato de convocação, o faz, mas por virtude da sua própria deliberação. Ninguém pode impor sua vontade a uma Assembleia Nacional Constituinte, nem mesmo o autor do ato de sua convocação, tampouco o ato em si de tal convocação, porque uma Assembleia Nacional Constituinte tem o poder de tudo poder. É mais do que isso: ela é o poder de tudo poder. Ela é onipotente e unipotente: só ela é totalmente potente, por ser o poder de tudo poder. Menos deixar de ser esse poder de tudo poder.

E disse o mestre baiano:

> *"Por ser um poder 'fundador', associa-se- -lhe, comumente, o qualificativo "originário"* - está falando do poder constituinte, da Assembléia Constituinte. *Acentua-se-lhe, desse modo, o timbre criador ou instituidor. Dotado de propriedade tão eminente, o poder constituinte originário não é regulado por direito anterior, ao qual não é dado estabelecer raias e vedações à tarefa inovadora. O*

> *instrumento convocatório da assembléia é apenas meio que proporciona, pela eleição dos representantes do povo, a atividade do poder constituinte, por natureza independente, não condicionada a amplitude de sua competência por lei preliminar, oriunda de outro órgão. Quando a corporação parlamentar não opera com liberdade de decidir, por estar cerceada pelo ato de convocação, falta-lhe a dimensão de assembléia constituinte." (Edição da Universidade Federal da Bahia, 1989, pág 162, etc)*

Senhor Presidente, estou concluindo. Não enxergo na Lei da Anistia esse caráter "amplo, geral e irrestrito" que se lhe pretende atribuir. Peço vênia aos que pensam diferentemente. Agora, como "a interpretação conforme a Constituição" cabe sempre que o texto interpretado for polissêmico ou plurisignificativo, desde que um desses significados entre em rota de colisão com o texto constitucional, também julgo parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para, dando-lhe interpretação conforme, excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição. Logo, os crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados: homicídio, tortura e estupro, especialmente.

É como voto.

# # # #

29/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhor Presidente, supondo que Vossa Excelência vai interromper para o lanche - e serei muito breve -, peço permissão para falar.

Não sei se no voto da Ministra Cármen Lúcia ou do Ministro Ricardo Lewandowski foi citado Lauro Joppert, que foi meu aluno e também do Professor Lewandowski, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Não posso deixar de observar que ele acaba de lançar um texto em que examina exatamente isso. É um texto de quatro autores, em que Nilo Batista faz a nota de introdução. Lauro Joppert fala exatamente da questão dos crimes conexos para observar algo bem diverso do que foi afirmado aqui:

> "Preservar o Estado autoritário é também agir motivado politicamente. (...) é possível sustentar, com base no artigo 1º e § 1º da Lei n. 6.683/79, que eles foram anistiados".

Eu quis fazer o registro única e exclusivamente pela atualidade desse texto que acaba de ser publicado.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência

falou em Nilo Batista? Eu tenho aqui Nilo Batista dizendo:

> "*A tortura e o homicídio de um preso não são crimes políticos nem conexos a crimes políticos, objetiva ou subjetivamente. São crimes comuns,*" Aspectos jurídicos-penais da anistia. (Revista de Direito Penal - Rio de Janeiro, 1979, nº 26, dezembro de 1978, páginas 33 a 42).

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Eu vou lhe enviar cópia deste livro.



29/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Excelência comentei a Emenda 26/85.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. Eu estou dizendo nas discussões alimentadas pelos arguentes e *amicus curiae*.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Até é uma curiosidade. No projeto originário que ia até o artigo 3º, oriundo do Poder Executivo, não se falava de anistia, foi lá no Congresso Nacional que o tema foi incluído.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente, foi lá no Congresso. Mas, estou dizendo que essa Emenda, com essas balizas, é que criou o marco institucional do processo constituinte que resultou na Constituição de 1988.

Já houve tantos embates! A Ministra Cármen Lúcia chamava a atenção para a participação de parlamentares não eleitos, os tais biônicos, e tudo mais; parlamentares eleitos no processo anterior; foi objeto talvez da primeira questão de ordem, quando a Assembleia ainda estava presidida pelo Presidente Moreira Alves.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A primeira foi a do Amaral Neto, se ele jurava uma Constituição que era para ele derrubar - a primeira questão de ordem foi esta -, a segunda foi essa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A segunda foi essa. Portanto, vejam a dimensão que esse tema toma no contexto desse processo constitucional, desse processo constituinte. É como se tivéssemos aqui uma limitação material para o próprio constituinte dizer: A Constituição será feita, segundo esses parâmetros, e fica assegurada a anistia em toda a sua amplitude.

De modo que essas considerações todas, e aquelas que ontem nós destacávamos, trazidas com brilho no voto do Ministro Eros Grau, a meu ver, encerram cabalmente esse debate e levam-me, convictamente, a proclamar também a improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, com as vênias devidas ao Ministro Ricardo Lewandowski, que faz um juízo pela parcial procedência, e ao Ministro Ayres Britto, que aceita

também pela parcial procedência.

Acompanho, portanto, às inteiras, o voto do Ministro Eros Grau, com as considerações, hoje, luminosamente trazidas pela Ministra Cármen Lúcia.

É como voto, Presidente.

29/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

V O T O

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Reitero a rejeição das preliminares, tal como o fez o Relator. Menos por considerá-las inconsistentes, mas para abrir caminho a que a matéria de fundo seja abordada em definitivo por esta Corte.

2. E acompanho o Min. Eros Grau também na conclusão de mérito.

Sua Exa. bem demonstrou não se sustentarem as afirmações da peça inicial.

As alegadas agressões a preceitos fundamentais da Constituição não se verificam.

A afirmativa de não-recepção da Lei 6.683/79 pela Constituição Federal de 1988 vai além do que poderiam razoavelmente pretender os que a sustentam, pois conduziria ao paradoxo de retirar o benefício de todos quantos por ela foram alcançados. E, levado o raciocínio ao seu extremo, à derrogação de boa parte da legislação produzida anteriormente a 1988 e que prosseguiu compondo a ordem jurídica nacional sob a nova Constituição. A desqualificação da composição do Congresso Nacional que a aprovou também não resiste à constatação da reiteração das normas ora atacadas pela Emenda Constitucional 26.

O argumento de que a lei recusa o conhecimento da verdade (ofensa ao art. 5°, XXXIII, da Constituição Federal) não resiste à constatação do cunho de objetividade da anistia, que não se direciona a pessoas determinadas, mas a certos delitos cometidos ao longo de um determinado período de tempo. A esses delitos, a lei de anistia retira a carga de punibilidade. O conhecimento dos documentos relativos ao período não é obstaculizado pela anistia,

mas por normas outras que os cobrem de sigilo e cuja constitucionalidade já está submetida ao crivo deste Tribunal (Leis 8.159/91 e 11.111/05, objeto da ADI 4.077).

3. Já o pedido alternativo de interpretação conforme que retirasse do âmbito de abrangência da lei os atos praticados pelos agentes da repressão tampouco pode ser atendido. Anistia é, em sua acepção grega, esquecimento, olvido, desconsideração intencional ou perdão de ofensas passadas. É superação do passado com vistas à reconciliação de uma sociedade. E é, por isso mesmo, necessariamente mútua. É o objetivo de pacificação social e política que confere à anistia seu caráter bilateral. A esse respeito, Plutarco dizia "*uma lei que determina que nenhum homem será interrogado ou perturbado por coisas passadas chamada Anistia, ou lei do Esquecimento*".

A importante digressão jurisprudencial feita pelo eminente relator demonstra que outro não foi ao longo da História o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao instituto da anistia e sua bilateralidade.

Trata-se de argumentação política e não jurídica a que rejeita a existência no Brasil da época de uma verdadeira "concertação" política que permitiu a abertura democrática. Concertação esta da qual a lei de anistia consistiu em uma etapa importante.

Nem aqueles que desse pacto não participaram – porque não pretendiam a finalidade de democratização do país – podem negar sua existência. Seria recusar validade à história suficientemente documentada.

Uma democracia estável era o objetivo perseguido pelos atores da cena política no momento em que formulada a anistia de 1979. Ela foi obtida graças à atuação de verdadeiros democratas. Tal como ocorrera em ocasião anterior e rememorada pelo relator, ao transcrever as palavras de Orozimbo Nonato: "*No caso dos autos [...] a lei de anistia [a de 1945] resultou de um longo clamor de consciência pública, refletida na imprensa e em comícios. Era o ciclo que se abria, da redemocratização do Brasil [...]*"

Para atestar a existência desse pacto conciliatório, negado pela inicial, bastaria, como testemunho, a palavra de Sepúlveda Pertence, presente neste julgamento como se ainda participasse da bancada. Seria demasiada redundância repeti-la neste momento, mas merece ser rememorada a passagem em que Dalmo de Abreu Dallari afirma: *"Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção, pelo benefício que resultaria aos perseguidos e as suas famílias e pela perspectiva de que teríamos ao nosso lado companheiros de indiscutível vocação democrática e amadurecidos pela experiência"*.

Não se faz transição, ao menos não se faz transição pacífica, entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas. Por incômodo que seja reconhecê-lo hoje, quando vivemos outro e mais virtuoso momento histórico, a anistia, inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura, foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização, com eleições livres e a retomada do poder pelos representantes da sociedade civil. Por isso, correto o relator quando afirma que: *"É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei 6.683"*.

Não é possível viver retroativamente a história, nem se deve desvirtuá-la para que assuma contornos que nos pareçam mais palatáveis. Uma nação tem sua dimensão definida pela coragem com que encara seu passado, para dele tirar as lições que lhe permitam nunca mais repetir os erros cometidos.

Julgo **improcedente** a ação.

29/04/2010 PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, continuo convencido de que atuamos no vácuo, no vazio, tendo em conta o objeto que se busca proteger com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Se o Tribunal concluir pela constitucionalidade da Lei, não surtirá efeitos quanto àqueles que praticaram este ou aquele crime. Se o Tribunal – havendo a prevalência da divergência, do voto divergente – assentar a inconstitucionalidade, o resultado em termos de concretude, em termos de afastamento de lesão, quer no campo penal, quer no campo cível, não ocorrerá por uma razão muito simples.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ocorrerá caso a caso, Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não acredito que, em pleno regime democrático, tenha-se praticado, cometido desvios de conduta apanhados por essa Lei. Esta apanhou fatos pretéritos, anteriores à edição respectiva, e sabemos que o prazo maior da prescrição quanto à persecução criminal é de vinte anos. O prazo maior quanto à indenização no campo cível é de dez anos. Tendo em conta a data dos cometimentos, já se passaram mais de vinte e mais de dez anos logicamente.

A discussão, Presidente, é – sob a minha óptica, com a vênia dos colegas – estritamente acadêmica, para ficar nos Anais do Tribunal. E aí haver, se não verificada a prescrição – concordo com o Ministro Gilmar Mendes: prescrição diz respeito ao direito substancial –, a possibilidade de, declarado o conflito da lei com a Carta da República, chegar-se ao Judiciário. Mas fiquei vencido. Fui voz isolada no Plenário.

Senhor Presidente, colho de Barbalho, comentando a Constituição de 1891, que a atribuição do Congresso Nacional, sob o ângulo da anistia, é política e não se submete, sob o ângulo da oportunidade, da conveniência, da almejada justiça – e tem-se um caleidoscópio quanto a ela –, a qualquer outro Poder.

Quando julgamos a Extradição nº 974/República Argentina, presente a simetria, a necessidade de perquirir-se se, no Brasil – cometido o crime de que é acusado o extraditando no Estado requerente –, viria ele a ser alvo da persecução criminal, tentei levar o Tribunal – pena que essa extradição tenha sido julgada em 2009 e não após este crivo – a

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 562092.

manifestar-se quanto à Lei da Anistia. Fi-lo considerando algo que está "superpacificado", ou seja, a denominada simetria, a possibilidade de o extraditando vir – repita-se – a responder pelo ato em território brasileiro, se aqui cometido o crime. Sustentei que isso não poderia acontecer, tendo em conta justamente a anistia verificada. Ressaltei que o Supremo estaria a enfrentar, no caso, na via indireta, é certo, a problemática alusiva a esta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e, portanto, à anistia, tema que, à época, já era momentoso.

Disse que, se deferida a extradição, assentar-se-ia a viabilidade de persecução criminal, de responsabilidade administrativa e cível no tocante a fatos cobertos pela anistia. Fiz ver até mesmo que, naquela Operação Condor, houve o envolvimento de militares argentinos, uruguaios – o extraditando Manuel Cordero, major uruguaio que estava morando no Brasil – e brasileiros.

Asseverei que a anistia geralmente vem à balha para a suplantação de quadra indesejada. Afirmei, demonstrando inclusive alguma preocupação, que feridas das mais sérias, consideradas repercussões de toda ordem, poderiam vir a ser abertas, não houvesse, claro, a incidência da prescrição, não houvesse esse aspecto, quanto à Lei da Anistia, ligado ao exaurimento de efeitos, porque se trata, segundo Pontes de Miranda, de uma lei penal, em sentido inverso, conforme ressaltou o Ministro Sepúlveda Pertence em parecer como Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil – se ele estivesse aqui, seria o décimo voto. E Sua Excelência citou Aníbal Bruno – estudei pelos seus livros – quanto ao fato de aproximar-se a Lei da Anistia de uma lei a abolir o crime.

Continuei dizendo que a anistia é o apagamento do passado em termos de glosa e responsabilidade de quem haja claudicado na arte de proceder. Assentei também que anistia é virada de página definitiva é perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural – e o Ministro Eros Grau ressaltou muito bem que é preciso apreciar a edição da Lei da Anistia, não considerado o contexto atual, mas o da época. Anistia é ato abrangente de amor, sempre calcado na busca do convívio pacífico dos cidadãos.

Citei Padre Vieira, no Sermão da Quinta-Feira da Quaresma, no que, em 1669, alertou:

> A cegueira que cega cerrando os olhos, não é a maior cegueira; a que cega

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 562092.

> deixando os olhos abertos, essa é a mais cega de todas.

Presidente, o que houve? Considerando a Lei – e aqui devemos analisar a Lei, que é o diploma atacado, porque muito embora não estejamos apegados às causas de pedir, apegados ao pedido –, o que ela dispôs?

A Lei já começa com parágrafo abrangente, dos mais abrangentes:

> Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período (...).

Veio uma definição toda própria de conexão – e o critério da especificidade prevalece, não se podendo abrir a lei geral, o Código de Processo Penal, para saber o que é o instituto:

> "§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes" – hediondo ou não, não importa – "de qualquer natureza relacionados" – o pronome indefinido é sintomático 'qualquer natureza' simplesmente relacionados com outros.

Os desvios de conduta cometidos, condenáveis o foram a partir de atos de força, do regime de exceção que grassava à época, por isso se disse relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, a pretexto de se combater aqueles que se insurgiam.

Recebi um conselho, Presidente, quando ingressei na Nacional, de uma professora de Direito Civil, que procurou meu pai para que ele, realmente, o impusesse. Recebi o conselho de não entrar no Centro Acadêmico Cândido de Oliveira, da Nacional de Direito, porque, até mesmo com esse espírito irrequieto, talvez não estivesse entre os Colegas no dia de hoje e tivesse desaparecido, como inúmeros colegas da minha turma de trezentos alunos desapareceram.

Nesse contexto, Presidente – muito embora me sinta votando sem uma concretude maior quanto à eficácia, quanto à declaração de constitucionalidade da Lei de Anistia para mim, para outros, a inconstitucionalidade –, não tenho como assentar, a não ser que me substitua ao Congresso Nacional de então, que esta Lei mostrou-se discrepante da ordem constitucional em vigor. Fizeram injustiça ao Ministro Eros Grau, apontando que dissera poder o Congresso rever essa Lei de Anistia. Sua Excelência não disse isso. Apenas houve o afastamento da graça, da anistia, quanto à tortura e outros crimes, com a Carta de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 562092.

1988, ou seja, quando há muito – e, repito, a Lei da Anistia é uma lei penal – já se tinha operado o que apontei no voto da Extradição como perdão. A imprescritibilidade foi inserida no contexto constitucional, mas quanto a outros crimes: ação de grupos armados, civis ou militares, contra – e não seriam, à época, considerados aqueles que estavam no aparelho de repressão – a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Peço vênia aos colegas que divergiram para assentar que sequer interessa à sociedade brasileira o que, no voto da extradição – e devo informar que o Tribunal não enfrentou a matéria, nem mesmo o ministro que manteve o voto me acompanhando, já que dois outros o reconsideraram, ou seja, inicialmente me acompanharam, mas depois me abandonaram, nem mesmo o Ministro Menezes Direito, que manteve a óptica inicial, votou enfrentando esse tema, valendo-se, sim, do que seria a morte presumida, porque não é crível que, ocorrido o retorno ao regime democrático, pessoas sequestradas não aparecessem, a reabertura do tema.

Acompanho, Presidente, o Ministro Eros Grau, cumprimentando Sua Excelência – e fiz esse registro no dia de ontem – pelo consistente – esse vocábulo diz muito –, pelo voto proferido, que servirá, como disse, à reflexão e também a um alerta às gerações futuras quando, considerada a oportunidade, houver – e espero que não haja necessidade disso – uma nova Lei de Anistia e a impugnação imediata.

É como voto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 562092.

29/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(s/ mérito)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Aqueles que, há 46 anos, em 1964, golpearam as instituições, derrubaram um governo legitimamente escolhido pelo voto popular e, em assim procedendo, interromperam, arbitrariamente, o processo constitucional no Brasil devem saber, onde quer que hoje se encontrem, que essa nódoa destaca, "*ad perpetuam rei memoriam*", a sua responsabilidade histórica na instauração e na sustentação de um nefando regime autoritário que institucionalizou, a partir de 1968, com fundamento no AI-5 - verdadeiro codinome do arbítrio ilimitado - um sistema político que tornou viáveis práticas brutais que vieram a ser rejeitadas pela consciência ético-jurídica do Povo brasileiro e das nações civilizadas.

É preciso ressaltar que a experiência concreta a que se submeteu o Brasil, no período de vigência do regime de exceção (1964/1985), constitui, para esta e para as próximas gerações, marcante advertência que não pode ser ignorada: as intervenções pretorianas ou militares no domínio político-institucional têm

representado momentos de grave inflexão no processo de desenvolvimento e de consolidação das liberdades fundamentais. Pronunciamentos militares, **quando efetivados** e tornados vitoriosos, **tendem**, necessariamente, **na lógica** do regime supressor das liberdades que se lhes segue, **a diminuir** (quando não a eliminar) o espaço institucional **reservado** ao dissenso, **limitando**, desse modo, **com danos irreversíveis** ao sistema democrático, a possibilidade de livre expansão da atividade política e da prática da cidadania.

Com o movimento de 1964, sobreveio **a ruptura** da ordem jurídica plasmada no texto constitucional de 1946.

Os atos institucionais constituíram, no Brasil, ao longo de todo o processo revolucionário, **o meio instrumental** de manifestação da vontade política e jurídica incontrastável dos comandantes do grupo **que empolgou** o poder. **Com isso**, passaram a coexistir, no País, **duas ordens jurídicas** superpostas: **uma**, de caráter institucional, **dotada** de eficácia condicionante, **e outra**, de natureza constitucional, **sujeita** às limitações estabelecidas pelo poder revolucionário.

Desse modo, os atos institucionais **representavam** categorias, estruturas **ou** modelos jurídicos providos de eficácia

constitucional absoluta e de normatividade plena e irresistível, infensos, por sua incontrastabilidade, a qualquer controle estatal externo.

Essa imunidade dos atos revolucionários ao controle jurisdicional traduziu, no momento histórico em que o regime de exceção a instituiu, a expressão superlativa daquilo que o saudoso Professor WALDEMAR FERREIRA, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, referindo-se à autoritária Carta Política de 1937, certa vez denominou o antijudiciarismo do regime implantado pelo Estado Novo.

O "*bill*" de indenidade, estabelecido pela legislação de exceção, verdadeiro manto protetor das iniqüidades cometidas com fundamento nos atos institucionais, impedia que o Judiciário revisse os atos excepcionais e, desse modo, contivesse a prática expansiva do abuso do poder.

O regime de exceção, buscando a sua própria preservação institucional e sobrevivência política, vedou o controle jurisdicional dos atos praticados com fundamento nos estatutos revolucionários.

Essa proibição, que incidiu sobre o princípio da inafastabilidade da "*judicial review*", constituiu a própria antítese do preceito assegurador das liberdades públicas inscrito na Carta Federal então vigente, na medida em que afastou os limites de contenção do poder, viabilizando, assim, práticas criminosas e abusivas por parte dos agentes que serviam ao regime.

Surgem, então, personagens sinistros e instituições sombrias, sob cuja égide e autoridade praticaram-se, covardemente, delitos ominosos contra os que se opunham ao regime político, e que foram submetidos a atos de inaudita vilania, como a prática do homicídio, do seqüestro, do desaparecimento forçado de pessoas e de sua eliminação física, de violência sexual e de tortura.

A tortura, além de expor-se ao juízo de reprovabilidade ético-social, revela, no gesto primário e irracional de quem a pratica, uma intolerável afronta aos direitos da pessoa humana e um acintoso desprezo pela ordem jurídica estabelecida.

Trata-se de conduta cuja gravidade objetiva torna-se ainda mais intensa, na medida em que a transgressão criminosa do ordenamento positivo decorre do abusivo exercício de função estatal.

O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e de reprimir os atos caracterizadores da tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaco, por sua inquestionável importância, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da OEA em 1969, atos internacionais estes que já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno (Decreto nº 40/91, Decreto nº 98.386/89 e Decreto nº 678/92).

Cabe reafirmar que a tortura exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, as múltiplas formas de execução desse gesto caracterizador de profunda insensibilidade moral daquele que se presta, com ele, a ofender a dignidade da pessoa humana.

O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação indeclinável, que se justifica

pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana.

O conteúdo dessas liberdades - **verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal** - acentua-se pelo caráter ético-jurídico que assumem **e** pelo valor social que ostentam, **na proporção exata** em que essas franquias individuais criam, **em torno** da pessoa, uma área **indevassável** à ação do Poder.

Quando se fala em tortura, **a problematização** da liberdade individual na sociedade contemporânea **não pode** prescindir de um dado axiológico essencial: **o do valor ético fundamental da pessoa humana**.

Daí a advertência de CELSO LAFER ("**A Reconstrução dos Direitos Humanos**", p. 118, 1988, Companhia das Letras, S. Paulo):

> "*(...)* ***o valor*** *da pessoa humana,* ***enquanto*** *conquista histórico-axiológica,* ***encontra*** *a sua expressão jurídica* ***nos direitos fundamentais*** *do homem.* ***É por essa razão*** que a análise da ruptura - **o hiato** entre o passado e o *futuro,* ***produzido*** *pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental -* ***passa*** *por uma análise da crise dos direitos humanos,* ***que permitiu*** *o estado totalitário de natureza."* (**grifei**)

Importante rememorar, neste ponto, Senhor Presidente, **a lúcida abordagem** que HÉLIO PELLEGRINO **fez** a propósito da utilização da tortura **como** instrumento de repressão política ("**A Tortura Política**", "in" "Jornal do Brasil", Caderno B, de 18/04/85):

> "***O projeto da tortura*** *implica uma negação total - **e totalitária** - da pessoa **enquanto** ser encarnado. **O centro** da pessoa humana é a liberdade. **Esta**, por sua vez, **é a invenção** que o sujeito faz de si mesmo, **através** da palavra que o exprime. **Na tortura**, o discurso que o torturador busca extrair do torturado **é a negação absoluta** de sua condição de sujeito livre. **A tortura** visa ao acesso da liberdade. **A confissão** que ela busca, **através** da intimidação **e** da violência, **é a palavra aviltada** de um sujeito que, **nas mãos** do torturador, **se transforma** em objeto. **Ao quebrar-se** frente à tortura, **o torturado consuma** - e assume - **uma cisão** que lhe rouba o uso e o gozo pacífico do seu corpo. **A ausência** de sofrimento corporal, **ao preço** da confissão que lhe foi extorquida, **lhe custa a amargura** de sentir-se traidor, **traído** pelo próprio corpo. Sua carne apaziguada **testemunha e denuncia** a negação de si mesmo **enquanto** pessoa. **A tortura**, quando vitoriosa, **opera** no sentido de transformar sua vítima numa degradada espectadora de sua própria ruína." (**grifei**)

Esta é uma verdade que não se pode desconhecer: a emergência das sociedades totalitárias está **causalmente** vinculada, de modo rígido e inseparável, **à desconsideração** da pessoa humana, **enquanto** valor fundante da própria ordem político-jurídica do Estado.

A tortura, nesse contexto, **constitui a negação arbitrária** dos direitos humanos, **pois reflete** - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - **um inaceitável** ensaio de atuação estatal **tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir** a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, **de maneira indisponível**, pelo ordenamento positivo.

Atenta a esse fenômeno, a Assembléia Nacional Constituinte, **ao promulgar** a vigente Constituição do Brasil, **nela fez inscrever, como princípios fundamentais da nova ordem jurídica, os seguintes postulados**:

> *"(a) **a dignidade** da pessoa humana (artigo 1º, n. III);*
> *(b) **a prevalência** dos direitos humanos (artigo 4º, n. II);*
> *(c) **o repúdio à tortura** ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, n. III);*
> *(d) **a punibilidade** de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, n. XLI);*
> *(e) **a inafiançabilidade e** a impossibilidade de concessão de graça ou anistia ao crime de tortura (artigo 5º, n. XLIII);*
> *(f) **a proscrição** de penas cruéis (artigo 5º, n. XLVII, **e**);*
> *(g) **a intangibilidade física e a incolumidade moral** de pessoas sujeitas à custódia do Estado (artigo 5º, n. XLIX);*
> *(h) **a decretabilidade** de intervenção federal, **por desrespeito** aos direitos da pessoa humana, nos Estados-membros e no Distrito Federal (art. 34, n. VII, **b**);*

> *(i) **a impossibilidade** de revisão constitucional que objetive a supressão do regime formal e material das liberdades públicas (artigo 60, § 4º, n. IV)."* (**grifei**)

Antes, porém, Senhor Presidente, **que se operasse a redemocratização** do Estado brasileiro, **conquistada** com a promulgação da Constituição de 1988, **a luta pela reconstrução** da ordem jurídico-democrática **impunha**, no momento histórico em que ela se processou, **fossem rompidos** os círculos de imunidade que resguardavam o poder autocrático **depositado** nas mãos dos curadores do regime **e reclamava fossem superados** os limites impeditivos da restauração dos direitos e das liberdades atingidos por atos revolucionários **fundados** na legislação excepcional **então** vigente.

Mostrava-se essencial, portanto, que o regime de exceção **fosse neutralizado e sucedido** por uma ordem revestida de plena normalidade político-institucional.

Foi por isso que sobreveio, em 1978, **no contexto** político **que assinalou o início** do processo de redemocratização do Estado brasileiro, **a Emenda Constitucional nº 11**, cujo art. 3º assim dispõe:

> *"**Art. 3º**. **São revogados** os Atos Institucionais e Complementares, **no que contrariem** a Constituição*

> *Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial."* (**grifei**)

A norma constitucional referida **traduziu**, no momento histórico em que foi editada, **um ponto de inflexão** no processo revolucionário, **operando**, de modo virtualmente absoluto, **a neutralização** dos poderes excepcionais de que o Presidente da República se achava **então** investido, **para restabelecer**, em bases **compatíveis** com as exigências da sociedade civil, um sistema político **e** jurídico **que guardasse fidelidade** ao modelo do Estado **democrático** de Direito.

A Mensagem presidencial, que instruiu a proposta de Emenda em questão, **assim justificou** a necessidade de sua promulgação ("**Revista de Informação Legislativa**", vol. 60/234-236):

> *"**O projeto da reforma** elimina do sistema legal os diplomas de exceção **sem desarmar** o Estado, antes dotando-o dos instrumentos necessários à defesa da sociedade e assegurando plenamente os direitos e garantias individuais.*
>
> .....
>
> ***Creio chegado o momento**, após ouvir o Conselho de Segurança Nacional, **de propor sejam revogados** os atos institucionais e complementares no que contrariarem a Constituição Federal, **disso resultando**:*
>
> ***a)** **o restabelecimento** do instituto do 'habeas corpus' (Constituição, § 20 do art. 153);*

b) o restabelecimento das garantias constitucionais ou legais da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (Constituição, arts. 100 e 113);

c) a extinção, entre outras, da competência atribuída ao Presidente da República para:

1) declarar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, e, em conseqüência, de o Poder Executivo correspondente legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou Leis Orgânicas dos Municípios;

2) decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição (Constituição, § 3º do art. 15);

3) suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos e cassar mandatos eletivos;

4) demitir, remover, aposentar, pôr em disponibilidade membros da Magistratura, funcionários públicos e empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista;

5) demitir, transferir para a reserva ou reformar militares e membros das polícias militares da união, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios;

6) decretar e prorrogar o estado de sítio sem aprovação do Congresso Nacional;

7) banir brasileiros (Constituição, § 11 do art. 153).

. . . . . .

Tal o objetivo desta Proposta; visa a eliminar o arbítrio, dotando o Estado de mecanismos eficientes de defesa, nos melhores moldes do Direito; não busca na experiência de outros povos, de maior cultura e já desenvolvidos, plenos poderes para emergências. Ao contrário, procura distinguir situações, limitando o espaço sob ameaça ou atingido por perturbação, para evitar se estendam restrições as garantias constitucionais." (**grifei**)

A redemocratização do Estado brasileiro, a partir desse momento, foi sendo progressivamente implementada, quer pela supressão dos núcleos residuais de elementos autoritários que ainda impregnavam a ordem jurídica nacional, quer pela recomposição do próprio estado de comunhão nacional. Com essa finalidade, sucederam-se, por soberana deliberação do Congresso Nacional, atos concessivos de anistia (Lei nº 6.683/79; Emenda Constitucional n. 26/85, art. 4º), realizadores dos generosos objetivos para os quais foi esse instituto concebido.

É nesse particular contexto histórico que surge, em 28 de agosto de 1979, a Lei nº 6.683, que concedeu anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02/09/61 e 15/08/79, "*cometeram crimes políticos ou conexos com estes*", sendo relevante assinalar que, para efeito dessa medida excepcional fundada na indulgência soberana do Estado, o diploma legislativo em questão, mediante interpretação autêntica, considerou conexos "*os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política*" (Lei nº 6.683/79, art. 1º, § 1º).

Sabemos todos que a anistia constitui uma das expressões da clemência soberana do Estado. Os seus efeitos em matéria penal são radicais, incidindo, retroativamente, sobre o

próprio fato delituoso. Conseqüentemente, não pressupõe a existência de sentença penal condenatória, que, no entanto, se houver, não impedirá a incidência da lei concessiva da anistia, apta a desconstituir a própria autoridade da coisa julgada, exceto se a própria lei de anistia dispuser em sentido contrário. No caso de haver inquérito policial já instaurado, a anistia, por vedar ao Ministério Público a formação da "*opinio delicti*", causa o arquivamento do procedimento investigatório (RTJ 95/953).

É certo, como sabemos, que o domínio no qual incidem, *ordinariamente*, as leis concessivas de anistia é o dos ilícitos políticos. Nada obstava, contudo, que essa expressiva manifestação da indulgência soberana do Estado abrangesse, também, como era possível, então, sob a égide da Carta Federal de 1969, as infrações penais de direito comum.

Na realidade, a Carta Política de 1969 estabelecia que, tratando-se de crimes políticos, a instauração do processo legislativo concernente à concessão de anistia incluía-se na esfera de iniciativa reservada ao Presidente da República, com prévia audiência do Conselho de Segurança Nacional.

Cuidando-se, no entanto, de crimes **não** políticos, a Carta Constitucional de 1969 **conferia legitimidade concernente**, em tema de concessão de anistia, **também** aos membros do Congresso Nacional.

Daí a observação de PONTES DE MIRANDA ("**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**", tomo III/168-169, item n. 9, 2ª ed., 1970, RT):

> "***ANISTIA RELATIVA A CRIMES POLÍTICOS***. - ***Só*** *o Presidente da República pode propor a anistia* ***concernente*** *a crimes políticos.* ***Mas****, para isso,* ***precisa*** *de parecer do Conselho de Segurança Nacional.* ***Qualquer outra espécie*** *de crime* ***escapa*** *à regra jurídica do art. 57, VI."* (**grifei**)

A possibilidade jurídica de extensão da anistia **a outros** ilícitos penais (**como** os crimes de direito comum), **além** dos delitos de natureza política, **é igualmente admitida** pela doutrina, **que não lhe opõe** qualquer restrição, **exceto** aquelas que **somente** foram estabelecidas **no texto superveniente** da Constituição **promulgada** em 1988 (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "**Código Penal Comentado**", p. 542, item n. 12, 9ª ed., 2008, RT; PAULO JOSÉ DA COSTA JR., "**Código Penal Comentado**", p. 322, item n. 4, 8ª ed., 2005, DPJ; ROGÉRIO GRECO, "**Código Penal Comentado**", p. 200/201, 2ª ed., 2009, Impetus; E. MAGALHÃES NORONHA, "**Direito Penal**", vol. 1/340, item n. 220,

31ª ed., 1995, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Código Penal Anotado**", p. 322, 11ª ed., 2001, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, "**Comentários ao Código Penal**", p. 362, item n. 4.1, 4ª ed., 2007, RT; LUIZ CARLOS BETANHO, "**Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**", vol. 1/1836, item n. 3.00, **coordenação** de ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, 7ª ed., 2001, RT; LUIZ FLÁVIO GOMES e ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, "**Direito Penal: Parte Geral**", vol. 2/924, item n. 2.2, 2007, RT), **valendo referir**, quanto ao aspecto ora destacado, **a lição** de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO ("**Comentários ao Código Penal**", vol. IV/127-130, item n. 44, 5ª ed., 1979, Forense):

> "*A anistia é reservada, **especialmente**, para os crimes políticos. **Nada impede**, **porém**, **a sua decretação para crimes comuns**. O recurso de graça tradicional para os delitos apolíticos é o indulto. Para os políticos ou coletivos, em geral, a anistia. **Por exceção**, **é que compreende delitos comuns**. (...).*
>
> .....
>
> ***Omitindo** a Carta Constitucional brasileira **e o Código** qualquer preceito **sobre a natureza** dos crimes anistiáveis, **não há recusar** essa qualidade **também** aos crimes comuns.*" (**grifei**)

Vê-se, portanto, que o Congresso Nacional **tinha**, em 1979, **a faculdade de estender** o benefício da anistia às infrações penais **de direito comum**, vale dizer, aos ilícitos **não** políticos, **muito embora** estejam **pré**-excluídos, **hoje**, do âmbito de incidência das leis

concessivas de anistia, os crimes comuns a que se refere o inciso XLIII do art. 5º da vigente Constituição.

Isso significa que se revestiu de plena legitimidade jurídico-constitucional a opção legislativa do Congresso Nacional que, apoiando-se em razões políticas, culminou por abranger, com a outorga da anistia, não só os delitos políticos, mas, também, os crimes a estes conexos e, ainda, aqueles que, igualmente considerados conexos, estavam relacionados a atos de delinqüência política ou cuja prática decorreu de motivação política.

No fundo, é preciso ter presente que a Constituição sob cuja égide foi editada a Lei nº 6.683/79, embora pudesse fazê-lo, não reservou a anistia apenas aos crimes políticos, o que conferia liberdade decisória, ao Poder Legislativo da União, para, com apoio em juízo eminentemente discricionário (e após amplo debate com a sociedade civil), estender o ato concessivo da anistia a quaisquer infrações penais de direito comum.

A Lei nº 6.683/79, ao considerar conexos, no § 1º do art. 1º, para efeito de concessão da anistia prevista no diploma em causa, "*os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política*", promoveu verdadeira

interpretação autêntica do termo "*crime conexo*", **em ordem a abranger**, com essa cláusula de equiparação, **todos** os delitos **de qualquer** natureza, **desde** que relacionados a crimes políticos **ou** cometidos com motivação política.

Como bem ressaltado pela douta Procuradoria Geral da República, **a anistia**, no Brasil, **tal como concedida** pela Lei nº 6.683/79, "***resultou*** *de um longo debate nacional,* ***com a participação*** *de diversos setores da sociedade civil,* ***a fim de viabilizar*** *a transição* ***entre*** *o regime autoritário militar* ***e*** *o regime democrático atual*" (**grifei**).

E foi com esse elevado propósito que se fez inequivocamente **bilateral** (**e recíproca**) a concessão da anistia, **com a finalidade** de favorecer aqueles que, em situação de conflitante polaridade **e** independentemente de sua posição no arco ideológico, **protagonizaram** o processo político **ao longo** do regime militar, **viabilizando-se**, desse modo, **por efeito da bilateralidade** do benefício concedido pela Lei nº 6.683/79, **a construção** do necessário consenso, **sem o qual não teria sido possível** a colimação dos altos objetivos perseguidos pelo Estado **e**, sobretudo, pela sociedade civil **naquele** particular **e** delicado momento histórico da vida nacional.

Vale reproduzir, por oportuno, **trecho do parecer** que o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, **então** na condição de Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **ofereceu** sobre o Projeto da lei de anistia (**quando este se encontrava** em tramitação no Congresso Nacional) **e que constitui** clara atestação de 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:

> *"**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."* (**grifei**)

É certo que se mostra relativo, **sob a perspectiva** da interpretação jurídica, **o método hermenêutico que se apóia 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, tal como assinala o magistério da doutrina (CARLOS MAXIMILIANO, "**Hermenêutica e Aplicação do Direito**", p. 310, 9ª ed., 1980, Forense; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 40/42, 1986, Max Limonad; LUÍS ROBERTO BARROSO, "**Interpretação e Aplicação da Constituição**", p. 126, 1996, Saraiva).

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.

Destaco, por isso mesmo, como elemento de útil compreensão das circunstâncias históricas e políticas do momento em que se elaborou a Lei de Anistia, fragmentos de manifestação de um grande Senador da República a propósito desse tema.

Em discurso proferido no Senado da República, em 17 de março de 1981, o eminente Ministro PAULO BROSSARD, então um dos grandes e notáveis líderes da Oposição ao regime militar, embora ressaltando o caráter nefasto, odioso, desprezível e inaceitável dos "*excessos cometidos pelos órgãos de segurança*", que não hesitaram em matar, torturar e seqüestrar os que combateram o sistema político então imposto à nação, reconheceu, a despeito de todos esses abusos, o caráter bilateral da anistia consubstanciada na Lei nº 6.683/79, acentuando que também foram por ela alcançados, em face do que prescreve o § 1º do art. 1º, os crimes comuns praticados por agentes da repressão:

> "***De outro lado, tais fatos****, por terem ocorrido,* ***são hoje históricos e a anistia não os apaga da História****. E se há interesse em que eles não sejam deturpados nem*

distorcidos (...) seria útil ponderar que na medida em que sejam eles encobertos, mais facilmente poderá haver deturpação e distorção. E se é verdade que tal pode ocorrer, quando tal intenção exista, para que a verdade seja conhecida nada melhor que sua investigação se processe e seja rigorosa e séria a apuração dela.

. . . . . .

***Nada mais útil**, eu diria mesmo, **nada mais necessário**, do que a investigação desses fatos, honrosos ou horrorosos, louváveis ou repulsivos; se louváveis, para que sejam louvados; se repulsivos, para que sejam abominados e nunca mais venham a ser praticados; Investigação tanto mais oportuna quando estão vivos os personagens que neles tiveram interferência ou deles participaram, de uma ou outra maneira. Com o correr do tempo, desaparecidas as pessoas que a respeito podem depor com conhecimento de causa e depondo dizer a verdade ou restaurá-la quando deturpada, crescerá a possibilidade de deturpação e distorção dos fatos, fatos que, para honra nossa, ou para nossa vergonha, entre nós aconteceram. Qualquer um, bem ou mal-intencionado, poderá divulgar versão menos verídica e mais deformada, inclusive com a intenção de denegrir a instituição militar.*

. . . . . .

***Se mazelas existiram**, eufemisticamente denominadas 'excessos', o remédio não está em ocultá-las, porque ocultá-las seria protegê-las e protegê-las seria mantê-las, conservando-as em condições de, quiçá, virem um dia a ressurgir e proliferar. O remédio estaria em extirpá-las de modo a no organismo não ficar fibra contaminada que se reproduzisse amanhã.*

***Desgraçado o país** que tenha medo de livrar-se dos próprios erros, porque para libertar-se deles tenha de exibi-los. Mil vezes exibi-los, e expondo-os inspirar horror, para que nunca mais voltem a repetir-se, do que envergonhadamente ocultá-los e ocultando-os, protegê-los, com risco de voltarem amanhã, confiados na complacência que enseja, senão estimula os abusos.*

***Alega-se ter havido anistia** e um Ministro, o da Aeronáutica, **aludiu ao seu 'caráter bilateral'** (...).*

. . . . . .

***A toda evidência**, o projeto do Governo era mais amplo que o da Oposição num ponto: **no incluir** os crimes conexos (...), **valendo-se** de uma fórmula ilimitada*

*(...), **ao insistir na anistia** também para 'os excessos cometidos pelos órgãos de segurança'.*

***Só que a fórmula** tinha de ser difusa e elástica, **de modo a evitar** o questionamento da original 'conexão'...*

> *'**consideram-se conexos** os crimes de 'qualquer natureza relacionados' com crimes políticos ou 'praticados por motivação política'.'*

***Para os efeitos da lei**, conexos seriam os crimes DE QUALQUER NATUREZA RELACIONADOS com crimes políticos ou praticados POR MOTIVAÇÃO POLÍTICA.*

.....

***De qualquer sorte**, quando o Ministro da Aeronáutica fala o 'caráter bilateral da anistia', **ou quando** o General invoca a anistia para 'os excessos cometidos pelos órgãos de segurança', está estampado o reconhecimento do caráter criminoso desses excessos, está explícita a sua configuração de crimes; não fora assim e descaberia anistiá-los; **anistiam-se crimes**.*

***Com a sua lucidez habitual**, **escreveu Barbosa Lima Sobrinho**:*

> *'**Por mais que me digam que não há anistia** para torturadores, **e considere** até simpática a tese que assim se apresente, **não tenho dúvida** de que, para eles, **também existe anistia**, nem sei se ela teria sido decretada, se não houvesse a intenção de protegê-los com a certeza da impunidade. Nunca teria sido decretada a anistia, se ela não viesse com a intenção de ser recíproca.' (**Em torno do revanchismo**, JB, 8-3-81).*

***Aceito a tese da conexão**, **admito o 'caráter bilateral da anistia'**, a que se referiu o Ministro da Aeronáutica, **acolho** o entendimento do General Newton Cruz, segundo o qual, vale repetir,*

> *'**a lei da anistia**, ao falar em crimes conexos, deixou bem claro que os excessos cometidos pelos órgãos de segurança durante o combate à subversão deveriam ser igualmente esquecidos.'*

Está aceita a tese. **Aceita**, **quais** suas conseqüências?

Não há quem não conheça a natureza da anistia, sua motivação, sua finalidade.

Em dado momento um interesse político predomina sobre o interesse social de punir, fazendo com que a lei penal deixe de ser aplicada a certo fato, a que normalmente seria aplicada, porque ele importara na infringência dela.

Pela anistia, a lei penal deixa de incidir aqui e agora, 'hic et nunc'; **é uma espécie** de revogação parcial, limitada e temporária da lei penal; **por motivos de alta conveniência política**, o Estado renuncia ao que é seu, o direito de punir. **Os efeitos da anistia**, maiores **ou** menores, gerais **ou** parciais, amplos, restritos **ou** condicionados, **os seus efeitos são**, é bem de ver-se, **de 'natureza penal'**. A lei **extingue** a punibilidade. **Antes** de iniciado o processo, **impede** a ação penal; **paralisa-a**, se instaurado o processo; **findo este**, **desfaz** a própria sentença condenatória, **ainda** que ela tenha transitado em julgado. **É uma exceção clássica** ao principio clássico da divisão dos poderes. **Sendo irrestrita**, apaga todos os efeitos, efeitos penais, **lei penal que é** Não assim os civis, que são de diversa natureza e envolvem interesses de outras pessoas que não o Estado.

. . . . . .

Existe lei que autorize autoridade, seja civil, seja militar, a maltratar, física ou moralmente, o detento, ainda que sobre ele recaiam as suspeitas mais veementes ou as certezas mais incontestáveis?

Lei alguma existe que autorize autoridade nenhuma a infligir maus tratos a ser humano, a ofender-lhe a saúde, a torturá-lo, seja qual for o motivo, seja qual a finalidade.

Bem ao contrário, lei existe a impor como dever de toda a autoridade, toda, 'o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário'.

No rol dos direitos individuais assegurados a brasileiros e estrangeiros aqui residentes figura o da 'incolumidade pessoal' como limite intransponível do poder do Estado:

> '**Impõe-se** a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.'

. . . . . .

*A **fórmula** não pode ser mais categórica, nem mais ampla. Ela é absoluta.*

__Inequivocamente ilegal terá sido o ato da autoridade__ que consistiu em maltratar pessoa presa, não importa o delito a ela imputado, ou a prova contra ela acumulada, quaisquer que tenham sido as circunstâncias; e anistiada que tenha sido a autoridade, violenta ou cruel, pela fórmula amplíssima dos 'crimes conexos', assim entendidos os 'de qualquer natureza' simplesmente porque 'relacionados' com crimes políticos, ou porque praticados por 'motivos' políticos, essa autoridade terá se livrado da responsabilidade criminal, mas não estará exonerada e muito menos isenta de reparar o dano que tenha causado à vítima da violência ou crueldade.

. . . . . .

__Desafeto declarado de toda forma de violência__, e particularmente da violência como ação política, __não posso aceitar__ a teoria marcial que pretenderia o oblívio absoluto sobre os 'excessos cometidos', ou no campo aberto da luta, ou no fundo negro das masmorras.

__Partidário confesso__ da ordem legal, entendo ser preciso incutir verdadeiro horror a essas manifestações selvagens, que rebaixam o homem, que aviltam o poder.

__Houve quem entendesse__ que pessoa que participara da luta armada não teria direito de reclamar contra a violência sofrida na casa de torturas por ela mesma descoberta, descoberta esta que verdadeira tempestade haveria de desencadear. Não é necessário grande esforço para nesse raciocínio defrontar a velha Lei de Talião. Ao demais, se o Estado adotar os métodos dos delinqüentes, que diferença haverá entre estes e aquele?

__Continuo a pensar__ que por mais miserável que seja o indivíduo, e por mais execrável o ser proceder, isto não lhe tira o direito, que as leis a todos asseguram, de ser tratado como ente humano, nem confere à autoridade, seja ela qual for, direito de maltratá-lo, e muito menos de torturá-lo.

. . . . . .

__Estejam tranqüilos__ os torturadores. __O 'caráter bilateral__ da anistia' os beneficiou: estão eles a salvo da lei penal pelos crimes que tenham cometido. __O fato da tortura__, porém, __é inapagável__. __É uma nódoa histórica__ que a anistia desgraçadamente não apaga. Antes apagasse. Também assim os fatos ocorridos em 35-37,

> *denunciados pela palavra de fogo de João Mangabeira. Encheriam de horror o mundo civilizado quando revelados à Câmara, flamejava o grande orador e grande homem. Nada sucedeu. O golpe de estado de 10 de novembro veio a ser a 'anistia' para aqueles bárbaros. Mas não foram apagados da História e ainda hoje enchem de horror as pessoas que abominam a violência e se não afeiçoaram à crueldade.*
>
> ***Sirva o episódio**, pelo menos, **para a todos ensinar como é estéril a violência**, em especial quando empregada como ação política, **e em todos instilar horror à tortura**, em particular quando erigida em ação de governo."* (**grifei**)

Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em **diversos** julgamentos - **como** aqueles proferidos, **p. ex.**, **nos casos contra** o Peru ("*Barrios Altos*", em 2001, **e** "*Loayza Tamayo*", em 1998) **e contra** o Chile ("*Almonacid Arellano e outros*", em 2006) -, **proclamou a absoluta incompatibilidade**, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, **das leis nacionais que concederam anistia**, **unicamente**, a agentes estatais, **as denominadas** "*leis de auto-anistia*".

A razão dos diversos precedentes **firmados** pela Corte Interamericana de Direitos Humanos **apóia-se** no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica **não tolera** o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana **nem legitima** leis nacionais **que amparam e protegem** criminosos **que ultrajaram**, de modo sistemático, valores essenciais **protegidos** pela Convenção

Americana de Direitos Humanos **e que perpetraram**, covardemente, à sombra do Poder **e** nos porões da ditadura a que serviram, **os mais ominosos e cruéis delitos**, como o homicídio, o seqüestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles **que se opuseram** aos regimes de exceção **que vigoraram**, em determinado momento histórico, **em inúmeros** países da América Latina.

É preciso ressaltar, no entanto, **como já referido**, que a lei de anistia brasileira, **exatamente** por seu caráter bilateral, **não pode** ser qualificada como uma *lei de auto-anistia*, **o que torna inconsistente**, para os fins **deste** julgamento, **a invocação** dos **mencionados precedentes** da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com efeito, a Lei nº 6.683/79 - **que traduz** exemplo expressivo de anistia de "*mão dupla*" (**ou** de "*dupla via*"), **pois se estendeu tanto** aos opositores do regime militar **quanto** aos agentes da repressão - **não consagrou** a denominada *anistia em branco*, que busca, **unicamente**, **suprimir** a responsabilidade dos agentes do Estado **e que constituiu** instrumento utilizado, em seu próprio favor, por ditaduras militares latino-americanas.

Como **anteriormente** ressaltado, **não se registrou**, *no caso brasileiro*, **uma auto-concedida** anistia, pois foram completamente **diversas** as circunstâncias históricas **e** políticas **que presidiram**, no Brasil, **com** o concurso efetivo **e** a participação ativa da sociedade civil **e** da Oposição militante, a discussão, a elaboração **e** a edição da Lei de Anistia, **em contexto inteiramente distinto** daquele vigente na Argentina, no Chile **e** no Uruguai, dentre **outros** regimes ditatoriais.

Há a considerar, ainda, o fato - que se revela **constitucionalmente** relevante - de que a Lei de Anistia **foi editada** em momento ***que precedeu* tanto a adoção**, pela Assembléia Geral da ONU, **da Convenção das Nações Unidas** contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984), **quanto a promulgação**, pelo Congresso Nacional, em 1997, da Lei nº 9.455, **que definiu e tipificou**, entre nós, **o crime de tortura**.

Essa anterioridade temporal impede que a Lei de Anistia, **editada** em 1979, venha a sofrer desconstituição (**ou inibição eficacial**) **por parte** desses instrumentos normativos, **todos eles** promulgados - insista-se - **após** a vigência daquele **benéfico** diploma legislativo.

É tão intensa a intangibilidade de uma lei de anistia, **desde que validamente** elaborada (**como o foi** a Lei nº 6.683/79), que, **uma vez** editada (**e exaurindo**, no instante mesmo **do início** de sua vigência, o seu conteúdo eficacial), **os efeitos jurídicos** que dela emanam **não podem ser suprimidos** por legislação superveniente, **sob pena** de a nova lei **incidir** na proibição constitucional **que veda**, de modo absoluto, **a aplicação retroativa** de leis gravosas.

É por essa razão que PONTES DE MIRANDA ("**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969**", tomo II/51, item n. 23, 2ª ed., 1970, RT), **em magistério lapidar** sobre o tema, **observa** que a eficácia jurídica **resultante** de qualquer lei de anistia **legitimamente** formulada (**como o foi** a Lei nº 6.683/79) **revela-se insuprimível**, ainda que revogado o diploma legislativo que a concedeu:

> "***Pode o Poder Legislativo*** *revogar a lei de anistia?* ***Dir-se-á*** *que êle a fêz,* ***e êle*** *a desfaz.* ***Sim***, ***e não***. ***Sim***, *porque* ***é sempre possível*** *revogar-se uma lei;* ***não***, *porque os efeitos dela* ***não*** *se revogam,* ***porque seria fazer retroativa a lei penal***. ***Se*** *a lei ainda não produziu os efeitos (...),* ***é possível*** *revogar-se a lei de anistia.* ***Em suma***: *a lei de anistia* ***é revogável***, *derrogável;* ***mas os seus efeitos realizados são inabluíveis***." (**grifei**)

Cumpre ter presente, por oportuno, **a advertência**, sempre atual, de RUI BARBOSA ("**Obras Completas de Rui Barbosa - Trabalhos Diversos**", vol. XL, tomo VI, p. 20, 1991, Fundação Casa de Rui Barbosa), **quando se pronuncia** sobre o significado **e a eficácia imperativa** dos comandos **inscritos** na lei concessiva da anistia:

> "***Dentre*** *as prerrogativas do poder* ***não há nenhuma*** *que encerre maior grau de majestade,* ***e nenhuma cujos atos sejam tão sagrados como a da anistia***. ***Por ela se estabelecem*** *vínculos quase religiosos,* ***que os governos mais rebaixados não ousam desatar***. ***A soberania*** *se reveste de uma transcedência quase divina* ***quando pronuncia***, *sobre as desordens e as loucuras das revoluções,* ***esse verbo de esquecimento***, *cujo influxo* ***apaga*** *todas as culpas,* ***elimina*** *todos os agravos,* ***e reabilita*** *de todas as manchas.* ***Não é o perdão***, *que resgata das penas;* ***é a reconciliação***, ***que extingue*** *os delitos,* ***atalha*** *os ressentimentos* ***e olvida*** *as queixas."* (**grifei**)

Não constitui demasia salientar, neste ponto, que o sistema constitucional brasileiro **impede** que se apliquem leis penais supervenientes **mais** gravosas.

Esse entendimento - **decorrente** do exame do significado **e** do alcance normativo da regra inscrita **no inciso XL** do art. 5º da Constituição Federal - **reflete-se** no magistério jurisprudencial **firmado** por esta Suprema Corte (**RTJ** 140/514 - **RTJ** 151/525 - **RTJ** 206/1071, **v.g.**)

e, também, **por outros** Tribunais da República (**RT** 467/313 - **RT** 605/314 - **RT** 725/526 - **RT** 726/518 - **RT** 726/523 - **RT** 731/666, **v.g.**):

> *"'**HABEAS CORPUS**' - CRIME DE **CALÚNIA** VEICULADO PELA IMPRENSA - **CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO** - INFRAÇÃO PENAL PRATICADA **POR** MILITAR EM ATIVIDADE **CONTRA** OUTRO MILITAR EM IGUAL SITUAÇÃO FUNCIONAL - **COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR** - APLICABILIDADE DA LEI Nº 9.099/95 - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL - **INSTITUTO DE DIREITO MATERIAL FAVORÁVEL AO AUTOR DE CRIMES MILITARES** PRATICADOS **ANTES** DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.839/99 - **ULTRATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA** - **IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL** (**CF**, ART. 5º, XL) - PEDIDO **DEFERIDO** EM PARTE.*
>
> .....
>
> *- A Lei nº 9.839/99 ('**lex gravior**') - que torna **inaplicável**, à Justiça Militar, a Lei nº 9.099/95 ('**lex mitior**') - **não** alcança, **no que se refere aos institutos de direito material** (como a suspensão condicional do processo penal), os crimes militares praticados **antes** de sua vigência, **ainda** que o inquérito policial militar **ou** o processo penal sejam iniciados **posteriormente**.*
>
> *- O sistema constitucional brasileiro **impede** que se apliquem leis penais supervenientes **mais gravosas**, como aquelas **que afastam** a incidência de causas **extintivas** da punibilidade (**dentre as quais** se incluem as **medidas despenalizadoras** da suspensão condicional do processo penal **e** da exigência de representação nos delitos de lesões corporais leves e culposas), a fatos delituosos cometidos **em momento anterior** ao da edição da 'lex gravior'.*
>
> *- **A eficácia ultrativa** da norma penal **mais** benéfica - sob cuja égide foi praticado o fato delituoso - **deve** prevalecer **por efeito** do que prescreve **o art. 5º, XL**, da Constituição, **sempre** que, ocorrendo **sucessão** de leis penais no tempo, **constatar-se** que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal **mais favorável** ao agente. **Precedentes** do Supremo Tribunal Federal."*
>
> (**RTJ 186/252-253**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Na realidade, a cláusula constitucional inscrita no art. 5º, XL, da Constituição - que consagra o princípio da irretroatividade de diplomas normativos mais gravosos - 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 (como a imprescritibilidade penal), agravem a situação jurídico-penal do indiciado, do réu ou do condenado.

Como já observado neste julgamento, a pretensão punitiva do Estado, caso acolhida a postulação deduzida pela parte ora argüente, achar-se-ia atingida pela prescrição penal, calculada esta pelo prazo mais longo (20 anos) previsto em nosso ordenamento positivo.

Nem se sustente, como o faz o Conselho Federal da OAB, que a imprescritibilidade penal, na espécie ora em exame, teria por fundamento a "*Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade*".

Mostra-se **evidente** a inconsistência jurídica **de semelhante** afirmação, **pois**, ***como se sabe***, essa Convenção das Nações Unidas, **adotada em 26/11/1968**, **muito embora** aberta à adesão dos Estados **componentes** da sociedade internacional, **jamais** foi subscrita pelo Brasil, **que a ela também não aderiu**, em momento algum, **até** a presente data, **o que a torna verdadeira** "*res inter alios acta*" **em face** do Estado brasileiro.

Isso significa que a cláusula de imprescritibilidade penal **que resulta** dessa Convenção das Nações Unidas **não** se aplica, **não** obriga **nem** vincula, juridicamente, o Brasil **quer** em sua esfera doméstica, **quer** no plano internacional.

Cabe observar, de outro lado, que o Conselho Federal da OAB **busca fazer incidir**, no plano doméstico, uma convenção internacional de que o Brasil **sequer** é parte, **invocando-a** como fonte de direito penal, **o que se mostra incompatível** com o modelo consagrado na Constituição **democraticamente** promulgada em 1988.

Ninguém pode ignorar que, **em matéria penal**, **prevalece**, **sempre**, o postulado da *reserva constitucional de lei em sentido formal*.

Esse princípio, **além** de consagrado **em nosso** ordenamento positivo (**CF**, art. 5º, XXXIX), **também encontra** expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) **e no Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), **que representam** atos de direito internacional público a que o Brasil **efetivamente** aderiu.

O que se mostra constitucionalmente relevante, no entanto, **como adverte** a doutrina (LUIZ FLÁVIO GOMES/VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, "**Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**", vol. 4/122, 2008, RT), **é que**, "***no âmbito*** *do Direito Penal incriminador,* ***o que vale*** *é o princípio da reserva legal,* ***ou seja***, ***só o Parlamento***, ***exclusivamente***, ***pode*** *aprovar crimes* ***e*** *penas.* ***Dentre*** *as garantias* ***que emanam*** *do princípio da legalidade,* ***acham-se a reserva legal*** *(****só*** *o Parlamento* ***pode*** *legislar sobre o Direito Penal incriminador)* ***e a anterioridade*** *('lex populi'* ***e*** *'lex praevia', respectivamente). Lei* ***não*** *aprovada pelo Parlamento* ***não é válida*** *(...)*" (**grifei**).

Não se pode **também** desconhecer, **considerado** o princípio constitucional da *reserva absoluta de lei formal*, **que o tema da prescrição subsume-se** ao âmbito **das normas de direito material**, de natureza **eminentemente** penal, **regendo-se**, em conseqüência, **pelo**

postulado da *reserva de Parlamento*, **como adverte** autorizado magistério doutrinário (FERNANDO GALVÃO, "**Direito Penal - Curso Completo - Parte Geral**", p. 880/881, item n. 1, 2ª ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Direito Penal - Parte Geral**", vol. 1/718, item n. 1, 27ª ed., 2003, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, "**Código Penal Comentado**", p. 315, 7ª ed., 2007, Renovar; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "**Tratado de Direito Penal**", vol. 1/772, item n. 1, 14ª ed., 2009, Saraiva; ROGÉRIO GRECO, "**Código Penal Comentado**", p. 205, 2ª ed., 2009, Impetus; ANDRÉ ESTEFAM, "**Direito Penal - Parte Geral**", vol. 1/461, item n. 1.3, 2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, "**Comentário ao Código Penal**", p. 375, item n. 2, 4ª ed., 2007, RT, **v.g.**).

Isso significa, portanto, **que somente lei interna** (**e não** convenção internacional, **muito menos** aquela **sequer** subscrita pelo Brasil) **pode** qualificar-se, **constitucionalmente**, como **a única** fonte formal **direta**, legitimadora da regulação normativa **concernente** à prescritibilidade **ou** à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, **ressalvadas**, *por óbvio*, cláusulas constitucionais em sentido diverso, **como aquelas** inscritas **nos incisos** XLII **e** XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental.

É importante rememorar, neste ponto, **em face** da absoluta pertinência de suas observações, **o registro** feito pelo Professor NILO BATISTA, em *Nota Introdutória* **constante** da obra "**Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilização e Verdade**" (Saraiva, 2010), **escrita** por Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Júnior, Antonio Martins **e** Ulfrid Neumann:

> "**3. *Depois de uma resenha*** *sobre a recente instalação do debate nos meios jurídicos brasileiros,* ***o texto*** *do Professor Lauro Joppert Swensson Junior,* ***a quem se deve excelente monografia*** *sobre o tema,* ***se detém sobre as duas linhas argumentativas nele agitadas:*** *'**a**) **a Lei n. 6.683/79** nunca anistiou os responsáveis pelos crimes da ditadura; **b**) **os delitos** praticados são crimes de lesa humanidade, **e por isso são imprescritíveis e não podem ser** objeto de anistia'.* ***Sobre a primeira linha****, em confronto aberto com a norma interpretativa (art. 1º, § 1º)* ***que estabeleceu*** *o mais amplo conceito possível de crime conexo,* ***Swensson Junior*** *tem a coragem de formular a pergunta politicamente incorreta* ***mas juridicamente indispensável****: os agentes do subsistema penal DOPS-DOI/CODI atuaram 'por razões pessoais' (sadismo, desafetos etc.)* ***ou*** *'por razões políticas - por exemplo, para salvaguardar o país dos comunistas'? **Sim**, porque se a resposta correta for a segunda, estaríamos sem dúvida diante de crimes conexos expressamente anistiados (muitos sustentariam, com base em critério tradicional, estarmos diante de autênticos crimes políticos, igualmente anistiados).* ***Seja como for, a revisão radical*** *de uma interpretação sedimentada* ***ao longo*** *de três décadas* ***implicaria*** *'**retroatividade encoberta**' (Raúl Zaffaroni* ***vê no emprego de*** *'**novo** critério interpretativo'* ***que altere*** *a significação jurídico-penal de um fato* ***uma violação oblíqua*** *do princípio da legalidade).* ***Mas o argumento da anistia, tanto quanto o da evidentíssima prescrição, sucumbiria perante a segunda linha argumentativa:*** *as ações dos 'agentes da repressão política estatal* ***são***

> *'crimes contra a humanidade', **e por isso são imprescritíveis e não podem** ser anistiados'. **A refutação de Swensson Junior é implacável**: em primeiro lugar, instrumentos normativos internacionais **só adquirem** força vinculante **após** o processo constitucional de internalização, **e o Brasil não subscreveu** a 'Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 **nem qualquer outro documento** que contivesse cláusula similar; **em segundo lugar**, 'o costume internacional **não pode ser fonte** de direito penal' **sem violação** de uma função básica do princípio da legalidade; **e**, **em terceiro lugar**, **conjurando o fantasma** da condenação pela Corte Interamericana, **a exemplo** do precedente 'Arellano x Chile', **a autoridade de seus arestos** foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (**Dec. n. 4.463**, de 8 de novembro de 2002) **porém apenas** 'para fatos **posteriores** a 10 de dezembro de 1998'."* (**grifei**)

Certamente por tal razão, de índole **eminentemente** constitucional, o Senhor Presidente da República, **acolhendo** proposta interministerial **subscrita** pelos Senhores Ministro da Justiça, Ministro das Relações Exteriores, Ministro Advogado-Geral da União e Ministro-Chefe da Secretaria Especial de Direitos Humanos, **encaminhou**, ao Congresso Nacional, **o Projeto de Lei** nº 4.038/2008 (Câmara dos Deputados), **com o objetivo** de viabilizar a implementação, **no âmbito interno**, do *Estatuto de Roma*, **que instituiu** o Tribunal Penal Internacional.

Com tal finalidade **e** propósito, **o projeto de lei** em questão **não só** tipifica, **dentre outros**, **os crimes** contra a

humanidade, **cominando-lhes** penas, **mas também dispõe** sobre a imprescritibilidade de referidos delitos, **em regra** que, **inscrita no art. 11** dessa **mesma** proposição legislativa, **possui** o seguinte conteúdo normativo:

> "***Art. 11. Os crimes*** *de genocídio,* ***contra a humanidade*** *e de guerra* ***são imprescritíveis e insuscetíveis*** *de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória, com ou sem fiança."* (**grifei**)

Vê-se que o Senhor Presidente da República, **consciente** da necessidade de respeitar, **em tema** de direito penal, **o postulado** da reserva constitucional de lei formal, **agiu** de modo **absolutamente compatível com o que dispõe** a Constituição da República (que somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal), **não obstante** o Brasil houvesse assinado, **em 1998**, o Estatuto de Roma (posteriormente incorporado à nossa ordem interna), **que já definia, como imprescritível**, a pretensão estatal de punir **os crimes** contra a humanidade, de guerra **e** de genocídio.

Há, ainda, **outra observação a fazer**. **Refiro-me** ao fato de que **a nova** Constituição do Brasil, **promulgada** em 1988, **poderia**, até mesmo, **precisamente** porque **elaborada** por órgão **investido** de funções constituintes **primárias** (**ou originárias**), **suprimir** a

eficácia jurídica **que se irradiou** da Lei de Anistia de 1979, **ordenando**, ela própria, **a restauração** do "***status quo ante***".

Sucede, no entanto, **que tal não se verificou**, **muito embora** esse tema **pudesse** estar presente na intenção **e** na deliberação da Assembléia Nacional Constituinte, **a atestar**, desse modo, muito claramente, que **não** se registrou, nesse específico tema, **qualquer** omissão do órgão formulador **da nova** Constituição brasileira, **configurando**, antes, *esse comportamento* dos constituintes, **uma clássica** hipótese de *lacuna consciente* **ou** *voluntária*, **que traduz**, quando ocorrente, **a disposição inequívoca** de **não** tratar da matéria.

Em face de tal contexto, revela-se **plenamente** invocável **antiga jurisprudência** desta Suprema Corte **no sentido** de que regras constitucionais supervenientes **não** se revestem de retroprojeção normativa (**RTJ** 155/582-583), **eis** que os preceitos **de uma nova** constituição **aplicam-se**, imediatamente, **com eficácia** "*ex nunc*", **ressalvadas** as situações excepcionais **expressamente definidas** no texto da Lei Fundamental (**RTJ 143/306-307**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Na realidade, esse entendimento - **que enfatiza a eficácia prospectiva** do ordenamento constitucional - **ajusta-se à**

orientação segundo a qual, **ressalvada disposição constitucional em contrário**, **prevalece** o princípio fundamental **da incidência imediata da nova** Constituição. **É que - não custa reiterar** - "*As Constituições têm incidência imediata,* ***ou desde*** *o momento em que ela mesma fixou como aquele em que começaria a incidir.* ***Para as Constituições, o passado só importa*** *naquilo que ela aponta* ***ou*** *menciona.* ***Fora daí, não***" (PONTES DE MIRANDA, "**Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**", tomo VI/392, 2ª ed., 1974, RT - **grifei**).

Isso significa, portanto, que, **mantida íntegra** a Lei de Anistia de 1979, **produziu ela**, "*ministerio juris*", **todos** os efeitos que lhe eram inerentes, **de tal modo** que, **ainda** que considerada incompatível com a Constituição superveniente, **já teria irradiado** (**e esgotado**) **toda** a sua carga eficacial **desde** o instante mesmo em que veio a lume.

Cumpre registrar, finalmente, Senhor Presidente, **que a improcedência** da presente ação **não impõe qualquer óbice** à busca da verdade **e** à preservação da memória histórica **em torno** dos fatos ocorridos no período em que o país **foi dominado** pelo regime militar.

É importante salientar, neste ponto, **que o modelo de governo** instaurado em nosso País, em 1964, **mostrou-se fortemente**

estimulado pelo "*perigoso fascínio do absoluto*" (Pe. JOSEPH COMBLIN, "**A Ideologia da Segurança Nacional - O Poder Militar na América Latina**", p. 225, 3ª ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), **pois privilegiou e cultivou o sigilo**, transformando-o em "*praxis*" governamental institucionalizada, **ofendendo**, **frontalmente**, desse modo, **o princípio democrático**.

Com a violenta ruptura da ordem jurídica consagrada na Constituição de 1946, **os novos** curadores do regime **vieram a forjar**, em momento posterior, **o sistema** de atos estatais reservados, **como os decretos reservados** (art. 31 do Decreto nº 79.099/77) **e as portarias reservadas** - estas mencionadas no § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias -, **numa inqualificável subversão** dos princípios estruturadores da gestão democrática **e** republicana do poder estatal, **que impõe**, aos que o exercem, **a plena submissão** às exigências indisponíveis da publicidade.

Ao assim proceder, esse regime autoritário, **que prevaleceu** no Brasil durante **largo** período, **apoiou** a condução **e** a direção dos negócios de Estado em concepção teórica - **de que resultou** a formulação da doutrina de segurança nacional - **que deu suporte** a um sistema claramente **inconvivente** com a prática das liberdades públicas.

Desprezou-se, desse modo, como convém a regimes autocráticos, a advertência feita por NORBERTO BOBBIO, cuja lição magistral sobre o tema ("O Futuro da Democracia", 1986, Paz e Terra) assinala - com especial ênfase - não haver, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.

Não constitui demasia rememorar, neste ponto, na linha da decisão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu no julgamento do MI 284/DF, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO (RTJ 139/712-732), que o novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e que não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucional a ser observado, inscrevendo-a, em face de sua alta significação, na declaração de direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República reconhece e assegura aos cidadãos.

Na realidade, os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, como o Brasil, não podem privilegiar o mistério, porque a supressão do regime visível de governo - que tem, na transparência, a condição de legitimidade de seus próprios

atos - **sempre coincide com os tempos sombrios** em que declinam as liberdades **e** os direitos dos cidadãos.

A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (**art. 5º**), **enunciou** preceitos básicos, cuja compreensão é essencial **à caracterização** da ordem democrática **como um regime do poder visível**, ou, **na lição expressiva** de BOBBIO ("***op. cit.***", p. 86), como "***um modelo ideal do governo público em público***".

A Assembléia Nacional Constituinte, em momento de **feliz** inspiração, **repudiou** o compromisso do Estado **com o mistério e com o sigilo**, que fora tão fortemente realçado **sob a égide autoritária** do regime político anterior, **quando** no desempenho de sua prática governamental.

Ao dessacralizar o segredo, a Assembléia Constituinte **restaurou** velho dogma republicano **e expôs** o Estado, **em plenitude**, ao princípio democrático **da publicidade**, convertido, em sua expressão concreta, **em fator de legitimação** das decisões, das práticas **e** dos atos governamentais.

Tenho por inquestionável, por isso mesmo, **que a exigência de publicidade** dos atos que se formam no âmbito do aparelho de Estado **traduz** conseqüência que resulta de um princípio essencial a que a **nova** ordem jurídico-constitucional **vigente** em nosso País **não permaneceu indiferente**.

Impende assinalar, ainda, **que o direito de acesso** às informações de interesse coletivo ou geral - **a que fazem jus** os cidadãos **e**, também, os meios de comunicação social - **qualifica-se como instrumento viabilizador** do exercício da **fiscalização social** a que estão sujeitos os atos do poder público.

Não foi por outra razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **ao analisar** recurso no qual se buscava acesso a processos criminais **junto** ao Superior Tribunal Militar, **garantiu**, aos recorrentes, **que eram** pesquisadores, "***o direito de acesso*** *(possibilidade de consulta)* ***e de cópia*** *dos autos* ***e das respectivas*** *gravações requisitadas à autoridade coatora,* **e**, *ainda,* ***a devolução*** *das fitas apreendidas (...)*", **em julgamento** que restou consubstanciado em acórdão assim ementado:

"***RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. CÓPIA DE PROCESSOS E DOS ÁUDIOS DE SESSÕES. FONTE HISTÓRICA PARA OBRA LITERÁRIA. ÂMBITO DE PROTEÇÃO***

DO DIREITO À INFORMAÇÃO (ART. 5º, XIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

1. Não se cogita *da violação de direitos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XIII, XIV e XV da L. 8.906/96),* ***uma vez que os impetrantes não requisitaram*** *acesso às fontes documentais e fonográficas no exercício da função advocatícia,* ***mas como pesquisadores****.*

2. A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos *com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros* ***ou*** *quando a medida for essencial para a proteção do interesse público.*

3. A coleta de dados históricos *a partir de documentos públicos e registros fonográficos,* ***mesmo*** *que para fins particulares,* ***constitui-se em motivação legítima*** *a garantir o acesso a tais informações.*

4. No caso*, tratava-se da busca por fontes a subsidiar elaboração de livro (em homenagem a advogados defensores de acusados de crimes políticos durante determinada época)* ***a partir*** *dos registros documentais* ***e*** *fonográficos de sessões de julgamento público.*

5. Não configuração *de situação excepcional a limitar a incidência da publicidade dos documentos públicos (arts. 23 e 24 da L. 8.159/91) e do direito à informação.*

Recurso ordinário provido."

(**RMS 23.036/RJ**, Rel. p/ o acórdão Min. NELSON JOBIM - **grifei**)

Vê-se, portanto, **que assiste**, a toda a sociedade, **o direito** de ver esclarecidos os fatos ocorridos em período **tão** obscuro de nossa história, **direito este que**, para ser exercido em plenitude, **não depende** da responsabilização criminal dos autores de tais fatos, **a significar**, portanto, **que a Lei nº 6.683/79 não se qualifica** como obstáculo jurídico **à recuperação** da memória histórica **e** ao conhecimento da verdade.

Sendo assim, em face das razões expostas **e com estas** considerações, **julgo improcedente** a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.

É o meu voto.

29/04/2010 TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Acho que seria absolutamente desnecessário, escusado, dizer que nenhum Ministro desta Corte tem dúvida sobre a profunda aversão, que sentimos, por todos os crimes que foram praticados, desde homicídios, sequestros, tortura e outros abusos, não apenas pelos nossos regimes de exceção, mas, ainda, pelos regimes de exceção de todos os lugares e de todos os tempos.

Mas este processo não é o lugar de formulação de juízo, a cujo respeito estamos todos de acordo, sobre a reprovabilidade ética dessas práticas. A nossa tarefa é relativamente mais simples, porque está apenas em saber se o disposto no § 1º do art. 1º da Lei nº 6.883/79 é, ou não, compatível com a ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988.

A observação imediata é que essa lei contém uma definição particular, e, eu diria, uma definição operacional, porque se destina a dar interpretação, que o Ministro Celso de Mello chamou de autêntica, para efeito da sua própria incidência e aplicação. Noutras palavras, ela própria define o que deva, no seu contexto, ser entendido como *crimes conexos*.

Por isso, a tese de que corresponderia ao instituto da conexão, tal como previsto no art. 76, inc. I, do Código de Processo Penal, é absolutamente inaplicável e inconcebível para a hipótese. Por quê? Simplesmente porque se trata de fator processual de determinação de competência, de unificação de processo, para assegurar, em instrução e julgamento conjuntos, aquilo que se denomina unidade de convicção. Tal conexão é instituto que se aplica só a causas pendentes, não dizendo respeito a nenhum outro tipo de relacionamento lógico-jurídico.

Ora, evidentissimamente, o caso não cuida de conexão nesse sentido tradicional e técnico-jurídico. A conexão aqui pressuposta tem outro sentido, é o sentido que chamo de metajurídico. E há, desde logo, dois elementos que corroboram esta afirmação.

O primeiro é de que não se trata de uso - diria - inédito da expressão. O eminente Relator demonstrou, longamente, no voto, que é da tradição normativa brasileira, em tema de concessão de anistia, mediante vários decretos, usar precisamente a expressão *crimes conexos*, até ao tempo em que o Direito Processual era prerrogativa de cada Estado e, portanto, muito antes da unidade do Direito Processual, que data da década de 40.

O segundo, não fosse esse dado, teríamos, para lembrar palavra muito significativa de Drummond de Andrade, uma anistia cambaia. Por que teríamos uma anistia cambaia? Porque, a entender-se aqui conexão como

fenômeno puramente processual, ela só se aplicaria aos casos de concurso de crimes e de concurso de pessoas. Ou seja, só valeria para um dos lados das pessoas que se encontravam numa situação sócio-política de conflito, isto é, só para um dos lados haveria a anistia, que seria muito mais restrita do que é, perdendo, assim, todo o seu significado histórico na transição para um regime democrático.

Depois, quando a lei faz referência à relação de conexão, usa de uma categoria de ordem política, tal como claramente se vê à remissão a *crimes políticos* e a *crimes praticados por motivação política*. A amplitude da norma é, portanto, óbvia, enquanto transcende o campo dos crimes políticos em sentido estrito ou em sentido figurado, como aqueles praticados com motivação política, ao abranger crimes de *qualquer ordem*.

Foi este o sentido que o parecer, não apenas o parecer, mas também a entrevista do Ministro Sepúlveda Pertence - testemunhos insuspeitos de uma vítima dúplice do regime opressivo, cujos crimes foram perdoados - reconheceram em outras palavras, denotando que a norma é destinada a apanhar também crimes dos agentes do regime militar contra os opositores, na luta pelo poder. Este é o sentido da conexão à qual se refere a lei.

E a mesma lei podia operar essa extensão. E fê-lo de modo textual, ao relacionar, entre os abrangidos pela anistia, os *crimes de qualquer natureza*, isto é, os crimes ditos comuns em oposição aos crimes políticos.

A expressão *crimes de qualquer natureza* de certo modo está ligada também à tradição semântica do nosso Estatuto do Estrangeiro. Numa das suas normas, também textual, se encontra a descrição da competência desta Corte para examinar - são essas palavras da lei - a *natureza do crime*, o que significa saber se se trata de crime comum ou de crime político, para efeito de extradição.

A lei, insisto, poderia tê-lo feito. O ministro Celso de Mello já o demonstrou, mas preciso relembrar. Àquela época, não havia, como hoje há, nenhum obstáculo de ordem constitucional nem legal para que o legislador estendesse a anistia aos crimes de qualquer natureza. Esta é a tese que a ação pretende derrubar, mas, a meu ver, sem nenhum fundamento. Daí por que – e vou deter-me um pouco mais para prová-lo - é inútil argumentar que os agentes da repressão não teriam cometido crimes políticos, pela razão breve de que a anistia também alcança os chamados "crimes comuns".

Diz-se que talvez a lei não seja clara ao propósito, mas o Ministro Sepúlveda Pertence, no parecer, e não apenas no parecer, mas também na entrevista, afirma-o claro: "*este foi o significado inequívoco da lei: estender a anistia aos chamados 'crimes comuns*".

Mas o que me parece interessante é que o que, no fundo, inspira esta ação é exatamente a percepção da clareza da lei. Se houvesse dúvida a respeito do alcance da lei, não se abalançaria a autora a pedir ao Tribunal que

declarasse outra coisa. Se a lei fosse obscura, se a lei fosse pouco clara, seria incompreensível que pedisse à Corte declarar-lhe algum sentido contrário. Isto é, só um sentido reconhecido pressupostamente como claro seria incompatível com a Constituição. E, textualmente, no item nº 13 da petição inicial, consta que, *"a despeito da má redação, a finalidade foi incluir subrepticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar"*.

Noutras palavras, é a própria autora que reconhece ser esse é o sentido da lei, não obstante pretenda que o Tribunal declare tal sentido incompatível com a Constituição.

Com o devido respeito, a pretensão realmente não poderia ser acolhida. Em primeiro lugar, porque a interpretação em tema de anistia é sempre ampla, expansiva, nunca restrita; é sentido de generosidade.

Em segundo lugar, a norma de modo algum ofende o princípio da igualdade, porque basta o vínculo, que está estabelecido no parágrafo 1º do art. 1º, entre os elementos de motivação objetiva dos crimes, para demonstrá-lo. Não falo aqui das motivações como razões subjetivas da prática dos crimes, mas o dado objetivo de crimes praticados *no mesmo contexto* sócio-político de conflito e de luta pelo poder. Este dado identifica os crimes praticados de ambos os lados, e essa identificação histórica, entre crimes contra o regime e de crimes do regime contra os opositores, situando-os na mesma moldura histórica e

política, atende ao imperativo constitucional da igualdade, pois teriam de receber, como receberam, tratamento normativo igual.

Em terceiro lugar, evidentemente esta demanda nada tem com o direito constitucional a informações dos órgãos públicos, isto é, com o chamado "direito à verdade histórica", porque nada impede que, por outros meios, não pelo reconhecimento do caráter criminoso de fatos cobertos pela anistia, se podem apurar suas responsabilidades históricas e políticas. Não há nenhum obstáculo que, para tal apuração, resulte da improcedência desta demanda.

Tampouco há desrespeito aos princípios democrático e republicano. Todos os crimes - e não apenas os crimes de tortura, de sequestro, de homicídio - praticados por agentes públicos sempre seriam contrários aos princípios democrático e republicano, porque não é a gravidade do crime que ofenderia esses princípios, mas o fato de provirem de agentes do poder público. Isso nos levaria a esta indagação: os crimes praticados por agentes políticos de qualquer regime não poderiam nunca ser por isso anistiados? É óbvio, não há ninguém que responda afirmativamente.

Além disso, já todos os votos que acompanharam o brilhantíssimo voto do Ministro Relator mostraram que a lei nasceu de um acordo costurado por quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrar um pacto nacional. E era lei como todas as outras editadas no mesmo período, mas cuja vigência e constitucionalidade jamais foram postas em

dúvida pelo mesmo fato dessa origem comum! E a mais grave consequência da tese da autora é que, reconhecida a sua viabilidade teórica, toda a lei da anistia estaria revogada, porque toda ela provém da mesma fonte e, portanto, padeceria toda do mesmo vício.

E quinto lugar, o caso não é de autoanistia, censurada pelos tribunais internacionais. Seria de autoanistia, se tivesse provindo de ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente. Ela proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo, e dos quais, só para relembrar caso que me parece mais exemplar, o consumado na África do Sul, que concedeu anistia ainda mais ampla do que a nossa.

Em sexto lugar, recorro a dois argumentos de pressupostos hipotéticos, baseado na suposição de que a autora tivesse razão. O primeiro deles vai mostrar não apenas a impropriedade da demanda, mas a sua absoluta esterilidade, que, aliás, já foi bem percebida pelo eminente Ministro Marco Aurélio.

Fosse outra a interpretação devida, não haveria nenhum interesse processual nesta demanda, porque **todas as ações criminais** e todas as ações cíveis, exceto as declaratórias, **estão prescritas**, inclusive aquelas previstas no artigo 200 do Código Civil em vigor, que faz depender o início do curso da prescrição de sentença criminal que reconheça o fato gerador da responsabilidade civil, porque, no caso, prescrita a ação penal, não haveria juízo

penal capaz de emitir decisão de mérito que pudesse dar início ao curso da prescrição civil. Insisto: também a prescrição civil, salvo a das ações puramente declaratórias, está consumada de há muito.

E a pergunta decisiva seria: qual o interesse legítimo - não digo apenas o interesse jurídico - que ficaria, que restaria para justificar julgamento de procedência desta ação? Ela não serviria para instauração de ação penal, porque **todas as ações penais estão prescritas**, de modo que, na matéria, não se poderia chegar a nenhuma sentença de mérito! Qual, portanto, a utilidade do julgamento de procedência desta ação? Ela não tem nenhuma repercussão de ordem prática, nenhuma, no campo jurídico. E, tal como deduzida, não se presta a satisfazer certeza de ordem moral. A questão aqui é de saber se há, ou não, incompatibilidade da norma com o ordenamento jurídico em vigor. Ora, desse reconhecimento eventual não resultaria nenhuma utilidade de ordem prático-jurídica. Alega-se que, com a procedência, se poderia apurar a responsabilidade criminal dos agentes do regime. Mas apurar a responsabilidade criminal em que juízo, se já não há mais ação penal alguma capaz de ser proposta? **Todas estão cobertas pela prescrição**.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É que o Estado não poderia conseguir a perseguição por causa da lei. O Estado só desencadearia a persecução criminal com o afastamento do óbice da lei. Então, a questão da

prescrição nem se coloca nesse momento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não, Ministro, a prescrição se inicia da data da prática do crime, não é da data do reconhecimento de certo sentido da lei.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Sim, mas o Estado estava impedido de deflagrar a persecução.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O Estado não tinha impedimento nenhum para fazê-lo. Se entendesse que a lei era incompatível com a Constituição, poderia, mas não o fez, ter intentado persecução penal. E, a esta altura, já não pode fazê-lo, pois já não há lugar nem via para reconhecimento do caráter criminoso de certos fatos, de modo que a pretensão da autora é absolutamente estéril.

Mas não é só, o argumento de que não teria sido a norma recebida pela nova ordem constitucional não significa que não tivesse ela operado dentro da velha ordem, consumando e exaurindo, portanto, na vigência da Constituição anterior, toda a sua eficácia sobre os fatos. Não haveria agora nenhum efeito jurídico pendente por declarar ou atuar.

E, neste ponto, vou até mais longe do que o brilhantíssimo e

primoroso voto do Ministro Relator. Sua Excelência relembrou que, no Chile, na Argentina, no Uruguai, para ater-nos a casos próximos, as leis de anistia foram revogadas por outras leis. Mas nosso sistema jurídico constitucional não o permitiria, porque, uma vez apagado o caráter delituoso dos fatos anistiados, a lei que revogasse os efeitos da anistia seria descaradamente **lex gravior**, que não retroagiria, não poderia retroagir em hipótese alguma! Por quê? Porque a norma teria, no sistema anterior onde foi gerada, operado radicalmente todos os seus efeitos e de modo imediato e instantâneo, no momento em que incidiu. A eficácia jurídica da anistia não depende de nenhuma sentença de caráter declaratório, pois atua por força do só contato da lei com o fato, de modo que estariam extintas, e deveras o estão, todas as ações públicas e privadas de **caráter penal** e, portanto, consolidadas, sob esse aspecto, todas as situações jurídicas resguardadas pelo princípio constitucional da segurança jurídica. Em qualquer ordem jurídica civilizada, só retroage lei penal benéfica ao réu!

Faço a observação final: o Ministro Sepúlveda Pertence tem toda razão, quando denomina a pretensão de anacrônica, posta fora do seu tempo. E não consigo entender como a mesma Ordem dos Advogados, que, sob a batuta dos grandes Presidentes Faoro e Seabra Fagundes, com base no irrespondível parecer do então Conselheiro Sepúlveda Pertence, teve participação decisiva na aprovação dessa lei, trinta anos depois reveja o seu próprio juízo sobre o alcance da norma que concorreu para editar, refaça seu pensamento como se

tivesse, após trinta anos, acordado tardiamente, recobrando consciência de que a velha norma não se compatibiliza com a ordem constitucional ora vigente!

Senhores Ministros, para encerrar, eu diria apenas que, em primeiro lugar, já não haveria nada por acrescer ao voto antológico do Ministro Eros Grau, que cobriu todos os aspectos, não apenas jurídicos, mas também históricos, políticos e éticos, num plano extremamente elevado, e de maneira grandiosa, porque conhecemos todos sua história.

Se é verdade que cada povo acerta contas com o passado de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole e com a sua história, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia. E diria, se pudesse, mas não posso, concordar com a afirmação de que certos homens são monstros, que os monstros não perdoam, só o homem perdoa. Só uma sociedade superior, qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade, é capaz de perdoar, porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que seus inimigos, é capaz de sobreviver. Uma sociedade que queira lutar contra os inimigos com as mesmas armas, os mesmos instrumentos, os mesmos sentimentos, está condenada a um fracasso histórico.

Essas são as razões pelas quais, acompanhando o voto do eminente Relator e de todos que o secundaram, de modo muito brilhante, pedindo vênia aos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, também julgo improcedente a ação.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

1. RELATO DO PROCESSO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), cujo objeto é o § 1° do art. 1° da Lei 6.683/1979, que possui o seguinte teor:

> Art. 1° É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao Poder Públicos, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.
>
> § 1° Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Preliminarmente, o Conselho Federal da OAB sustenta o cabimento da presente ADPF, pois estariam presentes todos os pressupostos para o ajuizamento da ação. Aponta, nesse sentido, a relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre o dispositivo impugnado, anterior à Constituição de 1988,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

exemplificada pela transcrição de diversas reportagens e de manifestações de doutrinadores e agentes políticos sobre o tema.

A norma impugnada, segundo o arguente, teria sido recepcionada pela Constituição de 1988, mas careceria de interpretação e de aplicação à luz dos novos preceitos e princípios constitucionais.

Estariam atendidas, também, a necessidade de que o objeto da ADPF configure ato normativo geral e abstrato e a exigência de que haja violação a preceito fundamental.

Por fim, inexistiria outro meio eficaz para sanar a lesão aos preceitos fundamentais apontados, atendendo-se ao requisito da subsidiariedade.

No mérito, questiona-se a interpretação dada ao § 1° do art. 1° da Lei 6.683/1979, no sentido de que a anistia estende-se aos crimes comuns praticados por agentes públicos contra opositores políticos durante o regime militar.

A referida interpretação seria inepta, pois, nos "crimes conexos", referidos no §° 1° do art. 1° da Lei 6.683/1979, não estariam abarcados aqueles crimes comuns - tortura, estupro, assassinato, etc. - cometidos pelos agentes públicos a serviço do regime militar.

A conexão criminal pode ser definida, segundo o arguente, nos seguintes termos:

> A conexão criminal implica uma identidade ou comunhão de propósitos ou objetivos, nos vários crimes praticados. Em consequência, quando o agente é um só a lei reconhece a ocorrência de concurso material ou formal de crimes (Código Penal, artigos 69 e 70). É possível, no entanto, que os agentes sejam vários. Nessa hipótese, tendo em vista a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

> comunhão de propósitos ou objetivos, há co-autoria (Código Penal, artigo 29).
>
> É bem verdade que, no Código de Processo Penal (art. 76, I, *in fine*), reconhece-se também a conexão criminal, quando os atentes criminosos atuaram uns contra os outros. Trata-se, porém, de simples regra de unificação de competência, de modo a evitar julgamentos contraditórios. Não é norma de direito material.

Dessa maneira, os crimes comuns cometidos pelos agentes públicos a serviço do regime militar não se afigurariam conexos aos crimes políticos sob ângulo algum. Em primeiro lugar, tais agentes não poderiam ter cometido crimes políticos - entendidos como aqueles contra a ordem política vigente ou a segurança nacional -, uma vez que eram incumbidos justamente de combatê-los.

Esses crimes políticos teriam sido praticados pelos opositores ao regime militar, os quais também não teriam agido em coautoria com os agentes públicos referidos. Não haveria, portanto, como se falar em conexão em razão de crimes praticados pelo mesmo sujeito ou em coautoria.

Por fim, afirma o arguente que tampouco se poderia afirmar tratar-se da conexão prevista no artigo 76 do Código de Processo Penal. Isso porque os crimes cometidos pelos opositores ao regime eram voltados contra a ordem política vigente e a segurança nacional, e não contra os agentes públicos, não cabendo se falar, portanto, em cometimento de crimes de uns contra os outros.

Ademais, o Conselho Federal da OAB assevera a violação aos preceitos constitucionais: da isonomia em matéria de segurança (art. 5°, *caput* e inciso XXXIX); do dever de não ocultar a verdade (art. 5°, XXXIII); dos princípios democrático e republicano (art.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

S-1 - 102.002

1°); e da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, e art. 5°, XLIII).

A isonomia em matéria de segurança é descrita como a fórmula do inciso XXXIX do art. 5° da Constituição, segundo o qual "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*". Assim, o constituinte teria vedado a discriminação, no momento de tipificação de conduta e de cominação da pena, em razão de raça, sexo, gênero ou qualquer outra forma.

Nesse sentido, a anistia, por consistir descriminalização *a posteriori* de determinada conduta, deveria referir-se a crimes objetivamente definidos em lei, abrangendo todo e qualquer sujeito que os houver praticado. Ocorre que, segundo argumenta o Conselho Federal da OAB, o § 1° do art. 1° da Lei 6.683/1979, acaba por referir-se a pessoas determinadas.

A menção da norma impugnada a "*crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos*" confere ao Poder Judiciário a definição de tais delitos, violando a necessidade de previsão legal do inciso XXXIX do art. 5°.

Ademais, ao abranger os crimes "*praticados por motivação política*", o dispositivo impugnado vincula o instituto da anistia à motivação do agente, criando descriminalização de delito que só pode ser reconhecido como tal pelo juiz, no caso concreto, e com referência a pessoa determinada.

Também é apontado como violado o preceito fundamental segundo o qual a população tem direito de "*receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral*" (art. 5°, XXXIII, da Constituição da República). Esse preceito tutelaria o direito da população -

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

titular do poder - de saber a identidade daqueles agentes públicos que, a serviço do regime militar, praticaram crimes contra os governados.

O descumprimento dos preceitos fundamentais dos princípios republicano e democrático residiria no fato de que a norma impugnada foi votada e aprovada pelo Congresso Nacional - composto, à época, por membros eleitos *"sob o placet dos comandantes militares"* - e sancionada por um Chefe de Estado que era General do Exército, ocupante do cargo não em decorrência de eleições democráticas, mas em razão do golpe militar. O Conselho Federal da OAB alega que, por esses motivos, a Lei 6.683/1979 deveria ter sido legitimada pelos Poderes Legislativo e Executivo após o restabelecimento da ordem democrática, o que não ocorreu.

Por último, o arguente sustenta violação ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal violação ocorreria na medida em que, a fim de possibilitar a transição do regime militar para a ordem democrática, teria sido firmado acordo para incluir, na Lei da Anistia, os crimes cometidos por funcionários do Estado contra presos políticos. Ocorre que a edição da referida Lei, com a interpretação extensiva aos agentes públicos, implicaria renúncia ao princípio da dignidade da pessoa humana, em especial por sancionar as práticas do crime de tortura por parte de tais agentes.

O pedido final é para que esta Corte "dê à Lei n.º 6.683, de 8 de agosto de 1979, uma interpretação conforme a 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)".

A Advocacia-Geral da União, ao prestar informações, manifesta-se pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, por sua improcedência.

Isso porque, preliminarmente, o Conselho Federal da OAB não teria logrado comprovar a existência de controvérsia judicial, requisito para o cabimento da ADPF. A controvérsia apresentada pelo arguente, no caso, cingir-se-ia a mero debate doutrinário, ausentes pronunciamentos jurisdicionais sobre o tema.

Outro pressuposto que não teria sido observado consiste na necessidade de impugnação de todo o complexo normativo do tema. O Conselho Federal da OAB teria impugnado apenas uma determinada interpretação do § 1° do art. 1° da Lei 6.683/1979, olvidando-se de atacar o § 1° do art. 4° da Emenda Constitucional 26/1985, que também concede, em sua parte inicial, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos.

No mérito, a Advocacia-Geral da União sustenta a inviabilidade da pretensão veiculada na inicial, visto que restringir a interpretação conferida ao § 1° do art. 1° da Lei 6.683/1979 seria desvirtuar por completo o sentido da norma, que pretendeu anistiar ampla, geral e irrestritamente a prática dos delitos que enuncia.

Ademais, por tratar-se de regra extintiva de punibilidade, a mudança de interpretação pretendida acarretaria o afastamento do benefício da anistia até então concedido a alguns sujeitos, o que atingiria situações jurídicas já consolidadas e acarretaria leitura mais gravosa da norma, contrariando o *caput* e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

S T F 102.602

o inciso XL do art. 5° da Constituição da República. Assim, o § 1° do art. 1° da Lei 6.683/1979, em razão de sua compatibilidade com os novos preceitos, teria sido recepcionado pela Constituição de 1988. Tal posição seria reforçada pelo longo período de vigência da Lei 6.683/1979, apto a consolidar situações abrigadas pela segurança jurídica.

Assevera, também, que a própria OAB manifestou-se, à época da elaboração da norma impugnada, favoravelmente à sua edição, no parecer da lavra do então Conselheiro José Paulo Sepúlveda Pertence, de 15 de agosto de 1979, aprovado pelo Conselho Federal.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) manifesta-se pelo conhecimento da arguição e, no mérito, por sua improcedência.

Assim, ao contrário do que sustentado pela Advocacia-Geral da União, a Procuradoria-Geral da República afirma o cabimento da ADPF e a necessidade de comprovação de existência de controvérsia constitucional relevante - o que foi atendido no caso -, e não de controvérsia judicial, por não se tratar de ADPF incidental.

Também em contraposição à manifestação da AGU, a PGR afirma a irrelevância da não impugnação do art. 4°, § 1°, da EC 26/85, por não ter substituído, ratificado nem alterado a norma questionada. Afirma, ainda, que a prescrição dos delitos não prejudica a análise da questão de fundo da arguição.

No mérito, assevera, na linha do que sustentado pela AGU, que a interpretação questionada não afronta preceitos fundamentais da Constituição de 1988.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

Nesse ponto, seria imprescindível examinar a norma no contexto histórico em que foi editada, consistente na transição do regime militar para o democrático. Assim, por maior que seja a repulsa a acontecimentos degradantes de violência física e moral que marcaram aquele período de nossa história, não seria possível encobrir o sentido jurídico, político e simbólico da anistia.

Por fim, a Procuradoria-Geral da República aduz que, independentemente da improcedência da ADPF, deve ser preservado o "direito fundamental à verdade".

O Relator da ação, Ministro Eros Grau, admitiu a participação, na condição de *amicus curiae*, da Associação Brasileira de Anistiados Políticos. A entidade, em sua manifestação, reforça os pontos defendidos pelo Conselho Federal da OAB na petição inicial.

Ademais, foram aceitas as participações da Associação Juízes para a Democracia, do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e da Associação Democrática e Nacionalista de Militares, também na qualidade de *amici curiae*.

2. ANÁLISE DAS PRELIMINARES LEVANTADAS QUANTO AO CABIMENTO DA ADPF

De acordo com as razões da petição inicial, a presente arguição de descumprimento submetida a esta Corte refere-se à interpretação de dispositivo específico da lei de anistia, a qual evidenciaria relevante controvérsia jurídico-constitucional e representaria lesão a diversos preceitos fundamentais.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

Nos termos da Lei n.° 9.882, de 3 de dezembro 1999, cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar-se ou reparar-se lesão a preceito fundamental de ato do Poder Público (art. 1°, *caput*).

O parágrafo único do art. 1° explicita que caberá também arguição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive se anteriores à Constituição (leis pré-constitucionais).

Conforme consignei em voto proferido no julgamento da ADPF n.° 33, pode-se dizer que a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade)poderão ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento.

Nesse sentido, destaquei, no julgamento da ADPF n.° 101, em lembrança à observação já feita pelo Ministro Pertence, que a arguição de descumprimento é uma esfinge que pouco a pouco vai sendo desvelada, desvendada pelo Tribunal na sua construtiva jurisprudência.

Feitas essas considerações, passo a analisar a existência de controvérsia constitucional relevante.

Verifico, inicialmente, que se impugna o parágrafo primeiro do artigo primeiro da Lei Federal n.° 6.683/1979, pretérito à ordem constitucional de 1988, que tem o seguinte teor:

> Art. 1° É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF - 162.882

de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao Poder Públicos, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

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

O arguente afirma tratar-se de ato normativo geral e abstrato e requer a confirmação de interpretação e aplicação do dispositivo questionado *"à luz dos preceitos e princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal"*, de modo a possibilitar a modificação dos efeitos e do alcance da anistia concedida pela referida lei, à semelhança da discussão alemã relacionada não à validade (*Geltung*), mas à qualidade da norma (*Rang der Norm*).

Assim, constata-se a inexistência de outra medida judicial de controle de constitucionalidade eficaz, o que comprova o cabimento da arguição de descumprimento.

Além disso, o arguente afirma tratar-se de arguição de descumprimento *"incidental"* e assevera ser relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a interpretação do dispositivo impugnado, anterior à Constituição de 1988, conforme se colhe, por exemplo, da transcrição de diversas reportagens e manifestações de doutrinadores e de agentes políticos sobre o tema.

A Advocacia-Geral da União requer o não conhecimento da presente ação neste ponto, por não ter sido demonstrada

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

controvérsia judicial alguma referente à ADPF "incidental", que seria necessária para caracterizar a relevância exigida pela Lei n.° 9.882/99 neste caso.

A Procuradoria-Geral da República, de forma diversa, reforça as alegações do arguente e refuta a manifestação da AGU, na medida em que: seria desnecessária a comprovação de controvérsia judicial no presente caso; não se trataria de modalidade incidental; e estaria comprovada a relevância do fundamento da controvérsia constitucional.

Ao se interpretar o artigo 1° da Lei n.° 9.882/99, em que se apontam o objeto e os parâmetros de controle da ADPF, não se exige expressamente a alegada necessidade de comprovação de controvérsia judicial da questão, nem se evidencia a necessidade de definição de uma modalidade autônoma ou incidental (ainda que parte da doutrina assim o faça). Neste último caso, ainda que assim o fosse, diante do princípio da fungibilidade, não haveria óbice, em princípio, em se conhecer como "autônoma" eventual ADPF ajuizada nominalmente como "incidental".

O que se ressalta, contudo, é a necessidade de se evitar ou de se reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1ª. *caput*), bem como de se demonstrar a relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Da análise do conjunto de razões apresentadas pelo arguente em sua petição inicial, complementada pela análise das manifestações da AGU e da Procuradoria-Geral da República, constata-se a existência de questão constitucional relevante, por

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

envolver a interpretação sistêmica do conteúdo normativo de importantes preceitos fundamentais que conflitariam com o dispositivo impugnado da Lei de Anistia, tais como o preceito fundamental da isonomia jurídica (art. 5°, caput e inciso XXXIX); do princípio democrático e republicano (art. 1°, *caput*); e da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III).

Começo por ressaltar que a lesão a preceito fundamental não se configura apenas quando se verifica possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confiram densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Ao mesmo tempo, colhe-se da própria manifestação da AGU e da PGR a informação de atual e notória controvérsia, no âmbito dos Ministérios da Justiça e da Defesa,quanto à interpretação e à aplicação do dispositivo impugnado, a evidenciar a existência de um estado institucional de incerteza interpretativa em relação à legitimidade do dispositivo legal impugnado, o que não se reduz a uma mera controvérsia doutrinária.

Nesse sentido, no mínimo, constata-se relevante controvérsia jurídica, ainda que não demonstrada na inicial a controvérsia judicial, na medida em que se fomentam posicionamentos conflitantes do Poder Público na interpretação do dispositivo impugnado, os quais repercutem negativamente não só na garantia de segurança jurídica dos cidadãos direta e indiretamente envolvidos com a concessão de anistia, mas também no âmbito jurídico e político-institucional do Estado e da sociedade brasileira.

O contexto da referida discussão evidencia a complexidade

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, que são, num só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.

É inequívoca, pois, a relevância constitucional da controvérsia submetida a esta Corte, quanto à ofensa aos referidos preceitos fundamentais da Constituição, que, inevitavelmente, devem ser considerados na interpretação do dispositivo impugnado. Dessa forma, há o envolvimento de preceitos fundamentais de enunciação expressa na Constituição, bem como uma repercussão jurídica evidente na sociedade e no âmbito do Poder Público, no tocante às diferentes posições interpretativas decorrentes do art. 1°, §1°, da Lei n.° 6.683/79, adotadas em declarações institucionais oficiais de distintos Ministérios.

Também não prospera a preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União no sentido do não cabimento da presente ação de descumprimento de preceito fundamental, em virtude do suposto exaurimento da eficácia do dispositivo legal impugnado.

Em verdade, verifica-se que o dispositivo impugnado, não obstante se referir a atos pretéritos (crimes políticos e conexos praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979), revela-se apto à produção de efeitos válidos até os dias atuais, tendo em vista que impõe óbice à persecução penal relativamente às condutas delitivas a que faz menção.

Dessarte, toda e qualquer tentativa de imputação penal relativa aos mencionados delitos será obstada, ainda hoje, pela incidência da Lei n.° 6.683/1979.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

Essa assertiva é corroborada pelo parecer do Procurador-Geral da República, que, sobre o tema, assim se manifestou:

> A Lei n.º 6.683/79 tem por objeto a anistia relativa a *crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais* e infrações punidas *com fundamento em Atos Institucionais e Complementares* (art. 1º). Não é a vigência da lei que está condicionada a determinado período, e sim seu objeto. Sempre que se discutirem fatos supostamente tipificados como *crimes políticos ou conexos com estes} crimes eleitorais* e infrações punidas *com fundamento em Atos Institucionais e Complementares,* acontecidos *no período compreendido entre 2 de setembro de* 1961 *e* 15 *de agosto de 1979,*
> incidirá a Lei n.º 6.683/1979. Não se confunde, portanto, o tempo em que os crimes e infrações referidos pela Lei nº 6.683/1979 foram cometidos (um tempo expressamente determinado pela própria lei), com o tempo de vigência da Lei n.º 6.683/79 (vigência indeterminada, conforme o regime ordinário das leis, de acordo com o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil-Decreto-Lei n.º 4.657/1942).

Ademais, mesmo que se considerasse norma de eficácia temporária o art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei n.º 6.683/1979, esse fato não seria óbice ao conhecimento da presente ação, haja vista que a ação de descumprimento de preceito fundamental, diversamente do que ocorre com os demais processos objetivos de controle abstrato de constitucionalidade, **pode ter por objeto direito revogado ou que tenha tido a sua eficácia exaurida no tempo, desde que subsista interesse jurídico no pronunciamento judicial.**

Nesse sentido, não se pode olvidar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi criada com o intuito de complementar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ADI e ADC) - caso das leis pré-constitucionais já revogadas ou de eficácia exaurida - tornaram-se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

suscetíveis de apreciação no âmbito dessa nova modalidade de processo objetivo.

No caso em apreço, consoante anteriormente afirmado, não há dúvida quanto à existência de interesse jurídico na solução da controvérsia constitucional, tendo em vista, inclusive, a divergência existente no âmbito do próprio Poder Executivo Federal acerca da correta interpretação do mencionado dispositivo legal. Ademais, nenhum outro mecanismo revelar-se-ia apto a solver a controvérsia constitucional de forma ampla, geral e imediata.

No tocante à preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União, segundo a qual o autor careceria de interesse de agir, em virtude do fato de que os crimes já estariam prescritos, cumpre salientar, inicialmente, que não se exige, no direito brasileiro, a demonstração do interesse jurídico específico como pressuposto da instauração de controle concentrado de normas.

Registre-se que esse entendimento foi adotado por esta Corte, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, quando se ressaltou que a representação de inconstitucionalidade não era uma ação no sentido clássico, mas um instituto de natureza política (cf. voto do Ministro Aliomar Baleeiro, Rp. 700, Rel. Amaral Santos, *RTJ*, 45:690).

Em 3 de fevereiro de 1986, ressaltou o Tribunal, uma vez mais, a natureza política do controle abstrato de normas. O processo judicial deveria, por isso, ser considerado simples forma (cf. Embargos na Rp. 1.092, Rel. Djacir Falcão, *RTJ*, 117:921 (952)). Essa orientação tornou-se ainda mais nítida no acórdão de 18 de maio de 1988. O Supremo Tribunal ressaltou a objetividade

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

desse processo, que não conhece partes e outorga ao Tribunal um instrumento político de controle de normas (cf. Rp. 1.405, Rel. Moreira Alves, *RTJ*, 395:415 e s.).

Desde então, afigura-se pacífico o entendimento sobre a natureza do controle concentrado de normas como controle objetivo, para cuja instauração parece suficiente a existência de um interesse público de controle.

A outorga do direito de propositura a diferentes órgãos estatais e a organizações sociais ressalta o caráter objetivo do controle concentrado de normas, uma vez que o autor não alega a existência de lesão a direitos, próprios ou alheios, atuando como representante do interesse público.

Desse modo, evidencia-se a finalidade imediata dessas ações, consubstanciada na defesa da ordem constitucional, de sua integridade e eficácia, e não de interesses particulares ou específicos.

Nesse contexto, a suposta prescrição das condutas delitivas a que se refere a Lei n.° 6.683/1979 em nada interfere na apreciação desta ação de descumprimento de preceito fundamental, que tem por objeto, em verdade, a aferição da compatibilidade com o texto constitucional de interpretação que fora atribuída a dispositivo do referido diploma legal.

Como bem ressaltado pelo Procurador-Geral da República, "a matéria da prescrição não prejudica a apreciação da ADPF. Ao contrário, apenas se ultrapassada a controvérsia sobre a previsão

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
S T F 102.002

abstrata da anistia, é que se abrirá a oportunidade para a verificação da prescrição".

Em outras palavras, a ocorrência, ou não, da prescrição somente deverá ser analisada, caso a caso, se, e somente se, for declarada inconstitucional (ou não recepcionada) a referida interpretação do dispositivo constitucional.

Nestes autos, trata-se de solucionar controvérsia constitucional relevante - medida necessária à promoção da paz social e à garantia da segurança jurídica.

A última questão preliminar de não conhecimento se refere à alegação de que esta ação de descumprimento de preceito fundamental não deveria ser conhecida, em virtude da não impugnação, pelo autor, do art. 4°, § 1°, da Emenda Constitucional n.° 26/1985.

Segundo a Procuradoria-Geral da República, a "Emenda Constitucional n.° 26/85, embora tenha reafirmado genericamente a anistia instituída em 1979, pela Lei n.° 6.683, em favor dos autores de crimes políticos e anexos, não repetiu a norma diretamente questionada pelo arguente (§1° do art. 1° da lei)".

Não obstante tenha a chamada EC n.° 26/85 novamente previsto anistia para os autores de crimes políticos e conexos, ela não faz expressa menção aos crimes supostamente perpetrados pelos agentes públicos responsáveis pela repressão dos opositores ao regime (os quais, alega-se, teriam sido contemplados pelo mencionado art. 1°, § 1°, da Lei n.° 6.683).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

Indica-se como objeto expresso da presente ADPF norma infraconstitucional pré-constitucional e não, necessariamente, normas da Constituição pretérita.

Entretanto, a discussão referente à Emenda Constitucional n.º 26/85 e sua relação com o disposto no art. 1º, § 1º, da Lei n.º 6.683, em princípio, confunde-se com o próprio mérito desta arguição de descumprimento e deverá ser apreciada a seguir.

Portanto, evidenciada a adequação da solução da controvérsia por meio da presente ação, conheço desta arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3. ANÁLISE DO PEDIDO E DE SEUS FUNDAMENTOS

A tese levantada pelo Conselho Federal da OAB na presente ADPF é a de que o significado da expressão "crimes conexos", presente no § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, não abrangeria os crimes comuns - tais como a tortura, o estupro, o assassinato, etc. - cometidos pelos agentes públicos a serviço do regime militar. Consoante descrito na petição inicial, o arguente pede a esta Corte que "dê à Lei n.º 6.683, de 8 de agosto de 1979, uma interpretação conforme a 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)".

Em outros termos,a arguente defende que, entre os sentidos possíveis do texto do § 1º do art. 1º da Lei da Anistia, aquele que considera como crimes políticos anistiados alguns crimes comuns praticados pelos agentes governamentais seria

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

contrário a determinados preceitos fundamentais da Constituição de 1988.

Assim, traduzindo o pedido formulado nesta ADPF, é possível verificar que se trata, na verdade, de pedido de declaração de não recepção, pela Constituição de 1988, de um sentido normativo (uma norma) do texto do § 1° do art. 1° da Lei n.° 6.683/1979. Tem-se, no caso, o que tecnicamente se costuma denominar de declaração de inconstitucionalidade (ou de não recepção) sem redução de texto.

Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação* do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal.

O pedido do arguente, portanto, deve ser entendido dessa perspectiva. Há um claro pedido de restrição do âmbito de aplicação do art. 1°, e seu parágrafo primeiro, da Lei n.° 6.683/1979.

Assim, a questão reside em saber se esse tipo de delimitação do domínio normativo do referido dispositivo é compatível com os fundamentos da ordem Constitucional de 1988.

Passemos então à análise dessa questão.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

3.1. O CARÁTER POLÍTICO DA ANISTIA

O principal fundamento do pedido do Conselho Federal da OAB é que os crimes comuns cometidos pelos agentes públicos a serviço do regime militar não se afigurariam conexos aos crimes políticos ou àqueles cometidos com motivação política.

Antes de tratar desse ponto específico da fundamentação do arguente, abra-se parêntese para ressaltar que esta Corte, no recente julgamento do caso Cesare Battisti (EXT 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 16.4.2010), discutiu justamente a respeito da dificuldade teórica e prática de se definir o que seja crime político e de distingui-lo de crimes comuns conexos ou cometidos com motivação política.

Mas a questão não reside na conceituação do que seja crime político, e sim na própria característica do ato de anistia.

Dessarte, a anistia é ato revestido de caráter eminentemente político e sua amplitude é definida de forma política. A competência extraordinária do Congresso Nacional para conceder anistia foi inaugurada pela Constituição de 1891 (art. 34), a nossa primeira Constituição Republicana. No tocante ao tema da anistia, lembro as lições de JOÃO BARBALHO, em comentários ao art. 34, 27, da Constituição de 1891:

> "Decretando anistia, o Congresso Nacional exerce atribuição sua privativa, de **caráter eminentemente político**, e **nenhum dos outros ramos do poder público tem autoridade para entrar na apreciação da justiça ou conveniência e motivos da lei promulgada consagrando tal medida**, que é um ato solene de clemência autorizada por motivos de ordem superior." (CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Brasília: Senado Federal; 2002, p. 133).

Em razão desse caráter eminentemente político da anistia, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, já teve a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF - 102.002

oportunidade de deixar consignado o entendimento segundo o qual o Congresso Nacional pode conceder anistia a seus próprios membros. Entender o contrário seria negar qualquer eficácia ao art. 48, inciso VIII, da Constituição. Assim ocorreu no julgamento da ADI n.º 2.306 (Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 31.10.2002), no qual foi reafirmada a competência do Congresso Nacional para conceder anistia, inclusive a seus membros. Cite-se, ainda, no mesmo sentido, o julgamento da ADI n.º 1.231, Rel. Min. Carlos Velloso.

Não obstante essas considerações, o ponto fundamental a ser levado em conta é o fato de que a anistia ampla e geral representa o resultado de um compromisso constitucional que tornou possível a própria fundação e a construção da ordem constitucional de 1988.

3.2. PODER CONSTITUINTE E COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS QUE FUNDAM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

É preciso atentar para a peculiaridade do movimento que levou ao processo de anistia e, posteriormente, a esse nosso processo de redemocratização. Chamo a atenção - e isso é um pouco lugar-comum na literatura do constitucionalismo universal - para o fato de que talvez os modelos a que nos aferramos (principalmente esse modelo dualista ou binômio entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado) estejam, na prática, sendo superados por soluções de compromisso, as quais abrem espaço para transações políticas que levam a uma determinada solução.

Nos dias recentes, estamos a acompanhar, no plano internacional, a grave crise que está a envolver o Judiciário espanhol, com o Juiz Baltazar Garzón, suspenso cautelarmente de suas funções na Espanha por investigar crimes anistiados. E, de alguma forma, é esse o debate que se coloca: se, ao investigar os

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

crimes anteriores do regime franquista, não teria ele rompido com os seus deveres de juiz, isto é, não teria prevaricado. Desse modo, colocando em xeque esse modelo de pacto ou de compromisso que as Constituições (e, neste caso também, a Constituição espanhola de 1978) traduzem. No nosso caso específico, a própria Ordem dos Advogados do Brasil, e disse isso com tintas muito fortes o Ministro Eros Grau, foi uma protagonista da construção desta solução.

Lembro-me de que, ainda jovem estudante de Direito, participei daquele célebre Congresso da Ordem dos Advogados do Brasil, de Curitiba, em 1977. Ali pontificava nada mais nada menos do que a célebre figura de Raimundo Faoro, que conduzia o país rumo a uma conciliação. Recordo-me das discussões sobre o modelo de anistia, as discussões, por exemplo, sobre estado de defesa. Lembro-me também de que o nosso saudoso colega Oscar Corrêa apresentou, naquele congresso, talvez o primeiro estudo sobre o estado de emergência, o estado de defesa (cf. CORRÊA, Oscar Dias. *A Defesa do Estado de Direito e a Emergência Constitucional*. Rio de Janeiro: presença, 1980). E houve muitas dificuldades para apresentá-lo, porque muitos advogados, naquele momento de clamor por democracia, entendiam que a proposta constituía a manifestação de um autoritarismo, ou aquilo estava a se traduzir numa positivação de uma postura autoritária.

Quem hoje puder ler o trabalho do Konrad Hesse sobre *"A força normativa da Constituição"* verá que entendia carecer a Constituição Alemã de força normativa, por não conter, naquele momento, elementos de um modelo de estado de defesa, de estado de emergência. E, por isso, dependia, para situações especiais, da tutela do sistema oferecido pelos aliados.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

Portanto, Oscar Corrêa percebia a delicadeza desse momento. E Faoro fez enfática defesa da tese sustentada por Oscar Corrêa, ressaltando que ele estava a defender, na verdade, uma solução constitucional adequada. As Constituições precisavam ter elementos mínimos de defesa para não caírem no princípio de necessidade, de que fala Konrad Hesse. Konrad Hesse chama atenção exatamente para esse aspecto. Se as Constituições não regulam o estado de necessidade, este acabará por se impor de qualquer forma. A expressão em alemão é "*Not kennt kein Gebot*": necessidade não conhece princípio, dizia Hesse. Daí a sua defesa enfática para que o texto constitucional contemple uma disciplina adequada do estado de necessidade ou do estado de emergência (cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24-27).

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 Assembléia Nacional Constituinte, que promulgou a Constituição ora vigente.

A nova ordem constitucional pode ser compreendida como resultado de um pacto firmado entre forças plurais e, de alguma forma, antagônicas, o que lhe dá a natureza de *Constituição Compromisso*, encartada no grupo das Cartas ocidentais que foram geradas após períodos de crise, como foi o caso da Constituição portuguesa de 1830. (cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da COnstituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 147-151)

Não é por outra razão que a crise que gerou o movimento de unificação dos Estados Nacionais adveio das guerras religiosas,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

cuja superação alterou a esfera de legitimidade do poder e permitiu a criação das pré-condições para a busca futura de legitimidade não mais na força, mas na Constituição. A superação do estado de beligerância acompanha a história das sociedades ocidentais e está presente, na qualidade de objetivo, de todas as ordens constitucionais pactuadas.

O período de ditadura militar no Brasil gerou diversas lutas internas, e o exame das situações ocorridas naquele momento histórico permite constatar a existência de grupos contrapostos, uns a serviço do Estado, que se legitimava de maneira formal, e outros a serviço de núcleos paraestatais que exerciam posicionamentos políticos divergentes da linha política adotada pelo Estado brasileiro, controlado por militares.

A simples análise dos fatos que ocorreram durante o período deixa claro que a força do Estado subjugou e oprimiu a sociedade civil, que se organizava, da forma como podia, para se contrapor ao regime de exceção.

A contraposição ideológica permitiu a realização de diversas agressões, que se constituíram em fatos típicos criminais, praticados, de um lado, pelo Estado forte e monopolizador do aparelho organizatório e, de outro, por núcleos de cidadãos ideologicamente contrários.

Não obstante o desnível de potencialidade ofensiva exercida durante os tempos de beligerância, é preciso observar que tanto houve agressões praticadas pelo Estado, por meio de seus agentes repressores, quanto por intermédio de cidadãos organizados politicamente, em derredor de um direcionamento político.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

Sequestros, torturas e homicídios foram praticados de parte a parte, muito embora se possa reconhecer que, quantitativamente, mais atos ilícitos foram realizados pelo Estado e seus diversos agentes, do que pelos militantes opositores do Estado.

Embora seja razoável admitir que a grande maioria das ofensas foi praticada pelos militares, não é razoável introduzir, no campo da análise política e no campo das definições jurídicas, compreensões morais acerca da natureza justificadora da violência.

Não é possível conferir a ilicitude criminal a alguns atos e, ao mesmo tempo, reconhecer que outros de igual repercussão possuem natureza distinta e podem ser justificados em razão do objetivo político ideológico que os geraram. Não é juridicamente razoável compreender que o objetivo moralmente considerado define a juridicidade da ação, fazendo com que outros atos - com motor condutor diverso - deixem de ser admitidos em razão da diversidade de escopo.

Assim, a perspectiva ideológica não justifica o cometimento de atrocidades como sequestros, torturas e homicídios cruéis. Ademais, ainda que fosse possível justificá-las - e não é possível -, é certo que muitos dos que recorreram a estes delitos não buscavam a normalidade democrática, mas a defender sistemas políticos autoritários, seja para manter o regime de exceção, seja para instalar novas formas de administração de cunho totalitário, com bases stalinistas, castristas ou maoístas. É notório que, em muitos casos, os autores desses tipos de crimes violentos pretendiam estabelecer sistema de governo totalitário, inclusive com apoio, financiamento e treinamento concedidos por ditaduras estrangeiras.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

Demais disso, as compreensões morais possuem uma relatividade natural, e é própria de sua natureza a ausência de universalidade de seus juízos particulares. Apenas uma análise normativa é apta a qualificar os atos praticados pelo Estado repressor e pelos movimentos opositores. Essa observação jurídica permite a aplicação dos conceitos de crime político e de crime comum, trazendo à baila conceitos normatizados e inseridos na ordem jurídica, aptos ao enfrentamento da questão.

O fortalecimento da Democracia enquanto regime se dá na sua capacidade de resolver os conflitos. E um dos instrumentos de fortalecimento desse ideário é exatamente a formação de uma Constituição pactuada, que proceda à superação de determinado momento crítico.

Saliento aqui a importância de homenagear as pessoas que acreditaram na política como o caminho para a superação de impasses, guiando, por meio de uma atuação segura e constante, o nosso "processo de abertura".

Entre aqueles que optaram pelas vias institucionais para lutar pela democracia, destaco, ainda, Raymundo Faoro, que, como Presidente do Conselho Federal da OAB, desempenhou um papel fundamental para o fim do AI-5, o que, à custa de muitas vitórias e derrotas, finalmente aconteceria em dezembro de 1978.

Uma abertura conquistada por meio do embate político e marcada por vitórias, como a das eleições de 1974, em que o MDB conquista 59% dos votos para o Senado, 48% para a Câmara dos Deputados, e a prefeitura da maioria das grandes cidades; marcada, também, por duros golpes, como quando, em abril de 1977, foi editado o "Pacote de Abril" - composto por uma emenda

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF - 102.002

constitucional e seis decretos-leis -, que, entre outras medidas, fechava temporariamente o Congresso Nacional, determinava que um terço dos senadores não mais seria eleito por voto direto, mas, sim, indicado pelo presidente da República, estabelecia a manutenção de eleições indiretas para governador e a diminuição da representação dos estados mais populosos no Congresso Nacional. Enfim, uma abertura marcada por uma árdua luta política para que o AI-5 finalmente chegasse ao fim, dando início à redemocratização do país.

O regime de exceção, no entanto, só se encerraria realmente em 1985, com a aprovação da Emenda Constitucional (EC 26/85), que permitiria a realização da Assembléia Nacional Constituinte, e com a promulgação, em 5 de outubro de 1988, da chamada "Constituição Cidadã".

Neste momento é importante destacar o trabalho realizado por nossas lideranças políticas, especialmente por nossos parlamentares, na construção desse processo constituinte complexo, que resultou na Constituição de 1988.

Têm caído no esquecimento aqueles que, fazendo das palavras as suas armas, travaram, por meio do diálogo, o combate na árdua luta parlamentar. Pessoas que tinham um compromisso, acima de tudo, com a implantação da democracia. Vencedoras que foram, neste momento em que lembramos os 40 anos do Ato Institucional n. 5, neste ano em que também celebramos 22 anos da Constituição de 1988, essas pessoas devem ser devidamente homenageadas.

Independentemente das posições políticas, temos de

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

reconhecer que, graças aos avanços feitos por essas pessoas - não de armas, mas do diálogo -, podemos vivenciar nosso processo de evolução democrática, o que nos faz positivamente diferentes em relação aos nossos irmãos latino-americanos, que ainda hoje estão atolados num processo de refazimento institucional sem fim.

De outra sorte, o exemplo da África do Sul, que concedeu anistia ampla inclusive quanto aos horríveis crimes ocorridos sob o regime do *apartheid*, demonstra o valor deste instrumento na pacificação institucional.

A ideia de anistia, como integrante deste pacto político constitucionalizado, não pode ser tomada de forma restritiva - ao contrário -, perderia sentido a própria ideia de pacto, ou de constituição pactuada!

Aníbal Bruno lembra que o instituto não se destina propriamente a beneficiar pessoas especificamente, mas, sim, a apagar determinado delito, excluindo-se a punibilidade daqueles que o cometeram. É a sua natureza de instrumento global que lhe dá o tom, fazendo as vezes de elemento inserto em pactos específicos travados em sociedade (BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Tomo 3°. 3ªed. Forense: São Paulo, p. 202-203).

No caso em tela, a anistia serviu de instrumento à Constituição pactuada, apresentando-se como meio de superação da dicotomia amigo/inimigo que havia sido potencializada no período de crise precedente.

3.3. ANISTIA AMPLA E GERAL

A anistia não teria o alcance que lhe deu o legislador nem o alcance que pretendeu conferir a ela o constituinte de 1985-

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

ST-Plenário

1988, se fosse o caso de nós a aceitarmos fracionada, mitigada, retalhada.

A anistia ampla e geral, insculpida na lei 6.683/1979, é abrangente o bastante para abarcar todas as posições político-ideológicas existentes na contraposição amigo/inimigo estabelecidas no regime político precedente, não havendo qualquer incompatibilidade da sua amplitude, ínsita ao parágrafo primeiro do artigo primeiro, com a Constituição pactuada de 1988.

Ao revés, a amplitude do processo de anistia é ínsita ao conteúdo pactual do próprio texto, não se afigurando incompatível com a ordem constitucional vigente.

E, no que se refere à amplitude da anistia concedida pela Lei n.º 6.683/1979, ressalte-se que o próprio arguente sustentou ativamente e zelou pela amplíssima abrangência, à época das discussões legislativas.

Com efeito, em parecer apresentado pelo então Conselheiro Federal José Paulo Sepúlveda Pertence, aprovado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na sessão plenária de 24 de julho de 1979, a crítica do arguente ao então projeto de lei procurava estender ainda mais o âmbito da anistia. Na oportunidade, destacou o mencionado parecer:

> "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 á 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 mesquinharia das discriminações e ressalvas que apequenam, desfiguram e desqualificam a proposição governamental.
>
> (...)

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

04. Mais que a forma de lei (que decorre de sua essência, mas com ela não se confunde), o que caracteriza a anistia é sua *objetividade*. Isso sabidamente significa, como se lê, por exemplo, em Aníbal 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 conseqüência, ficam excluídas de punição os que o cometerem*'. A ideia já estava presente no célebre arrazoado de Rui Barbosa (in Comentário 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 conseqüência 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 lei nova que deixou de considerar o fato como crime*'.

(...)

14. Ora, não há objeção retórica que possa obscurecer que a amplitude, com a qual o mencionado § 1° 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 á 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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

> 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 escalõ9es do poder - que uma eventual persecução penal dos seus executores materiais poderá vir a ganhar certo colorido de farisaísmo.
>
> (...)
>
> 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." (Processo CP 2164/79, Relator Conselheiro José Paulo Sepúlveda Pertence).

Ressalte-se que esse parecer, aprovado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, foi encaminhado ao Senador Luiz Viana Filho, em ofício de 15.8.1979, pelo então presidente do Conselho Federal, Dr. Eduardo Seabra Fagundes.

Na mesma data, 15 de agosto de 1979, o Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) à época, Dr. Reginaldo de Souza Aguiar, remeteu o parecer de autoria do Dr. Sérgio Tostes, aprovado por unanimidade do Plenário do IAB, em 30 de maio de 1979. O resumo final do parecer afirmou:

> "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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

praticaram os atos políticos contrários a uma orientação então prevalecente. 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 gradação ou consideração da natureza do ato político. Significa esquecer o passado e viver o presente, com vistas para o futuro."

Esse entendimento voltou a ser destacado pelo Min. Sepúlveda Pertence em recente entrevista concedida à revista Carta Maior, que consiste em verdadeiro depoimento histórico:

"**Carta Maior:** *Qual sua opinião sobre a "acusação" de revanchismo, levantada pelos adversários da proposta de criação de uma Comissão da Verdade para avaliar fatos ocorridos durante a ditadura?*
Sepúlveda Pertence: Para cuidar do tema da pergunta, é preciso, de início, desfazer a confusão -, difundida largamente por veículos da grande imprensa -, entre ela - a proposta, desenvolvida no PNDH-3, de criação da Comissão Nacional da Verdade, destinada, não a 'avaliar', mas, sim à reconstituição histórica dos anos de chumbo - e a suposta pretensão de rever os termos da concessão da anistia pela Lei 6.683, de 1979, de modo a excluir do seu alcance os abusos criminosos cometidos na repressão, aos crimes políticos dos adversários da ditadura militar, conforme a odienta Lei de Segurança Nacional.
(...)

Fui no entanto, modesto participe e testemunha privilegiada da luta pela anistia.

Relator, no Conselho Federal, da manifestação unânime da OAB sobre o projeto de lei da anistia - reivindicação pioneira da Ordem - afinal extraído do governo do General Figueiredo, nada tenho a alterar no parecer que então submeti aos meus pares

No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o § 1º do art. 1º, que, definindo, com amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos 'porões do regime' -, como então se dizia - pelos agentes civis e militares da repressão.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

Meu parecer reconheceu abertamente que esse era o significado inequívoco do dispositivo. E sem alimentar esperanças vãs de que pudesse ele ser eliminado pelo Congresso, concentrava a impugnação ao projeto governamental no § 2° do art. 1°, que excluía da anistia os já condenados por atos de violência contra o regime autoritário.

A circunstância me transformou em assessor informal, na companhia de Raphael de Almeida Magalhães, do ícone da campanha da anistia, o indomável Senador Teotônio Vilela. Teotônio foi um tipo singular daqueles tempos, que a incurável amnésia histórica dos Brasileiros começa a esquecer.

Acompanhei, por isso, cada passo da tramitação legislativa do projeto, pois Teotônio presidiu a comissão especial que o discutiu.

É expressivo recordar que, no curso de todo processo legislativo - que constituiu um marco incomum de intenso debate parlamentar sobre um projeto dos governos militares -, nenhuma voz se tenha levantado para pôr em dúvida a interpretação de que o art.1°, § 1°, se aprovado, como foi, implicava a anistia da tortura praticada e dos assassínios perpetrados por servidores públicos, sobre o manto da imunidade de fato do regime de arbítrio. O que houve foram propostas de emenda - não muitas, porque de antemão condenado à derrota sumária - para excluir da anistia os torturadores e os assassinos da repressão desenfreada.

É que - na linha do parecer que redigira, e que a Ordem, sem discrepância, aprovara -, também no Congresso Nacional, a batalha efetivamente se concentrou na ampliação da anistia, de modo a retirar do projeto governamental, a execrável regra de exclusão dos já condenados por ações violentas de oposição à ditadura. Exclusão tão mais odiosa na medida em que - contrariando o caráter objetivo do conceito de anistia - discriminava entre agentes do mesmo fato, conforme já estivessem ou não condenados.

A orientação de Teotônio - que Raphael e eu municiávamos - foi espargir emendas para todos os gostos, até identificar uma, de aprovação viável.
A eleita - pelo conteúdo e pela respeitabilidade do subscritor, o Deputado Djalma Marinho - um ex-udenista que continuou fiel ao discurso libertário da UDN: nela além de suprimir a odiosa regra de exclusão do §2°, ampliava-se o raio de compreensão do § 1°, de modo a tornar indiscutível que a anistia - malgrado beneficiasse os torturadores também alcançaria que a linguagem oficial rotulava de 'terroristas', já condenados ou não.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

A Emenda Djalma Marinho - sustentada pelo discurso candente de Teotônio - contra toda força ainda esmagadora do governo autoritário -, dividiu literalmente a Câmara dos Deputados: foi rejeitada por 206 contra 202 votos!

A derrota sofrida no processo legislativo se converteu em vitória, vinda de onde menos se esperava: à base do princípio da igualdade, o Superior Tribunal Militar estendeu aos já condenados a anistia concedida aos acusados, mas ainda não julgados, dos mesmos crimes políticos.

Desculpem-me pelo tom de antecipadas 'memórias póstumas' deste depoimento.

Se não pude evitá-lo, é por que a minha convicção jurídica continua a mesma do parecer apresentado à Ordem, em 1979: não obstante toda nossa repulsa à tortura estatal, os torturadores foram, sim, anistiados pela lei de 1979.

E lei de anistia é essencialmente irreversível, porque implica, na lição dos mestres, tornar não criminosos atos criminosos ao tempo de sua prática. E, por isso, sua eficácia jurídica se exaure e se faz definitiva, no momento mesmo em que entra em vigor.

É certo que a anistia se restringe a elidir caracterização penal do fato. Resta íntegra, quando se refere à ação de agentes públicos, a responsabilidade patrimonial do Estado pelos danos causados aos cidadãos. Mas essa, a responsabilidade civil - cujos efeitos a prescrição quinquenal poderia extinguir - as leis editadas sob o governo Fernando Henrique reassumiu.

Li e reli, com a veneração intelectual e o respeito pessoal por seu redator, o amigo Fábio Konder Comparato, a petição da OAB de hoje, de retratação da posição assumida em 1979. Mas dela não me convenci.

Não superei a impressão inicial de que a maestria do autor não logrou livrar a tese do pecado do anacronismo: ela pretende reler, à luz da Constituição de hoje, que fez da tortura crime 'insusceptível de graça e anistia', e de convenções internacionais que ditam a sua imprescritibilidade, a inequívoca interpretação de uma lei de 1979, editada sob a égide do autoritarismo da Carta de 1969, outorgada pela junta militar que assaltara o Poder. Para aceitar a tese, de minha parte, teria de repudiar convicções acendradas.

Por outro lado, hoje, é cômodo tachar de 'posição imediatista e visão curta sobre direitos humanos' - como está em

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

> importante revista da semana o parecer que - submeti à OAB, em 1979, e que o Conselho Federal acolheu por unanimidade: afinal, hoje, não se tem presos políticos a libertar, nem processos a trancar, preocupações inadiáveis para os que então lutávamos pela anistia. E o crítico feroz de agora sequer fora escorraçado dos quadros da magistratura que - é justo dizê-lo - exerceu com brilho e dignidade."E la nave và"..." (Carta Maior, edição de 18.1.2010,http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16339)

Esse verdadeiro depoimento de "testemunha privilegiada" expõe com precisão a abrangência da anistia concedida pela Lei n.º 6.683/1979. Outra não foi a conclusão do então Senador Paulo Brossard - que posteriormente teve assento neste Supremo Tribunal Federal -, em famoso e irônico discurso proferido em 17 de março de 1981:

> "Inequivocamente ilegal terá sido o ato da autoridade que consistiu em maltratar pessoa presa, não importa o delito a ela imputado, ou a prova contra ela acumulada, qualquer que tenham sido as circunstâncias; e anistiada que tenha sido a autoridade, violenta ou cruel, pela forma amplíssima dos 'crimes conexos', assim entendidos os 'de qualquer natureza' simplesmente porque relacionados com crimes políticos, ou porque praticados por motivos políticos, essa autoridade terá se livrado da responsabilidade criminal, mas não estará exonerada e muito menos isenta de reparar o dano que tenha causado à vítima da violência ou crueldade.
>
> (...)
>
> Estejam tranqüilos os torturadores, O caráter bilateral da anistia os beneficiou: estão eles a salvo da lei penal pelos crimes que tenham cometido. O fato da tortura, porém, é inapagável. É uma nódoa histórica que a anistia desgraçadamente não apaga. Antes apagasse."

Na lição de Aníbal Bruno, a anistia é a forma de indulgência estatal mais enérgica e de mais amplas consequências jurídicas:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

S T F 102.002

> "Ela não se limita a excluir a pena, extingue o próprio crime e com ele todos seus efeitos penais. (...)
>
> É uma medida de interesse público, motivada, de ordinário, por considerações de ordem política, inspiradas na necessidade da paz social. Dirige-se propriamente a determinados fatos, não a determinados indivíduos. Dela se aproveitarão todos aqueles que tenham participado de tais acontecimentos, salvo os que dela tenham sido excluídos, geralmente por circunstâncias particulares que agravam a sua situação em face do Direito. Em suma, a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime, e, em conseqüência, ficam excluídos de punição aqueles que o cometeram.
>
> (...) Visa, como diziam os antigos, ao esquecimento desses fatos no que eles representam" (BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Tomo 3°. 3ªed. Forense: São Paulo, p. 202-203)

Daí que, "uma vez concedida, não pode ser revogada". Mesmo a imposição de condições deve se esgotar e consumir-se na anistia, "porque então já o próprio crime cessou de existir e nada pode ser admitido, do ponto de vista penal, que venha recordá-lo". (BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Tomo 3°. 3ªed. Forense: São Paulo, p. 203-204).

Frise-se que este contexto especialmente amplo acabou por ser demonstrado pelos próprios valores empregados na reparação dos anistiados. Com efeito, segundo dados do SIAFI, de 2003 a 2010, a União gastou mais de 2,8 bilhões de reais em indenizações e pensões aos anistiados. Este valor coloca, provavelmente, o Brasil entre as nações que mais reparações ofereceram a anistiados políticos.

Aqui faço um parêntese para ressaltar que não tem curso a tese - e o Ministro Eros Grau o demonstrou muito bem - da imprescritibilidade em razão de tratados que vieram a ser subscritos posteriormente. Inclusive, diferentemente do que ocorre

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

em outros países, a jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que as normas sobre prescrição são normas de Direito material. Portanto, se houver uma alteração para tornar os crimes imprescritíveis, como ocorreu na Alemanha pós-nazismo, ela não se aplica aos crimes já praticados. Nós temos uma farta jurisprudência a propósito desse tema. (e.g. AI-AgR 139.004, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, *DJ* 2.2.1996; AI-AgR 208124, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, *DJ* 5.6.1998; AI-AgR 137.195, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, *DJ* 17.5.1996).

3.4. A EC N.º 26, DE 1985

Chamo a atenção para outro aspecto - sobre o qual falarei brevemente: parte dessa desejada ampliação da anistia vai se consumar, como foi destacado no voto do Ministro Eros Grau, com a Emenda n.º 26/1985.

Antes de avançar, faço um registro histórico. Quando nós falamos dessa fase histórica e importante do Brasil e mencionamos nomes como esses - José Paulo Sepúlveda Pertence, Teotônio Villela, Djalma Marinho e Paulo Brossard -, estamos a falar de pessoas que souberam construir uma solução política para um problema político grave, gravíssimo, por meio de atuação política no sentido exato dos termos.

Entre aqueles que optaram pelas vias institucionais para lutar pela democracia, já foi destacada aqui a figura de Faoro, como Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, que desempenhou papel fundamental para o fim do AI-5, contando também, do lado governamental, com parcerias institucionais importantes, como a de Petrônio Portela e outras figuras da oposição e do Governo.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF - 182.862

Todo esse processo, que tem como marca já o resultado das eleições de 1974, contou com a participação ativa de brasileiros ilustres atuando na esfera política.

Talvez o Brasil seja devedor - seguindo um pouco as considerações de José Paulo - das pessoas que travaram a luta, pela via pacífica, e que acreditaram, inclusive, na via parlamentar. Muitos foram cassados. Lembro-me do meu tempo de estudante, de Lysâneas Maciel, Alencar Furtado, e de tantos outros nomes que podem ser referidos por conta da atuação como parlamentares. Pessoas que travaram essa luta e que conseguiram - porque nós não temos, talvez, tido a exata dimensão, a partir dessas várias conquistas que culminam na Constituição de 1988 - produzir um modelo de democracia estável.

O Brasil é devedor desses companheiros, não das armas, mas da política, especialmente da política parlamentar, daqueles que realmente acreditaram na via do diálogo e na política como forma de construir soluções para impasses seriíssimos - e nós não temos feito essa devida homenagem.

José Paulo Sepúlveda Pertence lembrava isso em relação a Teotônio Vilela. Mas são tantas as figuras, em todos os partidos, em todos os quadrantes partidários, que se esforçaram para encontrar uma solução institucional que iria ter o seu desate, o seu desenho, no Governo Sarney, com a Emenda Constitucional n.° 26, que, conforme todos sabem, é de elaboração, de autoria intelectual de outro notável jurista e político, Célio Borja, que é um dos autores desse texto que resulta na Emenda n.° 26.

Nesse contexto, não se pode olvidar que a EC n.° 26, de 1985, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte e deu início ao processo constituinte, incorporou a anistia, expressamente em

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068
STF 102.002

seu art. 4°, como um dos pressupostos de possibilidade da construção da nova ordem constitucional. Assim dispôs o art. 4° dessa Emenda:

> Art. 4° É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.
>
> § 1° 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.
>
> § 2° 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.
>
> § 3° Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.
>
> § 4° A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado.
>
> § 5° O disposto no "caput" deste artigo somente gera efeitos financeiros a partir da promulgação da presente Emenda, vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo.
>
> § 6° Excluem-se das presentes disposições os servidores civis ou militares que já se encontravam aposentados, na reserva ou reformados, quando atingidos pelas medidas constantes do "caput" deste artigo.
>
> § 7° Os dependentes dos servidores civis e militares abrangidos pelas disposições deste artigo já falecidos farão jus ás vantagens pecuniárias da pensão correspondente ao cargo, função, emprego, posto ou graduação que teria sido assegurado a cada beneficiário da anistia, até a data de sua morte, observada a legislação específica.
>
> § 8° A Administração Pública aplicará as disposições deste artigo, respeitadas as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis e militares, e observados os respectivos regimes jurídicos.

É bem verdade que não podemos falar, nos termos estritos da tradicional dogmática constitucional, na instauração de um

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.602

Poder Constituinte originário no Brasil em 1985. Houve, sim, um processo de transição constitucional e de fundação de uma nova ordem, mas que foi, do ponto de vista histórico-político, paulatinamente previsto e controlado pelas forças políticas e sociais dominantes à época.

A EC n.º 26, de 1985, constitui um peculiar ato constitucional, que não tem natureza própria de emenda constitucional. Em verdade, trata-se de um ato político que rompe com a Constituição anterior e, por isso, não pode dela fazer parte, formal ou materialmente. Ela traz as novas bases para a construção de outra ordem constitucional.

Se fizermos uma análise rigorosa da EC n.º 26/85, do ponto de vista teórico, teremos então que revolver conceitos e concepções da dogmática constitucional quanto ao processo de revisão da Constituição.

Do prisma teórico, a questão foi seriamente contemplada por Carl Schmitt, no seu *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição). A problemática assentar-se-ia, segundo Schmitt, na distinção entre *constituinte (Verfassungsgeber = Schöpfer der Verfassung) e legislador constituinte (Verfassungsgezetzgeber = Gesetzgeber über die Verfassung)*. Schmitt enfatizava que a modificação de uma constituição não se confunde com sua abolição, acrescentando, com base no exemplo colhido do art. 2º da Lei Constitucional francesa, de 14 de agosto de 1884 *(La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d "une proposition de revision")*:

> *"Se uma determinada modificação da Constituição é vedada por uma disposição constitucional, se trata apenas de uma confirmação da diferença entre revisão e abolição da Constituição" (Teoría de la Constitución,*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 121).

Portanto, para Schmitt, não se fazia mister que a Constituição declarasse a imutabilidade de determinados princípios. É que a revisão não poderia, de modo algum, afetar a continuidade e a identidade da Constituição:

> *"Os limites da faculdade de reformar a Constituição resultam do bom entendimento do conceito de reforma constitucional. Uma faculdade de reformar a Constituição atribuída por uma normatização constitucional, significa que uma ou várias regulações constitucionais podem ser substituídas por outras regulações constitucionais, mas apenas sob o pressuposto de que permaneçam garantidas a identidade e a continuidade da Constituição considerada como um todo. A faculdade de reformar a Constituição contém, pois, tão-somente a faculdade de praticar, nas disposições constitucionais, reformas, adições, refundições, supressões, etc.; porém mantendo a Constituição (...)" (Teoría de la Constitución, Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 121).*

Assim, para Carl Schmitt, "reforma constitucional não é, pois, destruição da Constituição", de forma que devem ser proibidas "expressamente as reformas que vulnerem o espírito e os princípios da Constituição" (*Teoría de la Constitución*, Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 119/121).

A alteração de elementos essenciais da Constituição configuraria, assim, não uma simples revisão, mas, verdadeiramente, a sua própria supressão (*cf.*, também, BRYDE, Otto-Brun. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982, p. 233).

A concepção de Schmitt relativiza um pouco o valor exclusivo da declaração do constituinte originário sobre a imutabilidade de determinados princípios ou disposições, quase

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.802

atribuindo-lhe conteúdo declaratório.

Tais cláusulas devem impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional [*BVerfGE, 30:1*(24), mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1982, cit., p. 262)*. É verdade que importantes autores consideram risíveis os resultados práticos de tais cláusulas, diante de sua falta de eficácia em face de eventos históricos como os golpes e as revoluções (*cf.* LOEWENSTEIN, Karl, *Teoria de la Constitución*, tradução espanhola, 2a. edição, Barcelona, 1976, p. 192).

Isso não deve impedir, porém, que o constituinte e os órgãos constitucionais procurem evitar a ocorrência desses golpes. Certo é que tais proibições dirigidas ao poder de revisão constituem um dos instrumentos de proteção da Constituição (BRYDE, Otto-Brun, op. cit., 1982, p. 227).

Otto-Brun Bryde destaca que as ideias de *limites materiais de revisão* e de *cláusulas pétreas* expressamente consagradas na Constituição podem estar muito próximas. Se o constituinte considerou determinados elementos de sua obra tão fundamentais que os gravou com cláusulas de imutabilidade, é legítimo supor que nelas foram contemplados os princípios fundamentais (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 236). Nesse sentido, a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental de Bonn, poderia ser considerada, em grande parte, de caráter declaratório.

Em qualquer hipótese, os limites do poder de revisão não se restringem, necessariamente, aos casos expressamente elencados nas *garantias de eternidade*. Como observado por Bryde, a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

decisão sobre a imutabilidade de determinado princípio não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 237).

O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na práxis constitucional não está imune a controvérsias. Caso se entenda que elas contêm uma *"proibição de ruptura de determinadosprincípios constitucionais" (Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot)*, tem-se de admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição *(Revolutions - und Verfassungsbeseitigungsverbot)*.

É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 242).

A Corte constitucional alemã confrontou-se com essa questão na controvérsia sobre a constitucionalidade de emenda que introduzia restrição à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, à revelia do eventual atingido, vedando, nesses casos, o recurso ao Poder Judiciário (Lei Fundamental, art. 10, II, c/c o art. 19, IV). A questão foi submetida ao *Bundesverfassungsgericht*, em processo de controle abstrato, pelo Governo do Estado de Hessen, e em *recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde)*, formulado, entre outros, por advogados e juízes, sob a alegação de que a restrição à garantia judicial (arts. 10, par. 2°, e 19, par. 4°) não se mostrava compatível com o princípio do Estado de Direito *(Rechtsstaatsprinzip)*.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

Nessa decisão do *Bundesverfassungsgericht*, de 1970, sustentou-se que a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental, visa a impedir que "a ordem constitucional vigente seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário" (*BVerfGE*, 30:1(24); *BVerJGE*, 34:9(19); HESSE, *Grundzûge des Verfassungsrechts*, cit., p. 262-4).

Essa interpretação minimalista das *garantias de eternidade* foi amplamente criticada na doutrina, uma vez que, na prática, o Tribunal acabou por consagrar uma atitude demissionária, que retira quase toda a eficácia daquelas disposições. A propósito dessa decisão, vale registrar a observação de Bryde:

> *"Enquanto a ordem constitucional subsistir, não será necessário que o Bundesverfassungsgericht suspenda decisões dos órgãos de representação popular tomadas por 2/3 de votos. Já não terá relevância a opinião do Tribunal numa situação política em que princípios fundamentais contidos no art. 79, III sejam derrogados"* (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 240).

Não há dúvida, outrossim, de que a tese que vislumbra nas garantias de eternidade uma "proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais" (*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*) não parece merecer reparos do prisma estritamente teórico. Não se cuida de uma autovinculação (*Selbstbindung*) do constituinte, até porque esta somente poderia ser admitida no caso de identidade entre o constituinte e o legislador constituinte ou, em outros termos, entre o detentor do poder constituinte originário e o do derivado. Ao revés, é a distinção entre os poderes constituintes originário e derivado que permite afirmar a legitimidade do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

estabelecimento dessa proibição (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 242).

Não se pode negar, porém, que a aplicação ortodoxa dessas cláusulas, em vez de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade.

Aí reside o grande desafio da jurisdição constitucional: *não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.*

Na linha da argumentação desenvolvida por Carl Schmitt, a doutrina constitucional alemã admite que o princípio de continuidade e identidade da Constituição não protege apenas os princípios contemplados pelas *garantias de eternidade*. Afirma-se, quase sem contestação, que também a cláusula de eternidade é insuscetível de alteração. Tal como realçado por Maunz, "*constitui imperativo de uma norma de lógica (Normlogik) que, além dos princípios declarados intocáveis, também a própria cláusula pétrea que declara a imutabilidade deve ser considerada intangível*" (Maunz-Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. III, art. 79, n.° 50). Frustra-se, assim, a possibilidade de o legislador constituinte proceder à *dupla revisão*, eliminando a cláusula pétrea e, posteriormente, os princípios por ela protegidos.

Na mesma linha de raciocínio, afirma Konrad Hesse que a proteção de imutabilidade há de abranger o próprio art. 79 na sua substância (*wesentlicher Bestandteil*) (Hesse, *Grundzüge des*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

Verfassungsrechts, cit., p. 265). Em outros termos, seria ilegítima não só a supressão da cláusula pétrea, como também a alteração significativa de pressupostos relativos à maioria qualificada contida no art. 79, II, da Lei Fundamental (Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 265).

Com uma fundamentação diferenciada, afirma Bryde que devem ser consideradas intangíveis as próprias garantias de eternidade, se se entender que elas não só asseguram ou protegem a identidade da Constituição, mas também integram essa identidade (*Gegen die Änderbarkeit des Art. 79, III durch den verfassungsändernden Gesetzgeber würde es jedoch sprechen, wenn man diese Vorschrift nicht nur als Schutz der Identität der Verfassung, sondern selbst als Teil dieser Identität anzusehen hätte*) (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 249).

Também no que concerne às disposições relativas ao processo de revisão constitucional, desenvolve Bryde uma fundamentação específica para admitir a impossibilidade de alteração que implique maior facilidade de aprovação de emenda constitucional, como se pode ler na seguinte passagem de sua obra:

> *"Indaga-se se o legislador constituinte estaria legitimado a proceder à atualização do processo constituinte que poderia colocar em perigo as limitações a ele impostas pelo art. 79, III. Suscita-se, pois, questão relativa à admissibilidade de alteração do processo de revisão constitucional. A resposta a essa questão há de ser obtida da vinculação do legislador constituinte à identidade da Constituição, uma vez que a organização da revisão é significativa para a conformação concreta da Constituição. Isto não deve significar uma servil imutabilidade do art. 79, mas sim vinculação a seu núcleo essencial. (...) Também o postulado estabelecido no art. 79, II, pertinente à rigidez da Constituição, é intangível, tal como resulta do art. 79, III (garantias de eternidade) c/c art. 20, III (vinculação do legislador). Em outros termos, os pressupostos do art. 79, II, que já se encontram em*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

> *patamares toleráveis no que toca à facilidade de revisão, não podem ser tornados ainda mais flexíveis.* (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 249)

Portanto, essas colocações levam a admitir que o princípio da imutabilidade das cláusulas pétreas se estende, fundamentalmente, às suas próprias disposições e ao processo de revisão constitucional.

De toda forma, as *cláusulas pétreas* ou *as garantias de eternidade* não asseguram, de forma infalível, a continuidade ou a permanência de determinada ordem constitucional, nem excluem a possibilidade de que essa ordem contenha uma cláusula de transição para outro regime ou modelo. A própria Constituição alemã de 1949 prevê, no seu art. 146, a possibilidade de dissolução da ordem fundada pela Lei Fundamental de Bonn em decorrência de decisão a ser tomada após o processo de reunificação.

Em outros termos, o limite da revisão não reside, necessariamente, na fronteira entre legitimidade e revolução (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, pág. 233).

É possível, pois, proceder-se à transição de uma Constituição para outra em um processo ordenado e sem quebra da legitimidade.

Por isso, observa Bryde, que se pode substituir a tradicional dicotomia entre poder constituinte originário e poder de revisão por uma fórmula tricotômica, que conceba a revisão total como modelo intermediário.

Convém registrar, a propósito, o seu magistério:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

STF 102.002

> "A substituição da democracia parlamentar, na França, por um sistema presidencial-parlamentar misto, em 1958, não representou uma revolução se se entender esta expressão não só no seu sentido natural, mas também no sentido de uma diferenciação entre o desenvolvimento legítimo e ilegítimo da comunidade. Isso significa que nós podemos substituir a tradicional dicotomia entre processo constituinte originário (*verfahrensungebundener: pouvoir constituant*) e o processo de revisão (*verfasster Revisionsgewalt*) por um modelo tricotômico no qual a possibilidade da legítima substituição da ordem constitucional por outra (revisão total: *Totalrevision*) seja contemplada como uma forma intermediária. A revisão total pode ser disciplinada juridicamente, de modo a ampliar os limites dos métodos ordenados e regulados de desenvolvimento constitucional (*Verfassungsentwicklung*) à custa da Revolução.
>
> Esse problema foi resolvido de forma particularmente feliz em algumas constituições estrangeiras, que distinguem expressamente a revisão parcial da revisão total. Isto se aplica, *v.g.*, à Constituição suíça (arts. 118-123) e à Constituição austríaca (art. 44). Além disso, os pressupostos da revisão total são mais restritivos do que aqueles aplicáveis à revisão parcial. Tal fato resulta mais evidente na Constituição austríaca, que exige um referendo para a revisão total (*Gesamtänderung*) (art. 44, II). Portanto, não se afigura possível uma revisão total sem a participação do titular do poder constituinte. A Constituição suíça exige a participação do povo e de seus representantes tanto para a revisão parcial, quanto para a revisão total (...). Se nesse processo se der a substituição de uma Constituição por outra, já não se terá, certamente, do ponto de vista conceitual, simples revisão constitucional, mas, tendo em vista a identidade entre o titular do poder constituinte originário e derivado, dever-se-á considerar tal processo como legítimo processo constituinte sob a roupagem de um processo de revisão" (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, pág. 234).

A Constituição espanhola de 1978 - que também rompeu com um anterior regime autoritário - consagrou, em seu art. 168, expressa previsão de revisão total da Constituição ou de revisão parcial que afete as cláusulas pétreas:

> "Art. 168. I - Quando for proposta a revisão total da Constituição ou uma revisão parcial que afete o título preliminar, a seção I do capítulo II do título I ou o título II, proceder-se-á à aprovação do princípio da revisão por

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

> maioria de dois terços de cada Câmara e à dissolução das Cortes.
> 2 - As Cortes que vierem a ser eleitas deverão ratificar a decisão e proceder ao estudo do novo texto constitucional, que deverá ser aprovado por maioria de dois terços de ambas as Câmaras.
> 3. Aprovada a reforma pelas Cortes Gerais, será submetida a referendo para ratificação".

Portanto, o processo de revisão total da Constituição caracteriza-se não só pela necessidade de participação do efetivo titular do poder constituinte, o povo, seja mediante plebiscito ou referendo, como também pela fixação de procedimento mais restritivo em relação ao processo de emenda.

Essa abordagem teórica permite introduzir reflexão sobre a adoção, num processo de revisão, de uma ressalva expressa às cláusulas pétreas, contemplando não só a eventual alteração dos princípios gravados com as chamadas *garantias de eternidade*, mas também a possibilidade de transição ordenada da ordem vigente para outro sistema constitucional (revisão total).

Se se entendesse - o que pareceria bastante razoável - que a revisão total ou a revisão parcial das cláusulas pétreas está implícita na própria Constituição, poder-se-ia cogitar - mediante a utilização de um processo especial que contasse com a participação do povo - até mesmo de alteração das disposições constitucionais referentes ao processo de emenda constitucional com o escopo de explicitar a ideia de revisão total ou de revisão específica das cláusulas pétreas, permitindo, assim, que se disciplinasse, juridicamente, a alteração das cláusulas pétreas ou mesmo a substituição ou a superação da ordem constitucional vigente por outra.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

Essas breves considerações são fundamentais para uma melhor reflexão sobre as questões suscitadas no presente caso. Talvez num futuro próximo venhamos a analisar melhor como se deu o processo histórico-político que culminou na edição desse peculiar ato que é a EC n.º 26/85. E, nesse passo, tenhamos de reconsiderar muitos dos tradicionais conceitos de poder constituinte originário e derivado.

A EC 26/85 muito se aproxima de um modelo de revisão total instaurado pela própria ordem constitucional, sem maiores rupturas do ponto de vista histórico-político.

Devemos refletir, então, sobre a própria legitimidade constitucional de qualquer ato tendente a revisar ou restringir a anistia incorporada à EC n.º 26/85. Parece certo que estamos, dessa forma, diante de uma hipótese na qual estão em jogo os próprios fundamentos de nossa ordem constitucional.

Enfim, a EC nº 26/85 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988.

4. CONCLUSÕES

Com essas considerações, acompanho o relator e voto pela total improcedência desta arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 638068

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. EROS GRAU
ARGTE.(S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB
ADV.(A/S): FÁBIO KONDER COMPARATO
ADV.(A/S): RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO
ARGDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ARGDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA
ADV.(A/S): PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S): CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL - CEJIL
ADV.(A/S): HELENA DE SOUZA ROCHA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANISTIADOS POLÍTICOS - ABAP
ADV.(A/S): ADERSON BUSSINGER CARVALHO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO DEMOCRÁTICA E NACIONALISTA DE MILITARES
ADV.(A/S): EGON BOCKMANN MOREIRA E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou as preliminares, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que extinguia o processo, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), julgando improcedente a argüição, foi o julgamento suspenso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. Falaram, pelo argüente, o Dr. Fábio Konder Comparato; pelos *amici curiae*, Associação Juízes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional-CEJIL e Associação Democrática e Nacionalista de Militares-ADNAM, respectivamente, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, a Dra. Helena de Souza Rocha e a Dra. Vera Karam de Chueiri; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelo argüido, a Dra. Gabrielle Tatith Pereira, Advogada-Geral Adjunta do Congresso Nacional e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 28.04.2010.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a argüição, nos termos do voto do

Relator, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que lhe dava parcial provimento nos termos de seu voto, e Ayres Britto, que a julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5°, inciso XLIII, da Constituição. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF n° 153-DF. Plenário, 29.04.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu
Secretário