

**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 anistiará 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 “ímmunes 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, insito 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.

V O T O

As preliminares

01. 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.

02. 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. Confirmam-se os votos prolatados na Extradicação n. 974 [Informativos ns. 519 e 526 do STF]. Isso é suficiente para que resulte demonstrada a controvérsia instaurada. Rejeito a preliminar.

03. 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.

04. 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.

05. 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.

06. 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.

Sucedem 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.

07. 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

08. 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

¹ Artigo 1º da Lei n. 6.683/79.

opositores políticos, 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 Juizes 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.

09. 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 voltarei a ela 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 singular². 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 dizem³.

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

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.

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 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.

Sucedem 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 discricção 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 Bonaparte⁵: “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 Teotônio 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

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

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 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 Dallari⁶, 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

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

os que ainda mantinham o 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 *tiranía dos valores*. Então, como diz Hartmann⁷, 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, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.

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”).

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 em 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 Juizes 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* explícita 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 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

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

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 iniquidades, 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 praticar 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, sobrevivendo 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 consequência 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, destaque 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 conflitos⁹.

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*.

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 acadêmico¹⁰, inúmeras vezes tendo a elas feito alusão em votos que proferi nesta Corte¹¹. 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

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

¹⁰ O direito posto e o direito pressuposto, 7^a edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2008, págs. 254-255.

¹¹ V.g., ADI 3.573.

¹² V., v.g., meu voto na ADI 820.

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 país¹³. 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

¹³ No voto do Relator são ainda referidas decisões tomadas nos habeas corpus 29.034 e 29.111.

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 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 Paulo¹⁴, 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:

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

“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.

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. 1º, 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. 1º, § 1º, se aprovado, como foi, implicava a anistia da tortura praticada e dos assassinios 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 – 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 anteriormente a sua vigência consumadas. 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 publicada¹⁵, de Antonio Martins, Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Junior e Ulfrid Neumann:

“... em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após o

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

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. 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 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

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.

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 Genro¹⁸: “Houve, sim, um acordo político feito pela classe política”. E mais diz ele, diz que esse acordo, como outros, não impõe cláusulas pétreas¹⁹. 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

¹⁷ Comentários à Constituição Brasileira, volume II, quinta edição, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1954, pp. 163-164.

¹⁸ Cf. Tarso Genro, Teoria da democracia e justiça na transição, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2009, pág. 34.

¹⁹ Idem, *ibidem*.

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 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, derogou-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 excluía 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 Batista²⁰, 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 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

²⁰ Ob. cit., pág. 11.

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 Júnior²¹ 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 Tércio²² 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 conclui²³: “... 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

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.

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 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 Santos²⁴, “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 -

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

-- 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 Benedetti²⁵ 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 macanas/que los hombres no lloran/aquí lloramos todos/gritamos berreamos moqueamos chillamos maldecimos/porque es mejor llorar que*

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

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.