

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

LORENA SOARES DOS SANTOS

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL n.º 153:
ESTUDO DE CASO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEI DE ANISTIA**

**FORTALEZA
2010**

LORENA SOARES DOS SANTOS

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL n.º 153:
ESTUDO DE CASO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEI DE ANISTIA**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Coordenação de Atividades Complementares e
Elaboração de Monografia Jurídica da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Ceará
como requisito para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Flávio José Moreira Gonçalves

**FORTALEZA
2010**

LORENA SOARES DOS SANTOS

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL n.º 153:
ESTUDO DE CASO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEI DE ANISTIA**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação de Atividades Complementares e
Elaboração de Monografia Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará
como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Flávio José Moreira Gonçalves (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. José Adriano Pinto
Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestrando David Barbosa de Oliveira
Universidade Federal do Ceará - UFC

À minha avó, Marly, com amor infinito.

AGRADECIMENTOS

Passado esse ciclo da minha vida, alguns agradecimentos devem ser feitos.

A Deus, pelo dom da vida e pela conclusão de mais uma vitória.

Ao Daniel, por todo o apoio incondicional e toda a paciência.

À minha família, que me transformou na pessoa vitoriosa que sou hoje.

Ao Gilberto, pela sugestão do tema, bem como por sua amizade incomensurável.

Às meninas, Raquel, Cali, Clarinha, Van e Rhiana, por terem tornado minha caminhada acadêmica imensamente mais fácil e prazerosa.

Ao Prof. Flávio Gonçalves, pela orientação e participação na Banca.

Ao Prof. Adriano Pinto e ao Mestrando David Oliveira pela atenção e disponibilidade para a participação na Banca.

RESUMO

O Brasil entre os anos de 1964 e 1985 viveu sob a égide de um regime militar, com inúmeras supressões de direitos e garantias. Em 1979, atendendo aos anseios da sociedade, foi promulgada a Lei de Anistia brasileira, que perdoou todos aqueles que cometeram crimes políticos, conexos com estes e por motivação política durante o período militar. Entretanto, em 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a argüição de descumprimento de preceito fundamental n.º 153 com o objetivo de questionar a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal desde a entrada em vigor da lei. Pleiteia a mudança interpretativa para excluir do âmbito da anistia os agentes do Estado que cometeram crimes comuns durante o período militar. Como *amicus curiae*, participa da ação a Associação Juízes para a Democracia. Apresenta informações o Senado Federal. Defende o ato normativo impugnado a Advocacia-Geral da União. Como *custos legis* manifesta-se a Procuradoria-Geral da República. Analisa-se, finalmente, de modo crítico as razões de todos os interessados na ação.

Palavras-chave: Lei de Anistia. ADPF n.º 153. Mudança interpretativa.

ABSTRACT

Between 1964 and 1985, Brazil lived under the aegis of a military regime, with numerous deletions of rights and guarantees. In 1979, given the expectations of society, the Brazilian Amnesty Act was enacted and forgave all those who committed political crimes, related to these and politically motivated during the military era. However, in 2008, the Federal Council of the Brazilian Association of Lawyers filed a claim of breach of fundamental precept n°. 153 in order to question the interpretation adopted by the Supreme Court since the entry into force of that law. It plead interpretative shift to exclude from amnesty those agents of State who committed ordinary crimes during the military era. The Judges Association for Democracy participates in this action as *amicus curiae*. The Senate displays information. The Attorney General of the Union defends the normative act challenged. The Attorney General's Office manifests as *custos legis*. Finally, this work makes a critical analysis of the reasons of all those interested in action.

Keywords: Amnesty Act. ADPF n°. 153. Interpretative shift.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
ADI	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
ADPF	ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
AJD	ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA
CFOAB	CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
OAB	ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
PGR	PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
SEDH	SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DA REPRESSÃO AO CONTROLE	13
1.1 Supremacia e rigidez da Constituição de 1988	13
1.2 Controle de Constitucionalidade	15
1.2.1 Histórico	15
1.2.2 Histórico no Brasil.....	17
1.3 Tipos de controle: difuso e concentrado	20
1.3.1 Mecanismos de controle difuso	21
1.3.2 Mecanismos de controle concentrado.....	21
1.4 Argüição de descumprimento de preceito fundamental	23
1.4.1 Subsidiariedade.....	26
1.4.2 Descumprimento de preceito fundamental	27
1.4.3 Competência e legitimidade	29
2 RAZÕES PARA A MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO VIGENTE ACERCA DA ANISTIA	31
2.1 Contexto de edição da Lei de Anistia	31
2.2 Argüição de descumprimento de preceito fundamental n.º 153: argumentos da inicial em sede de preliminares e mérito	35
2.3 Amicus curiae: Associação Juízes para a Democracia	40
3 ARGUMENTOS PELA MANUTENÇÃO DA CONTINUIDADE INTERPRETATIVA	44
3.1 Informações prestadas pelo Senado Federal	44
3.2 Defesa do Advogado-Geral da União	46
3.3 Custos legis: manifestação da Procuradoria-Geral da República	50
4 SÍNTESE CRÍTICA	55
4.1 Questões prejudiciais	56
4.1.1 Ausência de comprovação de controvérsia judicial.....	57
4.1.2 Extemporaneidade da Lei de Anistia	58
4.1.3 Ausência de indicação das autoridades envolvidas	59
4.1.4 Ausência de impugnação de todo o complexo normativo	61

4.2 Mérito.....	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

Entre os anos de 1964 e 1985, o Brasil viveu sob o pálio de um regime militar. A instauração de um modelo ditatorial assombrou o País com a supressão irrestrita dos mais diversos direitos fundamentais, resultando na abolição do regime democrático.

Ernesto Geisel, em 1974, quarto presidente militar, ao assumir a chefia do Executivo nacional, logo de início, anunciou, atendendo aos anseios da sociedade que clamava por democracia, a intenção de proceder a uma distensão lenta, gradual e segura do regime ditatorial. É o início do processamento das medidas que representaram a semente da edição da Lei de Anistia no País.

Assim, o movimento nacional pró-anistia tomou conta da sociedade, que se uniu em prol da promulgação de um perdão amplo, geral, irrestrito e bilateral para todos os que haviam cometidos delitos sob a égide do regime militar. Inicialmente o movimento foi encabeçado por intelectuais e políticos, disseminando-se, posteriormente, pelas diversas camadas sociais, culminando na criação de entidades organizadas justamente com essa finalidade sócio-política de obter a anistia, como lídimo instrumento de pacificação nacional.

Nessa senda, em 1979, finalmente foi editada a Lei n.º 6.683/1979, que sob o manto protetor da anistia colocava todos os que entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 cometeram crimes eleitorais, crimes políticos ou conexos com estes, considerados conexos os de qualquer natureza relacionados com políticos ou praticados por motivação política.

Como decorrência do período repressivo, adveio a necessidade de instauração de novo ordenamento constitucional, assecuratório da manutenção dos direitos e garantias individuais, bem como a imprescindibilidade de um modelo constitucional rígido, dotado de supremacia sobre os atos normativos infraconstitucionais.

Logo, a Carta Magna de 1988 trouxe em seu bojo um complexo sistema de controle de constitucionalidade de leis, que prevê mecanismos legais de aferição da compatibilidade formal e material de atos normativos infraconstitucionais perante a Constituição Federal. Entre os instrumentos de controle concentrado de normas encontra-se a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Dessa feita, trinta anos após a entrada em vigor da Lei de Anistia, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) intentou no Supremo Tribunal Federal (STF), competente para o processamento dos feitos, a ADPF n.º 153, questionando a validade constitucional da interpretação concedida à Lei n.º 6.683/1979, visando excluir do âmbito de incidência do instituto a conduta dos militares que cometeram os mais diversos tipos de crimes comuns contra os opositores ao regime vigente.

O CFOAB trata da subsidiariedade atinente às ações de ADPFs, da relevância da controvérsia criada em torno do assunto no seio da sociedade e do malferimento de inúmeros preceitos fundamentais em sede de preliminares. No mérito, invoca os princípios da isonomia em matéria de segurança, da não ocultação da verdade, bem como os princípios democrático e republicano como preceitos fundamentais maculados pela interpretação adotada.

Por fim, argumenta a nulidade do acordo firmado entre sociedade e Estado com vistas à consecução da anistia geral, alegando o ataque à dignidade da pessoa humana. Pleiteando, por derradeiro, a mudança, pela Suprema Corte, da interpretação feita da Lei de Anistia durante todos esses anos de sua vigência, com o intento de excluir do perdão os militares que cometeram crimes comuns à época do regime militar.

Na condição de *amicus curiae*, ingressa na ação a Associação Juizes para a Democracia. Manifesta-se acerca dos conceitos de conexão e crime político adotados pela Lei de Anistia, fincando o posicionamento de que permitir a manutenção da interpretação do dispositivo nos moldes em que hoje se apresentam seria prosseguir em ofensa à Carta Magna de 1988.

Prestando informações, o Senado Federal argúi a inépcia da exordial, bem como ausência dos pressupostos específicos da ação de ADPF. Trata da bilateralidade do instituto e ressalta a postura do CFOAB que, há trinta anos, lutava em prol da anistia, e hoje, volta-se contra o diploma legal.

Por essa vereda, a Advocacia-Geral da União (AGU), em defesa do ato impugnado, preliminarmente, dispõe acerca da ausência de controvérsia judicial sobre o tema, bem como sustenta a carência da impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao assunto. Em sede de mérito, observa o caráter do instituto como forma de perdão geral, cuja negociação fora ratificada pela sociedade e salienta consolidação da interpretação ampla concedida ao instituto, com esteio na segurança jurídica e na irretroatividade da lei penal mais severa.

Por fim, a AGU discorre acerca da imprescindibilidade do debruçamento sobre o direito à memória e à verdade, garantindo-o por meio de mecanismos legais e administrativos eficientes.

A Procuradoria-Geral da República, contrariamente ao mérito da ação, na condição de *custos legis*, manifesta-se sobre as preliminares argüidas ao longo da ADPF, bem como sobre o mérito, calcando seu entendimento na impossibilidade de interpretar a anistia retirando-lhe do contexto histórico em que foi inserida, no qual funcionou como instrumento de pacificação nacional, possibilitando a redemocratização no País.

Por fim, procede-se a uma análise dos argumentos postos por todos os componentes do processo que foram supramencionados, tanto sobre questões prejudiciais como acerca do mérito, concluindo-se pelo posicionamento contrário à modificação interpretativa com o fito de retroagir para excluir agentes do Estado que cometeram crimes comuns. Ressalta-se a necessidade de mudar o foco do agente ativo para a vítima, buscando instrumentos que lhes possibilitem o acesso aos arquivos oficiais, a consecução das devidas indenizações, consubstanciando o exercício pleno do direito à memória e à verdade.

1 DA REPRESSÃO AO CONTROLE

1.1 Supremacia e rigidez da Constituição de 1988

A instauração do Governo Militar no Brasil, no ano de 1964, causou profundo impacto na estrutura social, política e jurídica brasileira, com a restrição da democracia e de inúmeros direitos fundamentais fundada na preocupação com a segurança nacional. O País atravessou por um período de grande centralização político-administrativa, que culminou em limitação direta e indireta a direitos como liberdade, igualdade, informação, propriedade e tantas outras garantias individuais. Tais medidas, na ótica do governo vigente, eram consideradas necessárias à manutenção do movimento de contra-revolução, assim denominado pelos militares à época.

Desse modo, entre os anos de 1964 e 1985, o Brasil viveu sob o autoritarismo de um Regime Militar, com a interrupção da democracia nos moldes em que se conhece atualmente, em decorrência das inúmeras reformas implementadas através dos Atos Institucionais e da Constituição de 1967, tais como a suspensão de direitos políticos, cassação de mandatos por sessenta dias, a abolição da eleição direta para presidente da República, dissolução dos partidos políticos, o fechamento do Congresso Nacional, a supressão da liberdade de opinião.

Nesse sentido, em 1988, em um contexto de pós-repressão e redemocratização, foi promulgada a Carta Magna vigente no País, decorrente da inevitável necessidade de instauração de nova ordem constitucional e, ao mesmo tempo, resultado da luta pela normalização democrática generalizada na sociedade desde o início do processo de reabertura política, materializando a intenção governista de criar no Brasil um efetivo Estado Democrático-Social de Direito.

Para José Afonso da Silva (2001, p. 89), o novo texto constitucional é moderno, com relevantes inovações para o constitucionalismo brasileiro e grande importância para o constitucionalismo em geral.

A Constituição Cidadã ampliou consideravelmente o rol de direitos e garantias fundamentais, acentuou a importância do controle abstrato de constitucionalidade de leis,

normatizou a disposição e o funcionamento da Administração Pública com grande acento para a proteção jurídica do princípio da moralidade, bem como reestruturou a seguridade social, garantindo mais benefícios e maior acessibilidade aos serviços para os segurados, além de inúmeras modificações na organização dos poderes, fortalecendo o Legislativo e Judiciário.

Dessa maneira, percebe-se que o intuito primordial da Assembléia Constituinte, naquele momento histórico, foi substituir o sistema constitucional, buscando a estabilidade dos direitos individuais e sociais que seriam promulgados com o advento da nova Constituição Federal. Nesse sentido, foram consagradas normas destinadas a assegurar a supremacia do texto constitucional, consubstanciadas em um sistema que estabelece regras mais rígidas para a alteração de normas que estão no corpo da Constituição do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal.

Consoante Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 54):

As vantagens do princípio da rigidez são indiscutíveis. No plano jurídico-formal, sua incidência proíbe reformas constitucionais inoportunas, assegurando a estabilidade da Constituição. E, ao dificultar a realização de revisões e emendas constitucionais, o princípio da rigidez resguarda os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências, com vistas à defesa da ordem jurídica. Neste particular, cumpre a tarefa de balizar o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, impedindo violações à supremacia dos preceitos constitucionais. (BULOS, 2009, p. 54)

Logo, como principal decorrência do sistema rígido imposto pelo poder constituinte de 1988, as normas constitucionais foram postas no vértice do corpo jurídico do País, em posição de hegemonia, conferindo validade ao ordenamento pátrio, na condição de lei suprema e fundamental do Estado.

Dessarte, o princípio da supremacia da Constituição impõe que as normas constitucionais atuem sobre as demais leis vigentes no ordenamento, bem como determinem a legitimidade dos atos públicos e privados que lhe serão sempre subordinados. Tal princípio confere ao modelo jurídico brasileiro um caráter de pirâmide hierárquica, em que normas de planos distintos formam um escalonamento, cujo topo é ocupado pelo diploma legal de nível mais elevado no direito positivado, parâmetro para atos legislativos, administrativos e jurisdicionais, bem como para os atos praticados por particulares.

Para Paulo Bonavides (2007, p. 296), o sistema rígido teria esteio na distinção entre poderes constituinte e constituídos, do que resultaria a superioridade da Lei Suprema, decorrência do poder constituinte, sobre a lei ordinária, elaborada pelos constituídos, cuja

competência é limitada justamente pela Constituição.

Assim, a supremacia formal só é concebível em constituições rígidas, possibilitando a distinção entre as leis comuns e a constitucional, firmando o entendimento de que todos os Poderes e competências governamentais, em âmbito federal, estadual e municipal, só terão legitimidade se estiverem em consonância com o que está prescrito no texto da Carta Magna.

1.2 Controle de Constitucionalidade

Tendo em vista a adoção de um sistema de constituição rígida, com normas dotadas de supremacia formal e material, as quais servem de parâmetro para a elaboração e aferição de validade dos demais atos jurídicos, o ordenamento pátrio apresenta rigorosos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, o qual prevê que todas as situações jurídicas estejam de acordo com os princípios e preceitos da Constituição.

Na lição precisa de Luís Roberto Barroso (2009, p. 1):

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer outro ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizando o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia. (BARROSO, 2009, p. 1)

1.2.1 Histórico

Em meados de 1800, o presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados nas eleições norte-americanas pelo republicano Thomas Jefferson.

Inconformados, às vésperas de sair do comando e com o intuito de conservar sua influência política ainda que longe do poder, em fevereiro de 1801, os federalistas aprovaram

uma lei com características golpistas, que previa a reorganização do Judiciário federal, por meio da qual reduzia o número de Ministros da Suprema Corte, impedindo novas nomeações pelo presidente vindouro, bem como criava dezesseis novos cargos de juiz federais, os quais seriam preenchidos com federalistas aliados do presidente derrotado. (BARROSO, 2009, p.4)

Ainda no mesmo mês, antes da posse de Thomas Jefferson, foi promulgada uma lei que autorizava o presidente a nomear quarenta e dois novos juízes de paz, cujos nomes seriam indicados pelo Senado. John Marshall, Secretário de Estado, ficou encarregado de entregar os atos de investidura aos novos juízes no último dia de governo, contudo, sem tempo de concluir a tarefa antes do encerramento da gestão federalista, muitos dos nomeados ficaram sem receber a documentação.

Thomas Jefferson tomou posse e orientou o novo Secretário de Estado, James Madison, a não concluir a entrega dos atos de investidura. Entre os não empossados estava William Marbury, que então propôs uma ação judicial com o fito de obter o seu direito à posse no cargo, com base em uma lei de 1789 (*the Judiciary Act*) que atribuía à Suprema Corte a competência para o julgamento deste tipo de ação.

Contudo, o novo Congresso, de maioria republicana, revogou a citada lei de reorganização judiciária federal, extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo os empossados. Somaram-se a este outros elementos de tensão como o mandamento do novo presidente de desconsiderar todas as decisões da Suprema Corte que ordenassem a entrega dos atos de investidura aos nomeados no governo anterior, bem como a instauração do processo de *impeachment* de um juiz federalista, em uma ação política que podia estender-se até os Ministros da mais alta Corte daquele país.

Deste modo, "*Marbury v. Madison*" foi a primeira oportunidade em que a Suprema Corte de uma país reuniu-se para o julgamento de uma ação cujo objeto seria a negação da aplicação de leis que, de acordo com seu entendimento e interpretação, seriam tidas por inconstitucionais. Não havia, à época, previsão explícita de qualquer mecanismo de controle constitucional pré-estabelecido, a Corte buscou demonstrar de modo lógico a solução da controvérsia, utilizando por base a própria sistemática do ordenamento vigente.

Marshall julgou no sentido de assegurar a Marbury a investidura no cargo e necessidade de um remédio jurídico para garantir o direito. Em suma, em seu voto expôs as razões que fundamentavam sua decisão, as quais figuram atualmente como supedâneo à aplicação dos mais diversos mecanismos de controle de constitucionalidade, quais sejam: a

supremacia da Constituição, e, conseqüentemente, a nulidade de leis e atos jurídicos que contrariem os preceitos constitucionais, bem como a atuação do Poder Judiciário na condição de intérprete final das normas da Constituição.

1.2.2 Histórico no Brasil

A Carta Constitucional brasileira de 1824, elaborada no tempo do Império, não fazia qualquer menção a um sistema de controle de constitucionalidade semelhante aos modelos utilizados no ordenamento jurídico pátrio atualmente. O Legislativo era encarregado de fazer, interpretar, suspender e revogar leis, todavia, não exercia com ampla liberdade suas atribuições, pois todas as instituições do governo deviam subordinação ao Poder Moderador, concedido privativamente ao Chefe de Estado, que assegurava ao Imperador ingerência sobre a atividade dos outros entes, com a finalidade de manter a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais Poderes.

Em 1891, com o advento da República e sob a influência do direito norte-americano, foi promulgado novo diploma constitucional que estabeleceu o primeiro mecanismo de controle no direito positivo brasileiro. Tratava-se da possibilidade de a parte suscitar perante o Judiciário que sanasse lesões à Constituição e às leis nacionais, via incidental, pelo modo difuso e somente mediante a provocação dos litigantes. Ficou estabelecida a competência do Supremo Tribunal Federal, em última instância, de rever as decisões das Justiças Estaduais nos casos em que houvesse questionamento da legislação, caracterizando a introdução no ordenamento pátrio do controle de constitucionalidade.

Com a Constituição de 1934, os mecanismos de controle difuso foram mantidos, porém, inúmeros outros institutos foram introduzidos. Ao Senado foi atribuída a competência para suspender a execução de leis julgadas inconstitucionais; foi consagrado quórum especial para a declaração da inconstitucionalidade das leis, com o intuito de evitar a insegurança jurídica decorrente das mudanças no entendimento nos tribunais; foi criada a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com o fito de evitar a decretação de intervenção federal; por fim, destaque-se que foi proibido ao Judiciário de realizar exames

de questões puramente políticas.

A Constituição de 1937 foi promulgada para dar esteio a um governo inspirado nos modelos políticos ditatoriais existentes na Europa, razão pela qual muitos de seus dispositivos permaneceram inertes, sem aplicabilidade. Dessa forma, o propósito do texto constitucional era fortalecer o Executivo, significando um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. O modelo difuso restou inalterado, mas foi criado um tipo de mecanismo de revisão dos julgados, que permitia ao Chefe do Executivo submeter novamente a lei questionada ao Parlamento com o objetivo de tornar insubsistente a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, disserta Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 119):

Permitiu ao presidente da República submeter ao Parlamento a lei declarada inconstitucional, Se, pelo voto de 2/3 (dois terços) de cada uma das Casas Legislativas, fosse confirmada a validade da lei, tornava-se insubsistente a decisão do Poder Judiciário que decretou a inconstitucionalidade. Estava aberta a porta para se cassar em veredictos jurisdicionais. Em 1939, o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei n.º 1,564, “validando” textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Pôs em xeque o caráter incontestável das sentenças judiciais, manchando o histórico do controle de constitucionalidade em nosso país. (BULOS, 2009. p. 119)

Em um contexto de redemocratização do País, com a Carta Constitucional de 1946, foi restaurada “a tradição do controle judicial no Direito brasileiro” (MENDES, 1999, p. 242), indo além dos institutos anteriormente positivados, inovando, por exemplo, ao instituir a possibilidade do controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal até por meio do recurso extraordinário. Permaneceu a necessidade de quórum de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de leis, a competência do Senado de suspender a execução dos diplomas legais lesivos, todavia, a principal inovação veio por meio da Emenda n.º 16, de 1965, com a introdução da possibilidade do controle abstrato de normas, possibilitando a fiscalização de atos normativos federais, estaduais e municipais, os quais seriam julgados no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal de Justiça dos Estados.

Em 1967, houve a promulgação de novo diploma constitucional, que não trouxe intensas modificações no sistema de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, pois manteve os modelos de controle difuso e abstrato da Constituição de 1946, modificando apenas no sentido de ampliar a possibilidade de utilização da representação interventiva, que antes tinha a finalidade de garantir a aplicação dos princípios sensíveis e, a partir de então, passou a ser utilizada para assegurar a execução das leis federais. Houve

mudanças na competência para suspender atos estaduais, que passou a ser de titularidade do presidente da República. Ademais, cabe destacar a previsão expressa do controle de leis municipais em face da Constituição estadual para fins de intervenção em município.

Por fim, os contornos do sistema de controle de constitucionalidade utilizados no ordenamento atualmente foram delineados com o advento da Constituição de 1988, diploma considerado "um dos mais avançados do mundo, principalmente em matéria de fiscalização concentrada" (BULOS, 2009, p. 127). Foi mantido o sistema híbrido, que combina o controle por via incidental e difuso ou concreto com o controle por via principal e concentrado ou abstrato, contudo, acrescentou algumas modificações das quais decorreram diversas conseqüências de ordem prática.

É imprescindível ressaltar a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a criação de mecanismos de controle por omissão, a reintrodução da ação de inconstitucionalidade (ADI) no âmbito estadual, a previsão de um mecanismo de argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), a imposição de limites materiais quanto ao objeto do recurso extraordinário, bem como a possibilidade de as grandes controvérsias constitucionais serem propostas diretamente no Supremo Tribunal Federal por meio do controle concentrado de normas.

Leciona Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 256):

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. (MENDES, 1999, p. 256)

Dessa forma, dentre as inúmeras inovações mencionadas, a mais importante foi o fim da exclusividade exercida pelo Procurador-Geral da República, que era antes o único legitimado a interpor a ação direta de inconstitucionalidade, "reforçando a anatomia do controle concentrado" (BULOS, 2009, p. 127), o que acabou por reduzir, porém sem eliminar totalmente, o controle difuso de constitucionalidade.

1.3 Tipos de controle: difuso e concentrado

Os ordenamentos jurídicos ordinariamente determinam dois modelos distintos de controle judicial de leis: difuso (ou aberto), inspirado no modelo norte-americano, e o concentrado (ou reservado), de inspiração austríaca, influenciado por Hans Kelsen.

Vigora no Brasil o sistema misto de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, o que significa que a atuação do Judiciário ocorre da seguinte forma: combinando os critérios difuso e concentrado, os quais ocorrem, respectivamente, por via de exceção, de modo incidental no bojo de uma ação principal, e por via de ação, consubstanciando a suposta inconstitucionalidade o próprio objeto da ação principal.

O controle difuso adentrou o ordenamento pátrio com a primeira Constituição republicana, quando ficou estabelecido que a qualquer órgão do Judiciário, juiz ou tribunal, seria dada a atribuição de fiscalizar a validade da legislação, reconhecer a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e determinar que não fossem aplicados ao caso concreto apresentado ao Judiciário.

Por este modelo seria possível a qualquer das partes, nos autos de um processo já em curso, suscitar a questão prévia da inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, como pressuposto para o conhecimento posterior da questão principal a ser resolvida, quando ambas seriam decididas pelo juiz ou tribunal da causa, competente para o feito desde o início do processo.

Dessarte, percebe-se que o mecanismo de controle por meio de exceção, de modo difuso, ocorre diante de uma controvérsia concreta, em que uma das partes submete ao Judiciário a análise da inconstitucionalidade de uma lei, pugnando o afastamento de sua aplicação ao caso concreto de seu interesse, de forma que a declaração de inconstitucionalidade é feita de modo incidental, como pedido acessório, possibilitando, entretanto, a melhor solução para o provimento judicial principal.

Em suma, dispõe Luís Roberto Barroso (2009, p. 89):

O controle judicial incidental de constitucionalidade, também dito *incidenter tantum*, por via de defesa, por via de exceção ou sistema americano, integra a tradição brasileira desde o início da República, tendo figurado expressamente na Constituição de 1891. Sem embargo da expansão do controle por via de ação direta, nos últimos anos, o controle incidental ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais. (BARROSO, 2009, p.89)

O modelo de controle concentrado semelhante ao que utilizamos atualmente em nosso ordenamento foi introduzido pela Emenda Constitucional n.º 16, de 6 de dezembro de 1965. Neste molde de impugnação, apenas ao órgão de cúpula do Judiciário é permitida a apreciação da inconstitucionalidade de leis e atos normativos, o que para tanto exige que a apresentação da controvérsia seja feita por meio de uma ação principal, por meio da qual é levada a possível inconstitucionalidade ao Judiciário.

No Brasil, somente o Supremo Tribunal Federal tem o condão de fiscalizar a constitucionalidade das leis por meio de mecanismos abstratos de defesa da ordem constitucional. Na via de ação direta não são seguidos os procedimentos de um processo ordinário, aplicáveis para a solução de litígios comuns, trata-se de um processo objetivo, que segue regras próprias e tem como maior preocupação a defesa da regularidade da ordem constitucional (BULOS, 2009, p. 149). Nesse tipo de processo não existem partes rigorosamente definidas, tampouco um direito subjetivo pleiteado, busca-se como fim primordial a defesa da Constituição, sem a necessidade aplicação obrigatória das normas processuais comuns.

Nesse sentido tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal, que esclarece:

A importância de qualificar o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo – vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional – encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção *in abstracto* da ordem constitucional. Precedentes. Admitindo o perfil objetivo que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade, torna-se essencial concluir que, em regra, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente daquelas regras meramente legais que disciplinam a intervenção de terceiros na relação processual. Precedentes. Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. (STF, AGRg em ADIn 1.254-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19-9-1997, p.45530)

1.3.1 Mecanismos de controle difuso

O controle incidental de constitucionalidade é realizado juntamente com o normal desempenho da atividade jurisdicional, que, em suma, consiste na interpretação e aplicação

do Direito para a solução das controvérsias entre as partes, pressupondo a existência de um processo e um conflito de interesses prévios.

O autor de uma ação, o Ministério Público – na condição de parte ou *custos legis* –, os terceiros legitimamente intervenientes, e o próprio órgão judicial, de ofício, podem argüir previamente a inconstitucionalidade de leis.

A questão prejudicial suscitada por meio do controle incidental de normas poderá ser debatida no bojo de um processo de conhecimento, de execução, cautelar, bem como em sede de mandando de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, argüição de descumprimento de preceito fundamental, ação civil pública, ação popular e ações ordinárias (BULOS, 2009, p.129).

Nessa mesma acepção, leciona Luís Roberto Barroso (2009, p. 91) :

A questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou uma ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ele afetado. Havendo uma situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou o procedimento. (BARROSO, 2009, p. 91)

Ademais, cabe salientar que normas emanadas dos três níveis de poder podem ser questionadas por essa via, inclusive normas anteriores à promulgação da atual Constituição Federal. Consoante Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 138), são alheias ao controle difuso apenas leis ou normas revogadas anteriormente à Constituição Federal, normas constitucionais originárias, atos inconstitucionais com efeitos *erga omnes*, crises de legalidade¹, leis e atos de efeito concreto, súmulas, ementas de leis diversas de seu conteúdo, respostas do Tribunal Superior Eleitoral, convenções coletivas de trabalho e normas regimentais do processo legislativo.

O controle no modo difuso cabe a órgãos de primeiro ou segundo grau indistintamente, assim como aos tribunais superiores.

Ao Supremo Tribunal Federal, por exemplo, é dado o mister de pronunciar-se sobre inconstitucionalidade em ações diretas no controle concentrado, mas também é possível que atue na jurisdição difusa, como órgão revisor das decisões incidentais emitidas pelos órgãos de instâncias inferiores do Judiciário quando da apreciação dos casos concretos que

¹ Consoante Uadi Lammêgo Bulos, por "crise de legalidade" entende-se a desobediência de leis ou atos normativos por parte de autoridades administrativas. (BULOS, 2009, p.139)

lhes são apresentados, para tanto basta que a contenda seja levada à Corte Suprema através de recurso extraordinário.

Entretanto, cumpre observar que "por força do princípio da reserva de plenário, a inconstitucionalidade de uma lei somente poderia ser decretada pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial, onde exista" (BARROSO, 2009, p. 96). Tal quórum deve ser observado sempre que houver a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mesmo nos casos em que não haja arguição expressa.

1.3.2 Mecanismos de controle concentrado

Os instrumentos jurídicos de controle de concentrado de constitucionalidade são aqueles expressamente previstos na Constituição Federal e no ordenamento pátrio, que determinam o modo pelo qual a Suprema Corte deve realizar a defesa abstrata dos preceitos constitucionais.

Sobre controle aberto, consoante Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 152), "abstratos porque não visam a defesa de interesses particulares, mas a tutela do ordenamento como um todo." O objetivo deste tipo de controle é antes de mais nada expurgar do sistema de leis, normas e quaisquer diplomas legais em desarmonia com a Carta Magna, retirando-lhes imediatamente a eficácia.

A competência para o exercício do controle reservado é do Supremo Tribunal Federal quando o paradigma constitucional a ser considerado é a Constituição Federal, ao qual cabe a verificação de leis e atos federais e estaduais em face da Lei Fundamental.

Ademais, o modelo federativo vigente no Brasil possibilita também a existência de controle de atos e normas estaduais e municipais, com o fito de verificar a adequação e conformidade perante a Constituição dos estados, cujo guardião é o Tribunal de Justiça.

Dessa forma, como instrumentos genuínos deste tipo de controle, no plano federal e tendo por paradigma a Constituição Federal, há a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a ação de inconstitucionalidade por omissão, e, no plano estadual e tendo por paradigma a Constituição Estadual, há a representação de inconstitucionalidade de leis ou

atos normativos estaduais ou municipais.

Interessante observar a possibilidade de suscitar a mesma controvérsia tanto no plano federal quanto estadual, conforme esclarece Luís Roberto Barroso (2009, p. 158):

O sistema concebido pelo constituinte permite o ajuizamento simultâneo de ação direta no âmbito estadual e federal – isto é, perante o Tribunal de Justiça e perante o Supremo Tribunal Federal –, tendo por objeto a mesma lei ou ato normativo estadual, mudando-se apenas o paradigma: no primeiro caso a Constituição do Estado e, no segundo, a Carta da República. Como intuitivo, a decisão que vier a ser proferida pela Suprema Corte vinculará o Tribunal de Justiça estadual, mas não o contrário. Por essa razão, quando tramitarem paralelamente as duas ações, e sendo a norma constitucional estadual contrastada mera reprodução da Constituição Federal, tem-se entendido pela suspensão do processo no plano estadual. (BARROSO, 2009, p. 158)

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 152), deve-se ressaltar a existência de modalidades especiais de mecanismos de defesa abstrata, quais sejam, a ação direta de constitucionalidade interventiva e a argüição de descumprimento de preceito fundamental, assim caracterizadas por não apresentarem somente a feição de controle concentrado, consubstanciando instrumentos híbridos, que mesclam as técnicas de ação e exceção do controle de normas.

Dessarte, dos mecanismos mencionados acima, cabe-nos o estudo mais aprofundado da argüição de descumprimento de preceito fundamental, cuja análise mais acurada será melhor desenvolvida a seguir.

1.4 Argüição de descumprimento de preceito fundamental

A previsão constitucional do instituto ora sob comento está no art. 102, § 1º, da Carta da República, a seguir transcrito:

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

Por este dispositivo o Supremo Tribunal Federal recebeu, originária e exclusivamente, a incumbência de apreciar as ações dessa natureza, todavia, a referida norma de eficácia limitada somente recebeu a devida regulamentação onze anos depois, com a promulgação da Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que veio com o intuito de complementar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, ao regulamentar o

processo e o julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

De acordo com o entendimento praticamente uníssono da doutrina, pelo que se depreende do art. 1º da Lei n.º 9.882/99 são cabíveis dois tipos de ADPF: autônoma e incidental. Segue-se o dispositivo:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;
II – (VETADO)

A argüição autônoma, prevista no caput do referido artigo, requer, como pressuposto geral e preliminar, a inexistência de outro meio de reparação da lesão constitucional. Como premissas específicas para a sua utilização, são imprescindíveis tanto a existência de ameaça ou violação a preceito fundamental, como de um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la (BARROSO, 2009, p.276). Assim, tais particularidades fazem com que esta ação seja em parte semelhante a outros instrumentos jurídicos utilizados no controle concentrado de normas, como a ação direta de inconstitucionalidade, meio pelo qual se suscita a análise abstrata e concentrada de leis e atos normativos pelo Supremo Tribunal Federal.

Torna-se, portanto, imperativo observar a distinção entre a ADPF e os outros institutos: o parâmetro de controle utilizado na ADPF é mais limitado, pois apenas preceitos fundamentais serviriam de paradigma para aferir a conformidade da lei questionada, enquanto em uma ADI, por exemplo, qualquer norma constitucional poderia servir como modelo de validade em sede de controle de constitucionalidade; ademais, é impreterível ressaltar que o objeto do controle em sede de ADPF não é restrito aos atos normativos e propaga-se aos três níveis de poder.

Desta forma, sobre a argüição do tipo autônoma, disserta Roberto Mendes Mandelli Júnior (2003, p. 104):

A argüição autônoma, da mesma forma que a ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão, e a ação declaratória de constitucionalidade, constitui mecanismo que suscita uma fiscalização objetiva de constitucionalidade de um ato do Poder Público (podendo este ser tanto um ato normativo como um ato de efeitos concretos, como, por exemplo, uma lei orçamentária) lesivo a um preceito constitucional fundamental, quando não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. (MANDELLI JÚNIOR, 2003, p. 104)

Por sua vez, o tipo incidental pressupõe a existência de uma lide já proposta no

Judiciário. Não obstante, são também requisitos desta modalidade de ADPF: a subsidiariedade, a ameaça ou lesão a preceito fundamental, a necessidade de relevância no fundamento da controvérsia constitucional, bem como o questionamento de lei ou ato normativo em espécie, vedada o exame de ato do Poder Público.

1.4.1 Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade foi previsto no próprio ordenamento, pois o diploma legal da ADPF estabeleceu expressamente em seu art. 4º, que indica "não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade", que o Supremo Tribunal Federal só poderá admitir a interposição da argüição na hipótese de inexistência de outros meios juridicamente idôneos aptos a sanar a lesividade do ato.

Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, "seu campo de incidência deve ser mensurado por exclusão: onde couberem *writs* e instrumentos processuais não há cogitar sua presença" (BULOS, 2009, p. 242). Deste modo, ao interpor a ação, caberia ao interessado demonstrar de modo inequívoco o prévio exaurimento de todas as vias processuais para a solução da contenda jurídica.

Todavia, em sede doutrinária, há um entendimento majoritário no sentido de não haver a adoção de uma interpretação literal do citado §1º do art. 4º, da Lei 9.882/99, cujo argumento central seria o fato de que a norma constitucional do art. 102, § 1º somente teria autorizado o legislador infraconstitucional a dar forma ao instituto, vedada a imposição de limites materiais, o que aconteceria com a aplicação irrestrita do princípio da subsidiariedade.

Ademais, argumenta-se nesse sentido que o ordenamento pátrio dispõe de inúmeros meios processuais idôneos, de modo que sempre haverá algum formalmente apto a impugnar o ato tido por lesivo ou na iminência de lesar preceitos fundamentais, ainda que não seja comprovadamente capaz, eficiente ou eficaz no tocante a sanar a lesão impugnada.

Dessarte, não havendo uma atenuação do sentido literal do princípio da subsidiariedade quando de sua aplicação, tornar-se-ia a ADPF um instituto despido de aplicabilidade. Assim, para essa tese, seria mais adequada a interpretação moderada da

subsidiariedade, exigindo prudência na interpretação da regra, com vistas a permitir a utilização desta ação constitucional, que tem o condão de prevenir e reparar de modo efetivo lesão a preceito fundamental causado por ato de Poder Público.

Com ponderação, discorre Roberto Mendes Mandelli Júnior (2003, p.131):

A característica da subsidiariedade é um requisito de admissibilidade, apresentando-se portanto, como um mecanismo de filtragem que delimita a possibilidade da utilização da arguição. Os preceitos constitucionais fundamentais e a taxativa capacidade processual ativa também podem ser considerados mecanismos de filtragem.

[...] No entanto, desde já, necessário ressaltar que a lei e a própria decisão do STF não estabeleceram o prévio esgotamento do "outro meio", mas seu prévio esgotamento sem real efetividade. (MANDELLI JÚNIOR, 2003, p.131)

Depreende-se da análise, portanto, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental está inserida no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, e não à sua margem, devendo ser interpretada e aplicada em consonância com os outros mecanismos de controle com o fim de tornar plena a proteção da Lei Maior e de seus direitos fundamentais.

1.4.2 Descumprimento de preceito fundamental

Não integram o ordenamento pátrio, tampouco o texto da Lei Fundamental, a definição e o alcance precisos de "preceito fundamental", cuja lesão enseja a propositura da ADPF, havendo maiores discursos sobre o assunto na doutrina e na jurisprudência.

Dessa forma, presume-se que a utilização da palavra preceito busca tornar o paradigma mais amplo, não se restringindo aos princípios fundamentais arrolados no Título I da Carta Magna de 1988, e sim abrangendo todas as normas passíveis de serem classificadas como fundamentais, expressas ou implícitas, tendo em vista que incluem-se no rol aquelas decorrentes da Constituição.

Não se deve olvidar que não existe hierarquia jurídica entre normas da Constituição, contudo, mesmo entre as normas materialmente constitucionais, podemos destacar aquelas "que se singularizam por seu caráter estrutural ou por sua estatura axiológica" (BARROSO, 2009, p. 278). Dessa forma, a utilização da expressão preceito fundamental busca esclarecer que a violação de certas normas, que podem ser princípios ou regras, pode trazer decorrências mais gravosas ao sistema jurídico como um todo.

Nesse sentido, Roberto Mendes Mandelli Júnior (2003, p. 113) assevera que "essa idéia de mandamento, ordem ou comando, ou mesmo valores constitucionais, está contemplada em preceitos constitucionais, cujo conteúdo pode tomar forma tanto em regras ou dispositivos como em princípios constitucionais" (MANDELLI JÚNIOR, 2003, p. 113).

Embora este termo conserve um aspecto vacilante próprio dos conceitos indeterminados, existe no corpo constitucional um grupo de normas que indubitavelmente devem estar abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais, assim preceitua Luís Roberto Barroso (2009, p. 279):

Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (arts. 5º e s.). Aqui se travará, por certo, a discussão acerca da fundamentalidade ou não de determinados direitos contemplados na Constituição brasileira, não diretamente relacionados à tutela da liberdade ou do mínimo existencial. Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrentes diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos *sensíveis* (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal. (BARROSO, 2009, p. 279)

Tal rol não é taxativo, mas um parâmetro, o qual deve ser levado em consideração na aferição de cada arguição apreciada pelo STF.

Cumprido ressaltar que é preciso definir elementos mínimos de argumentação no sentido de evitar a banalização do instrumento, transformando-o em uma via de discussão de qualquer tipo de controvérsia constitucional.

Dessa maneira, novamente aludindo às palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p. 279), mencionam-se alguns parâmetros para que se reconheça a possibilidade e utilidade do ajuizamento da ADPF:

A questão constitucional discutida: (a) deve interferir com a necessidade de fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental; (b) não pode depender de definição prévia de fatos controvertidos; e (c) deve ser insuscetível de resolução a partir da interpretação do sistema infraconstitucional. (BARROSO, 2009, p. 279)

1.4.3 Competência e legitimidade

As duas espécies de ADPF são modalidades de processo objetivo submetido à jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal, para processo e julgamento, consoante expressamente previsto na Constituição de 1988, em seu art. 102, §1º, anteriormente transcrito.

Cabe à Corte Suprema exercitar o juízo de admissibilidade discricionário no sentido de dar ou não conhecimento ao processo impetrado, analisando a existência de relevante interesse público, pois a ADPF não é instância recursal para os julgamentos do Judiciário, cabendo ao próprio STF a escolha das ações que devem ser processadas e julgadas, pondo em prática o princípio da subsidiariedade (BULOS, 2009, p. 245).

Não consta expressamente do texto constitucional a previsão da argüição no âmbito estadual, contudo, pode ser instituída pelo constituinte estadual, cuja competência para processo e julgamento será do Tribunal de Justiça de cada Estado, com esteio no princípio da simetria com o modelo federal que permite tal exercício de autonomia a estes entes federados.

Entretantes, este tipo de ação, se instituída pelo poder derivado decorrente, não tem paradigma nem objeto próprios, pois os preceitos fundamentais estaduais obrigatoriamente devem decorrer da Constituição Federal, e os atos municipais e estaduais já são passíveis de ADPF federal, o que esvazia a necessidade e utilidade do instituto, motivo pelo qual foi instituído apenas em poucos estados da Federação.

Por se tratar de um processo objetivo, na argüição de descumprimento de preceito fundamental não há partes litigando em defesa de direitos subjetivos, tampouco de interesses próprios, mas sim em busca da proteção da higidez objetiva do ordenamento jurídico (BARROSO, 2009, p. 293), do que se depreende que há partes apenas em sentido formal, tendo em vista que os arguentes possuem a capacidade processual de interpor a ação questionando um ato normativo ou comportamento do Poder Público lesivo a preceitos fundamentais.

O rol de legitimados ativos para a interposição da ADPF que está no art. 2º da Lei 9.882/99 coincide inteiramente com o que está no art. 103, I a X, da Carta Magna, a seguir elencado:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória

de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Prefeitos ou Câmara de Vereadores, bem como cidadãos foram excluídos da relação de propositores, tornando a ação, assim como as demais ações do controle abstrato, um instrumento processual eminentemente objetivo, pelo qual não seria possível a persecução de direitos subjetivos violados por descumprimentos de preceitos fundamentais.

Acerca da necessidade de observação da pertinência temática por alguns legitimados, dispõe Luís Roberto Barroso (2009, p. 294):

A legitimação ativa para a arguição, tanto autônoma quanto incidental, recai sobre os que têm direito de propositura da ação direta de constitucionalidade (art. 2º, I, da lei), constantes do elenco do art. 103 da Constituição Federal. O claro paralelismo instituído pelo legislador relativamente à autoria da ação leva à aplicabilidade da distinção existente entre legitimados universais – que podem propor a ação em qualquer circunstância – e os legitimados não universais ou especiais, aos quais se aplica o requisito da pertinência temática. (BARROSO, 2009, p. 294)

Por fim, a legitimidade passiva diz respeito àqueles que têm por obrigação prestar informações ao órgão ou agente que supostamente tenham praticado o ato vulnerador a preceito fundamental (BULOS, 2009, p. 247), mais especificamente, as autoridades ou os órgãos do Poder Público responsáveis pela edição ou realização do ato impugnado.

2 RAZÕES PARA A MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO VIGENTE ACERCA DA ANISTIA

2.1 Contexto de edição da Lei de Anistia

À semelhança de outros países da América do Sul, com exceção de Venezuela e Colômbia, a implantação de governos militares com características típicas de ditadura teve seu início e apogeu ao longo das décadas de 1960 e 1970, para, posteriormente, entrar em crise nos anos 1980, cedendo espaço à reabertura democrática e à conseqüente instalação de regimes legitimamente representativos na maioria dos países latinos (FERREIRA; DELGADO, 2007, p. 245).

Nesse sentido, desenvolveu a Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) (2007, p. 19), em Relatório publicado sobre o direito à memória e à verdade:

A ditadura militar brasileira não foi um fato isolado na história da América Latina. Na mesma época, regimes semelhantes nasceram de rupturas na ordem constitucional de outros países no subcontinente, tendo as Forças Armadas assumido o poder em consonância com a lógica da Guerra Fria. O mundo estava dividido em dois grandes blocos. Um pólo era comandado pelos Estados Unidos e o outro pela União Soviética. Essa divisão de poder mundial teve como cenário de fundo o resultado da Segunda Guerra, com as potências vencedoras dividindo o planeta em duas grandes áreas de influência. (SEDH, 2007, p. 19)

Na ótica militar, o movimento político de tomada do poder por meio de um golpe de Estado, instaurado em 1964, foi denominado de contra-revolução ou contragolpe; motivado por razões como a quebra da hierarquia e da disciplina, o caos social, a corrupção e a comunização da nação (DUTRA, 2004); e estabelecido em nome da segurança nacional, dando ensejo à instalação no Brasil de um complexo sistema repressivo para combater a subversão e, ao mesmo tempo, reprimir preventivamente qualquer atividade considerada suspeita por se afigurar como potencialmente perturbadora da ordem posta (MAGALHÃES, 1997).

Senão vejamos, novamente, as lições apreendidas da obra da Secretaria Especial dos Direitos Humanos (2007, p. 19):

Assim é que, no subcontinente, os anos 1960 e 1970 vão contabilizar um nítido fortalecimento, no âmbito do poder político, das forças que haviam resistido aos

governos de orientação nacionalista dos anos 1950, como o de Vargas, no Brasil, Perón, na Argentina, Paz Estensoro, na Bolívia, Jacobo Arbenz, na Guatemala, e vários outros. Como regra geral, os governantes buscam estreitar, no plano econômico, a associação com seus antigos aliados do capital externo, sob tutela militar nacional, e incorporam plenamente a estratégia norte-americana de contenção do comunismo, resumida pela Doutrina de Segurança Nacional.

Com base nessa doutrina, foram decretadas no Brasil sucessivas Leis de Segurança Nacional sob a forma de Decretos-Leis (DL), uma em 1967 (DL 314) e duas em 1969 (DL 510 e DL 898), de conteúdo draconiano, que funcionaram como pretenso marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva. O espírito geral dessas três versões da Lei de Segurança Nacional indicava que o país não podia tolerar antagonismos internos e identificava a vontade da Nação e do Estado com a vontade do regime. Se o alvo inicial eram apenas os opositores no plano partidário e na luta política clandestina, de fato a lei terminaria fulminando também a liberdade de imprensa. Ao estabelecer que os jornais e emissoras de rádio e televisão deviam contribuir para o fortalecimento dos objetivos nacionais permanentes, abria caminho para proibi-los de divulgar críticas contra autoridades governamentais porque não poderiam indispor a opinião pública contra elas, gerando animosidade ou a chamada guerra psicológica adversa. (SEDH, 2007, p. 19)

O governo instituído no regime militar recorreu a Atos Institucionais como instrumentos de imposição legal, os quais deram esteio à supressão casuística e irrestrita de direitos políticos e civis, desestabilizando completamente ou intervindo em toda a organização contrária aos interesses do ‘processo revolucionário’ (OLIVEIRA, 2009).

Os atos institucionais de maior profundidade introduziram reformas que demonstraram o principal sentido do projeto político em construção e execução pelos setores hegemônicos do regime militar: foram abolidas as eleições diretas para presidente da República, dissolvidos partidos políticos, instituído o bipartidarismo rígido, fechado o Congresso Nacional, suprimidas a independência e a imparcialidade do Judiciário, suspensos os remédios constitucionais, censurados os meios de comunicação, compulsoriamente aposentados inúmeros servidores públicos, expurgados militares, resultando na concentração quase que absoluta do poder no domínio do Executivo.

Nesse contexto conturbado, em 1974, Ernesto Geisel, presidente da linha ideológica que entendia ser o regime militar uma necessidade temporária, foi o primeiro a prometer uma distensão lenta, segura e gradual do modelo político vigente (OLIVEIRA, 2009). Entretanto, em sentido contrário, sob a pressão dos militares mais exaltados, ainda em 1977, aprovou o “pacote de abril”, com inúmeras medidas impopulares que buscavam tão somente a manutenção do *status quo*, sem mudanças significativas na conjuntura política e social do período.

Finalmente, em junho de 1979, o presidente João Batista Figueredo começou verdadeiramente a por em prática os mecanismos em prol da luta pela reabertura

democrática. Tal medida foi interpretada por grande parte dos segmentos da sociedade como uma estratégia governista para certificar que a transição do regime militar para o civil ocorreria de modo pacífico e seguro, confirmando a implantação da política de reabertura anunciada por Geisel.

Logo, a proposição do projeto pelo próprio governo correspondia aos anseios da oposição, ao mesmo tempo em que lhes retirava a iniciativa da proposta, vista de modo amplamente positivo pelos brasileiros (RODEGHERO, 2009).

Ademais, cumpre salientar que a anistia representava uma reivindicação antiga da sociedade brasileira como um todo, mobilizada por representantes do meio político e intelectual desde a implantação do regime militar em 1964, cuja adesão das mais diversas camadas sociais teve um crescimento considerável até a promulgação do diploma legal em 1979.

O movimento “pró-anistia” era encabeçado por entidades como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, as Comunidades Eclesiais de Base, a Comissão de Justiça e Paz, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Brasileira de Imprensa, a Sociedade Brasileira pelo Progresso da Imprensa, a Anistia Internacional, e, posteriormente, reforçada por entidades organizadas justamente com este fim, como Movimento Feminino pela Anistia e os diversos Comitês Brasileiros pela Anistia (RODEGHERO, 2009).

À época, o projeto governista recebeu inúmeras críticas em razão de seu caráter restritivo. O próprio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), atual proponente da argüição de descumprimento de preceito fundamental objeto do presente estudo, em parecer emitido pelo Conselheiro José Paulo Sepúlveda Pertence sobre o projeto da Lei de Anistia que tramitava no Congresso Nacional, no ano 1979, afirmava “tratar-se de críticas logo endereçadas à mesquinharia das discriminações e ressalvas que apequenam, desfiguram e desqualificam a proposição governamental” (FAGUNDES; PERTENCE, 1979, p. 1)

Nesse mesmo sentido, discorreu Carla Simone Rodeghero (2009):

Sabe-se que o projeto do governo foi alvo de muitas críticas, pelas suas limitações e pelo espírito de reciprocidade que o inspirava. Uma anistia que não contemplava crimes caracterizados como de terrorismo e que perdoava os chamados crimes conexos estava muito distante da tão desejada *Anistia ampla, geral e irrestrita*, *slogan* que se transformou em uma legenda da mobilização política de 1978 e 1979. Quando o projeto foi enviado ao Congresso, os debates – travados na imprensa, nos parlamentos, nas entidades ligadas à luta de diferentes categorias atingidas pelos atos de exceção da Ditadura – tornaram clara a oposição entre uma anistia restrita e recíproca e uma anistia ampla, geral e irrestrita. (RODEGHERO, 2009) (grifos do

autor)

Nesse contexto histórico e político, a anistia era interpretada pela sociedade como o principal instrumento de pacificação em prol do processo de transição, de modo a não comportar a adoção de medidas restritivas ou discriminatórias.

Logo, acerca do caráter objetivo do instituto, discorre Railda Saraiva de Moraes (1979, p. 12):

A anistia é medida de interesse coletivo, motivada, em regra, por considerações de ordem política, inspiradas na necessidade de paz social, no sentido de fazer esquecer as comoções intestinas já conjuradas, bem como aplacar o ânimo do povo. [...] Das formas de indulgência estatal é que se reveste de forma extintiva mais enérgica e produz mais amplos efeitos jurídicos. Extingue a ação ou a condenação; faz desaparecer o próprio crime e com ele seus efeitos penais, sobrevivendo, apenas, as obrigações civis. Pode ser concedida antes ou depois da condenação, alcança o crime em qualquer momento da marcha do processo, ou mesmo antes que este se inicie. É medida de harmonia e pacificação, às vezes a única possível e capaz de restaurar a tranqüilidade no ambiente social e político, conturbado por dissensões políticas. (MORAES, 1979, p. 12)

O projeto de lei foi, então, alterado, para ceder lugar a propostas mais consoantes com o consenso nacional. Dos partidários da modificação do projeto apresentado, grande destaque deve ser dado à Ordem dos Advogados do Brasil, que dispôs, em parecer enviado ao Senado Federal em 1979, acerca da necessidade de utilizar tal instituto no interesse da paz social, desarmando a população e dissipando o ódio e o revanchismo (FAGUNDES; PERTENCE, 1979, p. 4-5).

Em parecer, à época, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, através dos conselheiros João Paulo Sepúlveda Pertence e Eduardo Seabra Fagundes, declarou o seguinte:

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. (FAGUNDES; PERTENCE, 1979, p. 5)

Desse modo, após intensos debates entre os mais diversificados setores sociais, a concepção que prevaleceu e embasou o projeto governamental foi a de anistia como amnésia. Tal posicionamento foi aprovado e legitimado pela opinião pública, consoante Carla Simone Rodeghero (2009) dispõe:

[...] a vitória da anistia esquecimento não se deu apenas pela maioria que o governo dispunha no Congresso, em agosto de 1979. A consolidação da amnésia foi resultado de posturas assumidas pela própria oposição ao Regime e pela sociedade como um todo, depois da aprovação da lei. Contribuíram, para isso, os discursos militares, autoridades civis e da grande imprensa que diziam que o tema da tortura era intocável depois da anistia (considerada) recíproca. Quem tocasse em temas

como esse, estaria sendo revanchista. (RODEGHERO, 2009)

A lei foi promulgada em 28 de agosto de 1979, foram anistiados todos os que, de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos; de motivação política; ou conexos a eles, de qualquer natureza; além de crimes eleitorais. Entretanto, a lei nunca representou uma unanimidade no País e, trinta anos após sua sanção, a Ordem dos Advogados do Brasil interpôs a argüição de descumprimento de preceito fundamental n.º 153 questionando a constitucionalidade do mencionado diploma legal, pleiteando uma interpretação mais clara por parte do Supremo Tribunal Federal do trecho da lei “crimes de qualquer natureza”, de modo que a anistia concedida aos autores de crimes políticos e seus conexos não se estenda aos crimes comuns praticados pelos agentes públicos do Estado.

Procede-se, por conseguinte, a uma análise da referida ação, com o fito de invocar as preliminares e as razões do mérito, analisando-as e concluindo de modo crítico.

2.2 Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153: argumentos da inicial em sede de preliminares e mérito

A exordial foi ajuizada no Egrégio Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aos 21 (vinte e um) dias do mês de outubro do ano de 2008, informando, em síntese, tratar-se do questionamento dos dispositivos legais art. 1º e §1º da Lei de Anistia (Lei 6.683/1979), quais sejam:

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.

Por se tratar de ADPF, o pólo ativo iniciou suas razões com a demonstração, em sede de preliminares, da presença de todos os pressupostos de cabimento da ação, cujos requisitos são a subsidiariedade, a ameaça ou lesão a preceito fundamental, a relevância do fundamento da controvérsia constitucional e o objeto do questionamento ser lei ou ato

normativo, tratados no primeiro capítulo

Na definição de De Plácido e Silva (2008, p. 1088):

Na terminação processual, *pressupostos* entendem-se os *elementos necessários* para que se possa proferir a decisão, ou seja, as *condições* que precedem a propositura da ação, a fim de que com justa razão possa ser administrada a justiça.

Desse modo, revelam-se as condições ou os requisitos, que se devem mostrar antes, para que se tome conhecimento da ação e possa esta ser julgada. (SILVA, 2008, p. 1088)

Por subsidiariedade, fincou-se na inicial o entendimento de que só seria cabível a interposição da ação diante da inexistência de outro “meio de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, já ajuizado com referência ao objeto da ADPF” (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 9). Reforçando tal juízo invocaram-se, primeiramente, as palavras do Ministro Celso de Mello e, por conseguinte, do Ministro Gilmar Mendes, ambos do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que exprimiram:

[...] o princípio da subsidiariedade não pode – nem deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

[...] Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a argüição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle de controle normativo abstrato.

[...] É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significativo prático. (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 10)

A doutrina, retratando também o entendimento da Corte Suprema brasileira, esclarece o juízo predominante acerca da subsidiariedade como requisito para a admissão da argüição de descumprimento de preceito fundamental, no sentido de não ser irrestrita a aplicação do princípio da subsidiariedade, bastando, para a sua caracterização, a impossibilidade de sanar a lesão por meios eficazes de controle abstrato.

Conforme leciona Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 474):

[...] é forçoso reconhecer que o STF persistirá em seu entendimento de que a ADPF está gravada com a cláusula da subsidiariedade que o legislador ordinário lhe destinou, de tal sorte que não se admitirá a argüição quando for cabível outra ação ou recurso capaz de sanar a lesão a preceito fundamental. Contudo, segundo o próprio STF, a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, não basta, por si, para justificar a invocação da subsidiariedade, pois, para que essa cláusula posse legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à argüição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a

situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse *writ* constitucional. (CUNHA JÚNIOR, 2009. p. 474)

Prosseguindo, com o intento de comprovar a controvérsia relevante, foram trazidos aos autos pelo proponente diversos trechos de manifestações de vários expoentes da sociedade jurídica e política, como o ministro da Justiça Tarso Genro, o ex-presidente do Supremo Carlos Velloso e o jurista Tércio Sampaio Ferraz Júnior, salientando a divisão de opiniões sobre o assunto.

No debate, em sentido favorável à responsabilização dos militares pelos crimes de tortura perpetrados no período da ditadura no País, Paulo Abrão, presidente da Comissão de Anistia afirmou à Folha Online, em 28 de agosto de 2008: “Eu acredito que os crimes de tortura não são políticos, portanto não prescreveram” (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 3). Reforçando a idéia, foi invocada a opinião do juiz espanhol Baltasar Garzón, responsável pela decretação da prisão do ditador chileno Augusto Pinochet, nos seguintes termos:

Quando se trata de crimes contra a humanidade, entendo que não é possível a anistia e que a prescrição também não é possível. Há a primazia do direito internacional sobre o direito local sempre quando o país que estamos falando faz parte do sistema internacional de Justiça, como é o caso do Brasil. (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 4)

Por outro lado, encorpando o debate na sociedade e demonstrando a existência de controvérsias no entendimento, foram trazidas à lume, diversas manifestações expressando a contrariedade ao mérito do que estava sendo alegado. Tiago Bottino do Amaral, criminalista e professor de Direito da FGV, em seminário patrocinado pelo Ministério da Justiça, dispôs que não há base legal para a punição de militares por tortura, pois não havia lei tipificando o crime à época, e os delitos estariam prescritos, posto que a Constituição somente determina a imprescritibilidade para os crimes de terrorismo e atentado contra o Estado (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 4).

Com o mesmo entendimento, foi citado o ex-presidente do STF Carlos Velloso que se manifestou contrário à revisão da lei, por considerá-la um assunto superado, que merece esquecimento e expressa perdão, ademais ressaltou a existência de crimes do lado dos opositores do regime (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 4).

Por fim, as colocações de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 5):

Em primeiro lugar, pondere-se que a anistia é obliúo, esquecimento. Juridicamente ela provoca, na verdade, a criação de uma ficção legal: não apaga propriamente a infração, mas o direito de punir, razão pela qual aparece depois de ter surgido o fato criminoso, não se confundindo com uma nova ação legislativa, isto é, não

transforma o crime em ato lícito. [...] Em segundo lugar, excluir o torturador da anistia referente àqueles que cometeram crimes conexos sob o argumento de que se trata de crime contra a humanidade e, portanto, imprescritível provoca um efeito que há de desnaturar o caráter geral e irrestrito da lei, conforme lhe reconheceu o Superior Tribunal Militar. (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 5)

No sentido de demonstrar a existência de lesão a preceito fundamental, sustentou o proponente que a interpretação adotada viola frontalmente o texto constitucional, sem, contudo, designar e individuar os dispositivos alcançados.

Ademais, restou claro que o objeto da demanda seria um ato normativo, em assonância com o que pressupõe a modalidade do remédio judicial invocado, que visa o controle abstrato somente de norma em sentido estrito.

Iniciando o debate acerca do mérito da contenda, o arguente sustentou tratar-se de um dispositivo tecnicamente inepto, pois teria sido “redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos do regime militar” (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 13).

Afirmou ainda o proponente a impossibilidade da ocorrência de conexão criminal, pois para a sua configuração é imprescindível a identidade de propósitos entre os agentes; bem como impôs que os crimes cometidos pelos funcionários do Estado são comuns, mas que os dispositivos atacados da Lei de Anistia visam exclusivamente anistiar os crimes comuns cometidos pelos mesmos agentes dos crimes políticos da época, ou seja, apenas os crimes comuns cometidos pelos opositores ao regime imposto (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 14-16).

Por conseguinte, o pólo ativo enumerou os preceitos fundamentais lesionados pela equivocada interpretação extensiva que foi dada ao dispositivo sob estudo. Logo, primeiro preceito constitucional maculado, sob a ótica dos proponentes, foi a “isonomia em matéria de segurança”, postulado no *caput* do art. 5º da Lei Maior:

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

Consoante o espírito constitucional, o princípio da isonomia prevê, em matéria de segurança, em suma, que independente de seu status pessoal, o agente será julgado por suas condutas ou pela prática dos tipos penais, de modo impessoal. Dessa forma, a anistia deve descriminalizar a conduta criminosa, alcançando os crimes previstos pela lei de modo estritamente objetivo.

Entretanto, para o argüente, a Lei de Anistia seria indeterminada, abrangendo de modo vago as mais diversas classes de crime ao utilizar os termos “crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos”, pois tal colocação seria deliberadamente destinada a abranger de modo indevido os agentes do Estado (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 17).

Prossegue o arguente aferindo que a utilização da expressão “crimes praticados por motivação política” estaria baseada em um critério de escusa de consciência pessoal, a qual seria aferida no caso concreto, retirando a peculiar objetividade da anistia, pois a concessão seria decidida pelo juiz de primeiro grau quando da análise da ação.

Seguem-se as palavras do arguente (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 18):

Há os que 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. (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 18)

Desse modo, para o autor, tal procedimento, amparado na interpretação que vem sendo dada à Lei de Anistia, não trataria os agentes com a isonomia almejada na Carta Magna.

Ainda questionando a ausência de tratamento isonômico por parte da Lei de Anistia entre agentes do Estado e opositores do regime, ressaltou o proponente que a exceção legal apenas aplicou-se aos que não eram agentes da repressão, excetuando-se da anistia os condenados por terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal, ou seja, justamente os delitos típicos daqueles que se insurgiam contra o Estado (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 19).

O próximo preceito fundamental questionado no bojo da exordial foi o malferimento do princípio de não ocultar a verdade, ou seja, o direito à informação.

Afirmou ser inadmissível que os órgãos estatais – servidores do povo, portanto, apenas representantes dos legítimos detentores do poder constituinte – “sejam autorizados a ocultar, *coram populo*, a identidade dos agentes públicos que praticaram crimes contra os governados”, cuja única exceção admissível seria em casos de extremo risco à preservação da segurança do Estado e da sociedade. Ainda assim, no ponto de vista do arguente, tal hipótese não justificaria a manutenção do sigilo sobre ordens, ações e comportamentos dos agentes públicos até os dias atuais, sob a égide da Constituição Federal de 1988 (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 20-21).

Como preceito fundamental alcançado também pela interpretação da Lei de Anistia adotada e questionada na ação sob enfoque, foi alegado o “desrespeito aos princípios democrático e republicano”, diante da impossibilidade de a sociedade permitir que agentes do Estado, na condição de meros representantes do povo, atentem contra os próprios representados impunemente.

Nesse mesmo contexto, foi sustentado que a lei de auto-anistia foi votada por um Congresso Nacional sem legitimidade democrática, eleito de modo indireto por militares que estavam no governo, e, portanto, deveria ser submetida aos crivos da atual Carta Magna vigente para ser recepcionada de modo lícito. Dessa forma, por estas razões, defenderam a nulidade da Lei de Anistia brasileira, de acordo com os preceitos da Corte Americana de Direitos Humanos (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 22-24).

Por fim, o arguente invocou o preceito fundamental da dignidade humana, argumentando ter havido um inaceitável acordo que permutava a transição para o regime democrático em troca da impunidade dos funcionários do Estado que atuaram na repressão (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 25).

Pleiteando, no desfecho, ao Supremo Tribunal Federal a concessão de nova interpretação para a Lei de Anistia, declarando a não abrangência dos crimes políticos ou conexos praticados pelos agentes estatais contra opositores políticos no contexto da ditadura militar (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 28-29).

2.3 *Amicus curiae*: Associação Juízes para a Democracia

Constitui uma considerável inovação no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro a possibilidade de o relator do processo, considerando a relevância do assunto e a representatividade dos postulantes, consentir a manifestação de órgãos ou entidades interessados na ação, positivando a figura do *amicus curiae* no processo de controle, permitindo que a decisão tomada seja subsidiada por argumentos diferentes e novas alternativas interpretativas acerca do texto constitucional. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1175)

Assim, consoante Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 1175):

Em face do caráter objetivo do processo, é fundamental que possam exercer direito de manifestação não só os representantes de potenciais interessados nos processos que deram origem à ação de descumprimento de preceito fundamental, mas também os legitimados para propor a ação. Independentemente das cautelas que hão de ser tomadas para não inviabilizar o processo, deve-se anotar que tudo recomenda que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a argüição de descumprimento de preceito fundamental assuma, igualmente, uma feição pluralista com a participação do *amicus curiae*. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.1175)

Ingressou na ação, desse modo, na condição de *amicus curiae*, a Associação Juízes para a Democracia (AJD), prestando manifestações favoráveis ao mérito da ação, conforme será melhor desenvolvido a seguir.

Em princípio, em sede de preliminares, a AJD iniciou a explanação salientando a presença dos requisitos para o cabimento da ação. Primeiramente, enumerou ações judiciais, em curso ou arquivadas, cujos objetos têm pertinência temática com os delitos perpetrados à época do regime militar e com a anistia concedida por meio da Lei n.º 6.683/79, confirmando a existência da controvérsia judicial acerca das interpretações dos diplomas legais concernentes ao assunto, e, por conseguinte, ressaltou que se trata de legislação anterior à Constituição de 1988, razão pela qual não seria possível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, possibilitando, portanto, subsidiariamente, o ingresso no STF da argüição de descumprimento de preceito fundamental sob enfoque (MELLO, DALLARI; BOTTINI; TAMASAUSKAS, 2008, p. 2).

De início, com o intuito de demonstrar a pertinência da ação, a AJD buscou trazer aos autos pormenorizadamente o conceito de crimes políticos e conexos, com o fito de determiná-lo em conformidade com os preceitos constitucionais.

Nesse ínterim, dissertou sobre a acepção mista do conceito de crime político, pela qual se depreende que são aqueles que atentam contra os bens jurídicos essenciais à ordem constitucional, todavia a necessidade de haver um ânimo de mudança, ou seja, uma motivação política com vistas a transformar o modelo político vigente. A legislação brasileira não admite conceituação meramente subjetiva, havendo a necessidade de lesão a bens jurídicos específicos e relativos aos interesses do Estado e à soberania nacional (MELLO et al. 2008, p. 5).

Logo, não seria possível o cometimento de crimes políticos pelos agentes do Estado quando do exercício das atividades repressivas, pois estes não visavam modificar a ordem instituída, tampouco o modelo político vigente, mas protegê-los, defendendo dos opositores ao regime, consistindo, portanto, na prática de reiterados delitos de natureza

comum (MELLO et al. 2008, p. 11).

Prosseguindo em argumentação, a AJD definiu os tipos de conexão, material e processual, admitidos no ordenamento pátrio, afirmando a impossibilidade de sua ocorrência, em qualquer de suas modalidades, entre os crimes perpetrados pelos opositores ao governo e pelos agentes do Estado. Não haveria, pois, entre os dois segmentos identidade de desígnios, pressuposto do tipo material de conexão, tampouco simultaneidade de condutas suficiente a ensejar a ocorrência da conexão processual.

Dessarte, em síntese, ainda sustentou que nas hipóteses em que a Lei de Anistia incidiu descriminalizando os crimes ocorridos por motivação política, consoante prevê o §1º do art. 1º da Lei n.º 6.683/79, tal escusa de consciência, para se tornar aplicável, deveria ter sido observada concretamente, em cada caso, sendo insuficiente tal previsão legal para justificar o caráter amplo e irrestrito dado à interpretação do instituto da anistia (MELLO et al. 2008, p. 20).

O último bloco de idéias invocado pelo *amicus curiae* foi o da interpretação em conformidade com a Carta Magna de 1988, bem como dos preceitos violados pela interpretação vigente.

Em princípio, afirmou que o rol de condutas e práticas perpetradas pelos militares à época da ditadura contra opositores consubstanciaram atos de tortura e terrorismo, de modo que interpretar os dispositivos legais da lei de anistia questionados de modo a beneficiar os agentes do Estado seria incorrer em gravíssimas ofensas ao texto constitucional de 1988, bem como aos inúmeros tratados internacionais de direitos humanos aprovados e inseridos no ordenamento vigente, os quais são plenos de validade normativa.

Sustentou que ainda que estivesse expressamente previsto na Lei de Anistia a possibilidade de extinguir a punibilidade dos agentes do regime militar, haveria a necessidade “de um esforço hermenêutico intenso para afirmar sua compatibilidade com os preceitos constitucionais atuais e anteriores, e com as obrigações normativas assumidas pelo Brasil diante da comunidade internacional” (MELLO, et al. 2008, p. 25).

Portanto, a interpretação que está em vigor – e vem sendo aplicada – estaria semanticamente contrária ao texto constitucional, violando o conteúdo material de inúmeros preceitos da Carta da Magna de 1988, pois só estariam acobertados pelo manto da anistia opositores ao regime, que não cometeram crimes comuns, mas delitos tipicamente políticos.

Seguiu firmando o entendimento de que o instituto da auto-anistia seria

incompatível com a moral e a ética. Consoante o seguinte excerto:

Isso porque validar a expansão da extinção da punibilidade aos agentes do regime militar implica legitimar a auto-anistia. A elaboração de normas legais, em estados de exceção, que eximem seus próprios integrantes da persecução penal, é condenável sob a perspectiva ética, e sob o prisma da moralidade dos atos administrativos e legislativos. As normas de auto-anistia, pelo pesado vício de probidade que carregam, não ostentam validade jurídica, e o mesmo pode ser afirmado sobre qualquer interpretação da Lei de Anistia nesse sentido. (MELLO, et. al. 2008, p. 31)

Por conseguinte, salientou que o direito à informação é prerrogativa fundamental de todo brasileiro, devidamente amparado pela Constituição Federal; entretanto, a interpretação concedida à Lei de Anistia, impossibilitou a investigação de todos que perpetraram crimes durante o período do regime militar, consistindo um óbice à abertura dos arquivos referentes à época da ditadura (MELLO et al. 2008 p. 36).

Sustentou ser impossível virar a página deste assunto, sem torná-lo público, pois sem a apuração oficial e judicial dos fatos ocorridos, seria irrealizável a superação do assunto com os devidos ensinamentos para a história do País (MELLO et al. 2008 p. 36).

Por fim, argumentou acerca da utilidade prática da discussão tendo em vista o instituto da prescrição ter alcançado todos os crimes cometidos entre os anos de 1964 e 1985, período em que perdurou no País o regime militar; posicionou-se respaldando, porém, o entendimento de que os crimes de lesa-humanidade são marcados pela cláusula da imprescritibilidade, princípio positivado na Resolução 2332, de 18 de dezembro de 1967, da Assembléia Geral das Nações Unidas (MELLO et al. 2008 p. 42).

3 ARGUMENTOS PELA MANUTENÇÃO DA CONTINUIDADE INTERPRETATIVA

3.1 Informações prestadas pelo Senado Federal

O Senado brasileiro, em sede de informações, ingressou no processo manifestando-se contrariamente à inicial, tanto pela improcedência da ação, como, em caso de procedência, pelo indeferimento do mérito.

Consoante o entendimento emitido em parecer pelo Senado, preliminarmente, a petição inicial seria inepta, estariam ausentes pressupostos de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como o mérito não comportaria juízo favorável, conforme será desenvolvido pormenorizadamente em seguida.

De acordo com o Senado, a petição inicial é inepta, tendo em vista ser a Lei de Anistia uma norma de incidência instantânea, que se exauriu no mesmo momento em que adentrou o mundo jurídico, ainda na vigência da ordem constitucional anterior, não cabendo impugnação com parâmetro na Carta Magna de 1988, pois não incidiu sobre crimes ocorridos após a entrada da nova ordem constitucional (FERNANDES, 2008, p. 3-4).

Consoante esse entendimento, o controle de normas deve ocorrer tendo por paradigma a Constituição contemporânea aos fatos regidos pelo diploma legal questionado, não cabendo confundir a incidência da lei e os seus efeitos.

Como consequência, apontou o pedido como juridicamente impossível, pois não caberia controle constitucional propriamente dito, mas apenas uma análise acerca da recepção ou não do instituto com o advento da nova Carta Magna. Desse modo, ainda que não tivesse havido a recepção, a lei subsistiria até a chegada da nova Constituição, até o último dia de vigência da ordem constitucional anterior, quando a nova passa a vigorar expurgando o diploma legal do ordenamento jurídico (FERNANDES, 2008, p. 5).

Nesse sentido, invocou a lição do Ministro Paulo Brossard:

A lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita

os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra.

O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos à Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto, só por adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente. (FERNANDES, 2008, p. 5)

Ademais, sustentou que ainda que a atual Constituição não recepcionasse a Lei de Anistia, por tratar de lei penal, não poderia ocorrer a exclusão de seus efeitos, por serem mais benéficos (FERNANDES, 2008, p. 5).

Por fim, como argumento último a fim de comprovar a inépcia da inicial, argumentou a ausência do interesse de agir, pois o dispositivo atacado pela ADPF também foi previsto pela Emenda Constitucional n.º 26, de novembro de 1985, e este último dispositivo não foi questionado na ação.

Com a impugnação de apenas um dos dispositivos, o outro subsistiria mantendo o ordenamento intacto, retirando a utilidade e eficácia de decisão emanada do Supremo Tribunal Federal (FERNANDES, 2008, p. 6).

Prosseguiu em sua explanação alegando a ausência do pressuposto da controvérsia constitucional para a interposição da argüição de descumprimento fundamental, indicando a ausência de julgados questionando o assunto trinta anos depois da sua entrada em vigor. Afirmou que as controvérsias apontadas na inicial são apenas doutrinárias ou jornalísticas, mas não podem, portanto, ensejar o conhecimento da ação, pois meras discussões teóricas não impedem a normal aplicação da lei (FERNANDES, 2008, p. 7).

Em princípio, acerca do mérito, ressaltou ser o instituto da anistia destinado aos crimes políticos, conexos ou praticados por motivação política. Nesse sentido, os beneficiários da Lei de Anistia, sob nenhuma hipótese podem ser subtraídos do contexto histórico em que foram anistiados para serem novamente postos à disposição *jus puniendi* do Estado. Foi uma decisão essencialmente histórica, intrinsecamente ligada ao processo de redemocratização pelo qual passava o País.

Destacou a existência de inúmeros relatos do cometimento dos mais bárbaros delitos, classificáveis ou não como crimes políticos, por parte dos opositores ao regime, os quais foram também amplamente beneficiados pela indulgência da anistia.

Consoante o seguinte trecho:

Há diversos relatos de atos terroristas que foram praticados, assim como crimes políticos, conexos e motivados politicamente. Assassinatos, seqüestros, atentados a bomba e outras, ora classificadas por uns como “de resistência”, ora denominadas

como “subversivas” por outros, foram igualmente objeto de indulgência soberana de 1979. A Lei da Anistia os apagou. Por mais reprováveis e graves que tenham sido, desapareceram para sempre. (FERNANDES, 2008, p. 9)

Contestou o questionamento do arguente, que indagou na inicial se o Congresso Nacional possuía procuração das vítimas da repressão autorizando a proceder no acordo que resultou na criação da Lei de Anistia, enfatizando que o Congresso não age por meio de instrumento de procuração específica de cada brasileiro representado, mas por meio do sistema de representação política, sendo o voto concedido pelos cidadãos por ocasião das eleições o principal instrumento de legitimação (FERNANDES, 2008, p. 9).

Por fim, invocou que a arguição de descumprimento de preceito fundamental seria decorrente de razões ideológicas. Haja vista que o próprio CFOAB, com o passar do tempo, modificou completamente o posicionamento, posto que antes se manifestava favoravelmente a uma anistia ampla e irrestrita, e atualmente, propõe a ação no Supremo buscando limitar os efeitos e abrangência do diploma legal (FERNANDES, 2008, p. 9).

3.2 Defesa do Advogado-Geral da União

O procedimento percorrido quando da interposição da ação de descumprimento de preceito fundamental inicia-se com a análise da admissibilidade da ação; logo, o relator, considerando a pertinência e a importância da manifestação de interessados, pode admitir a intervenção de terceiros, por meio da figura do *amicus curiae*; em seguida, havendo pedido de medida cautelar, será este julgado, e não havendo, oportuniza-se aos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou o ato impugnado apresentar informações; por conseguinte, cabe ao Advogado-Geral da União oferecer manifestação contra ou a favor do mérito da ação; e, por fim, é concedido prazo ao Procurador-Geral da República para emitir parecer posicionando-se acerca da arguição.

Acerca da manifestação do Advogado-Geral da União, deve funcionar como curador do ato sempre que houver impugnação a ato normativo. Trata-se de missão institucional da qual não poderá declinar (TAVARES, 2008, p. 298).

Cumprе salientar, entretanto, que não se encontra constrangido a defender o ato

legal negligentemente, ainda que este sofra realmente com vícios de inconstitucionalidade.

Neste sentido, lecionam Mendes, Coelho e Branco (2008, p.1128):

Assinale-se, ainda, quanto à manifestação do Advogado-Geral da União, que, diferentemente do que decorre da literalidade do art. 103, § 3º □ citação para defesa do ato impugnado – , não está ele obrigado a fazer defesa do ato questionado, especialmente se o Supremo Tribunal Federal já se tiver manifestado em caso semelhante pela inconstitucionalidade. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1128)

Ainda em consonância com o pensamento supracitado, de que o Advogado-Geral da União deve zelar pelo princípio da presunção da constitucionalidade de leis e atos normativos, sem, contudo, olvidar aos princípios inseridos na Lei Maior como uma unidade harmônica e indivisível, seguem-se as precisas palavras de Zeno Veloso (2003, p. 92):

Obviamente, não se está a exigir do Advogado-Geral da União – cidadão de notável saber jurídico e reputação ilibada – que vá defender a norma legal ou ato normativo impugnado a todo e qualquer preço, em qualquer caso e circunstância, mesmo que a inconstitucionalidade salte aos olhos com toda a evidência, sem margem para qualquer dúvida ou vacilação (VELOSO, 2003, p. 92)

Dessarte, prosseguindo com a análise da argüição de descumprimento de preceito fundamental, seguem-se os argumentos trazidos aos autos pela Advocacia-Geral da União em defesa do dispositivo impugnado.

As preliminares argüidas pela AGU já foram anteriormente presumidas pelo Senado Federal por ocasião de sua manifestação, quais sejam: a ausência de comprovação da controvérsia judicial e a ausência de impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao assunto.

Consoante os seguintes excertos:

Entretanto, o argüente não demonstrou, em sua peça vestibular, a existência da controvérsia judicial a que se refere a lei. Isso porque, em momento algum, verifica-se a demonstração de pronunciamentos de órgãos jurisdicionais sobre a controvérsia relevante relacionada à aplicação da mencionada lei. De fato, o autor restringiu-se a transcrever interpretações promovidas por órgãos do executivo ou doutrinadores a respeito da mencionada lei. (FULGÊNCIO; LAFERTÉ, 2009, p. 8)

[...]

Evidencia-se, pois, a inutilidade do pleito autoral, cujo acolhimento por essa Corte Suprema (o que se admite por mera hipótese) seria insuficiente para desconstituir a anistia igualmente concedida pela Emenda nº 26/85, pois o pedido de atribuição de interpretação conforme à Constituição apresentado pelo requerente diz respeito, com exclusividade, à Lei nº 6.683/79 (FULGÊNCIO; LAFERTÉ, 2009, p.10)

Adentrando o mérito, para a AGU, anistia, inquestionavelmente, representa um esquecimento voluntário do delito, ou seja, uma causa de extinção de punibilidade, que, quando geral ou absoluta, não comporta exceções ou limitações. Em regra, deve ser direcionada a crimes políticos, mas nada impede que seja concedida a crimes comuns

(FULGÊNCIO; LAFERTÉ, 2009, p. 11).

Sustentou que o diploma legal foi fruto de uma negociação entre setores das mais diversas camadas da sociedade e os agentes do regime militar, o qual, à época, possibilitou a transição para o regime democrático, evitando e dissipando qualquer intenção revanchista por parte do novo governo (FULGÊNCIO; LAFERTÉ, 2009, p. 12).

Salientou, ademais, que o próprio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil observou a intenção abrangente que decorria do contexto em que a lei foi promulgada, reconhecendo a inexistência de discriminações e restrições por ambos os lados de beneficiados (FULGÊNCIO; LAFERTÉ, 2009, p. 13).

Nesse sentido, transcreveu o seguinte trecho do parecer enviado em 1979 pelo CFOAB ao Senado Federal pelo CFOAB acerca da amplitude no projeto da Lei de Anistia:

Ora, não há objeção retórica que possa obscurecer que a amplitude, com a qual o mencionado §1º definiu, como conexos aos crimes políticos, os crimes de qualquer natureza com eles relacionados, tem o único sentido de prodigalizar a anistia aos homicídios, violências e arbitrariedades policiais de toda a sorte, perpetrados nos desvãos da repressão política. (FULGÊNCIO; LAFERTÉ, 2009, p. 13)

Tal entendimento foi confirmado na jurisprudência pátria, de onde emanaram diversos julgados, trazidos aos autos da ADPF, no sentido de uma interpretação ampla para o instituto da anistia, senão vejamos:

RESP - CONSTITUCIONAL - ANISTIA - A anistia visa a superar fatos anteriores, podendo, inclusive, desconsiderá-los normativamente. Instituto de interpretação ampla, encontra restrições registradas pela própria lei que a concede. Não afronta, porém, o princípio da isonomia, a ponto de gerar desigualdade jurídica. No caso de retorno do funcionário ao serviço público, urge estabelecer o paralelo da situação funcional do interessado com a vida também funcional dos colegas. E de considerar-se, raciocinando com as máximas da experiência, que o impetrante teria obtido a mesma movimentação na carreira. Inadequado, porém, contemplá-lo com posição inatingida pelos colegas. (STJ - REsp 196681 – Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJ 19/04/1999 – p. 190)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. CRIME POLITICO. ANISTIA AMPLA. APLICAÇÃO DO ADCT. PRECEDENTES. - A anistia concedida, por atos considerados subversivos, foi a mais ampla, atingindo vencidos e vencedores, tanto que repetida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Recurso conhecido a que se nega provimento. (STJ – REsp 23757 – Min Peçanha Martins DJ 14/12/1992 – p. 23913)

Dessa maneira, consoante entendimento da AGU, não subsistiu qualquer dúvida acerca da interpretação ampla e irrestrita que foi almejada pelo legislador e ratificada pela sociedade.

Especialmente observando-se que a Carta Constitucional de 1988 reforçou o

caráter geral do instituto quando novamente dispôs no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 8º, o mesmo dispositivo da Lei de Anistia ora questionado Supremo Tribunal Federal (FULGÊNCIO; LAFERTÉ, 2009, p. 15).

Logo, realizar as alterações pleiteadas pelos arguentes seria limitar o universo dos destinatários da anistia, ou seja, uma modificação na hipótese de incidência do instituto conferindo um caráter restritivo dissidente da pretensão do legislador e do constituinte originário. A alteração interpretativa pretendida atingiria uma infinidade de situações jurídicas consolidadas, acarretando uma leitura jurídica mais gravosa da norma, o que é constitucionalmente proibido no ordenamento pátrio (FULGÊNCIO; LAFERTÉ, 2009, p.16).

Observou a AGU que a desconstituição da anistia é medida que não encontra amparo na Constituição Federal, consoante indica o art. 5º, *caput* e incisos XXXVI e XL, que prevêm o princípio da segurança jurídica e a irretroatividade da lei penal mais severa.

Logo, a causa extintiva da punibilidade objeto do presente estudo produz efeitos concretos e limitados no tempo; efeitos definitivamente indelévels, sob pena de se incorrer em retroatividade máxima e atacar frontalmente a segurança jurídica que um dos pilares do Estado Democrático de Direito (FULGÊNCIO; LAFERTÉ, 2009, p. 17).

Neste sentido, em síntese, expõe:

Vê-se, pois, que à luz dos postulados constitucionais contidos no *caput* e no inciso XL do art. 5º da Lei Maior, não há como se admitir que a ordem jurídica inaugurada com a Carta de 1988 retroaja para atingir situações consolidadas quase dez anos antes de sua promulgação, revestindo-se do caráter de lei penal mais gravosa. O art. 5º, inciso XLIII, da Constituição encerra disposição mais grave acerca de causa extintiva de punibilidade, razão pela qual apenas os crimes de tortura praticados após a promulgação da Carta de 1988 encontram-se sob o âmbito de aplicação do postulado. (FULGÊNCIO; LAFERTÉ, 2009, p. 21)

Não obstante, ressaltou terem sido todos os delitos atingidos pelo instituto da prescrição; haja vista que a Constituição Federal classifica como imprescritíveis exclusivamente os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (FULGÊNCIO; LAFERTÉ, 2009, p. 21).

Diante do exposto, verificada a compatibilidade material da Lei de Anistia com a Carta Magna de 1988, não merecem acolhimentos os argumentos que invocam vícios formais quando da criação do diploma legal, pois para a recepção de legislação anterior à Constituição basta a verificação da compatibilidade de seu conteúdo.

Sustentou ainda que a Lei de Anistia não constitui um óbice à abertura dos arquivos sigilosos relativos à época da ditadura, posto que a Lei nº 6.683/79 não versa sobre

assunto, pois este é objeto das Leis n.ºs 8.159/91 e 11.111/05, cujas validades também foram impugnada pelo mesmo proponente da ADPF n.º 153 na ADI n.º 3.987.

Por fim, observou que o Conselho Federal voltou-se contra a própria opinião, pois à época da criação do diploma legal manifestou-se irrefutavelmente contrário às restrições propostas no projeto de lei; e, por ora, décadas depois da consolidação do instituto propõe o questionamento sob estudo perante o Supremo Tribunal Federal (FULGÊNCIO; LAFERTÉ, 2009, p. 25).

3.3 Custos legis: manifestação da Procuradoria-Geral da República

Os procedimentos relativos aos processos constitucionais objetivos prevêm a participação do Ministério Público em todas as ações de competência do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos o art. 103, §1º, da Constituição Federal:

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse ínterim, a lição de Tavares (2008, p. 298):

Ora, o Ministério Público, indiferentemente de ocupar a posição de autor da ação ou não, sempre há de oferecer seu parecer, enquanto ocupar a posição constitucional de *custos legis*.

Numa interpretação conforme à Constituição, há de ser tal regra compreendida no sentido de que a manifestação do Procurador-Geral da República é cabível independentemente da verificação de quem seja o requerente. (TAVARES, 2008, p. 298) (grifos do autor)

A manifestação do Ministério Público discorre, em princípio, acerca das preliminares arguídas ao longo da ação.

Primeiramente, tratou da preliminar suscitada no sentido da inexistência de comprovação constitucional ou judicial por parte do arguente.

No entendimento colacionado aos autos, o Ministério Público sustentou que as modalidades de ADPF, autônoma e incidental, não estão definidas de modo estanque na lei, em dispositivos específicos e isolados.

Na verdade, cada modalidade seria resultado de uma combinação do *caput* e do inciso I do art. 1º da Lei n.º 6.683/79; do que decorre o seguinte, se interpretado

conjuntamente todo o artigo, bastaria a demonstração de dissidências jurídicas sobre o assunto, prescindindo a comprovação literal de controvérsia constitucional (SANTOS, 2009, p. 4).

O proponente da ação sob comento supôs duas hipóteses para a configuração da inconstitucionalidade da lei: a redação da lei não era suficiente a abranger os agentes do estado e foi interpretada de modo equivocado para permitir tal benesse, ou a própria previsão normativa era terminantemente incompatível com a Constituição Federal. Todavia, em qualquer das hipóteses existiriam lesões a preceitos fundamentais, no primeiro caso, quando da produção do ato normativo, e no segundo, através de atos materiais (SANTOS, 2009, p. 9).

Restou claro, entretanto, que o objeto da argüição é a validade da interpretação do ato normativo, que foi utilizada para afastar a persecução penal dos agentes estatais que cometeram delitos à época da ditadura (SANTOS, 2009, p. 10).

Em seguida, entendeu o Ministério Público não se tratar de ação incidental, pois não se discute a questão no bojo de outro processo judicial principal, configurando, na verdade, a ação sob estudo uma argüição de descumprimento de preceito fundamental do tipo autônoma, e justamente, em razão da inexistência de outras ações relativas à matéria, não subsiste a necessidade irrefutável de comprovação de controvérsia constitucional, bastando a dissidência jurídica em qualquer sede acerca da validade da norma ou de sua interpretação (SANTOS, 2009, p. 10).

Neste íterim, fez referência elementos que comprovam a divergência interpretativa no âmbito do Poder Executivo e da própria Suprema Corte, o que aniquila a suposição de que a propositura da ação teria amparo em meros debates acadêmicos, midiáticos ou doutrinários (SANTOS, 2009, p. 11).

Outra preliminar refutada no parecer ministerial foi a da imprescindibilidade de impugnação de todo o complexo normativo que dispõe acerca do assunto.

Segue-se trecho do parecer neste sentido:

Não prospera a alegação. A Emenda Constitucional nº 26/85, embora tenha reafirmado genericamente a anistia instituída em 1979, pela Lei nº 6.683, em favor dos autores de crimes políticos e conexos, não repetiu a norma diretamente questionada pela arguente (§1º do artigo 1º da Lei) (SANTOS, 2009, p. 13).

Em sede de preliminar também foi rebatido o entendimento de que os efeitos da lei haveriam se esgotado na data de sua edição, pois mesmo leis temporárias comportam

controle de constitucionalidade.

Segundo Tavares (2008, p. 299):

Aplicando-se a tese de que a ADPF deve apenas colmatar as lacunas deixadas pela ADIn, devem também ser incluídos como atos sindicáveis doravante pelo novel instituto: os atos normativos editados anteriormente a 1.988, os atos normativos “secundários” e os atos normativos municipais. Isso porque representam um conjunto de atos que, embora normativos, estão à margem do controle abstrato-concentrado brasileiro. (TAVARES, 2008, p. 299)

Logo, apenas o objeto da lei que está condicionado a referido período, não a sua vigência, pois sempre que estiverem sob julgo fatos ocorridos no período descrito, a Lei n.º 6.683/79 incidirá e regulará a situação jurídica. O objeto da lei é determinado, entretanto a vigência e indeterminada enquanto não houver, por qualquer meio, a sua exclusão do ordenamento jurídico.

Ademais, afirmou a PGR que não se pode confundir a incidência da lei com seus efeitos. Assim, os efeitos podem durar muito tempo após a incidência e mesmo a vigência, todavia, o que é combatido na exordial é a possibilidade de incidência atual em conformidade ou não com a Carta Constitucional. Dessarte, “a ADPF é o meio hábil para o controle de leis temporárias de vigência exaurida que violem ameacem preceitos fundamentais” (SANTOS, 2009, p. 16). Sendo, portanto, o único meio cabível para a impugnação desse tipo de diploma legal, cumpre satisfatoriamente a exigência da subsidiariedade.

Ainda, outra preliminar repelida pelo Ministério Público foi a ausência de indicação das autoridades responsáveis pelos atos lesivos aos preceitos fundamentais, pois a nova interpretação almejada pelo proponente atingiria todos os entes que têm relação com a persecução penal; mesmo porque, na modalidade autônoma de argüição, prevalece um controle objetivo da norma, cujo pronunciamento judicial tem efeitos genéricos, inexistindo legitimados passivos *stricto sensu*, pois na realidade busca-se discutir a validade da norma (SANTOS, 2009, p. 17-18).

Por fim, a última preliminar levantada durante o processo e analisada pelo Procurador-Geral da República foi a carência de utilidade em razão da prescrição dos delitos, mas esta foi sumariamente refutada, pois a matéria da prescrição não constitui um óbice à apreciação do mérito da ADPF, haja vista que somente após a decisão da controvérsia, caberá a observação dos prazos prescricionais (SANTOS, 2009, p. 19).

Adentrando o mérito, logo de início, o Ministério Público alegou que o arguente utilizou-se de argumentos estritamente técnicos para pleitear perante o Supremo Tribunal

Federal a alteração interpretativa da Lei de Anistia; todavia, é imprescindível a realização do exame de controle de constitucionalidade dentro do contexto histórico em que foi criado o dispositivo impugnado (SANTOS, 2009, p. 19).

Quanto à obscuridade, interpretada pelos argüentes como mecanismo colocado de má-fé no corpo da lei para incluir na anistia militares que faziam parte do governo à época, entendeu o Ministério Público estar com razão a Advocacia-Geral da União, que observou a verdadeira intenção do legislador de imprimir um caráter amplo ao instituto e afastar quaisquer dúvidas quanto à abrangência da anistia que estava sendo concedida (SANTOS, 2009, p. 20).

Mesmo porque a anistia tem por destinatário, certos crimes, e não os agentes que os cometeram, tendo em vista o seu caráter objetivo.

Salientou que a interpretação concedida à lei foi pautada pelo princípio da reconciliação nacional, entendimento que estava em plena consonância com os anseios da sociedade brasileira naquele momento histórico (SANTOS, 2009, p. 21).

Ademais, afirmou que o ordenamento pátrio consagra a possibilidade de retroatividade apenas em benefício do réu, do que se depreende que a interpretação predominante deve ser ampliativa quando se tratar de normas benéficas. Dessa maneira, recorrer a institutos de direito processual penal como instrumento de limitação da abrangência do instituto seria inoportuno, haja vista que a comunhão de propósitos invocada pelo arguente não está expressamente prevista na Lei, muito pelo contrário, a limitação é bastante ampla, pois requer apenas que o crime tenha sido motivado por razões políticas (SANTOS, 2009, p. 22).

O Ministério Público, acerca do descumprimento de preceito fundamental de não ocultar a verdade, manifestou-se no sentido da inexistência de afronta a tal princípio, haja vista que “a anistia tem nítido caráter objetivo e impessoal, sendo a indeterminação dos beneficiários um traço característico do próprio instituto”. Assim, a interpretação restritiva da lei é que criaria dificuldades ao pleno exercício do direito à verdade (SANTOS, 2009, p. 23).

Dessa forma, na visão ministerial, as alegações técnicas refutadas já obstam à concessão da interpretação almejada pelo arguente, todavia, é necessário um exame associado ao contexto histórico de edição da lei, imprescindível para a adequada interpretação e para o juízo definitivo acerca do mérito.

Nas palavras do Ministério Público:

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 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. (SANTOS, 2009, p. 25)

Assim, consoante expôs, a Lei foi resultado de um amplo movimento em busca de processo de redemocratização pacificador. Neste sentido, ressaltou que, inicialmente, o projeto de lei estava distante do que desejava a sociedade, especialmente por seu teor discriminatório em que uns receberiam anistia e outros não (SANTOS, 2009, p. 25).

Trouxe aos autos a transcrição de inúmeras manifestações dos mais diversos setores da sociedade demonstrando a luta em prol de uma anistia ampla, geral e irrestrita, livre de rancores e ódios. A manifestação nacional era uníssona, a ponto de, após modificações, o texto ser aprovado no Senado Federal por unanimidade pelo plenário da Casa.

Afirmou que na época do debate acerca da criação da Lei, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil foi fundamental mediador entre as forças políticas e sociais com poder de viabilizar a transição para o regime democrático, defendendo a conciliação e pugnando por uma anistia livre de discriminações (SANTOS, 2009, p. 30).

Por essa vereda por fim, concluiu no sentido de que desconstituir a anistia como foi concebida seria romper com o compromisso firmado naquele contexto histórico (SANTOS, 2009, p. 35).

Em suma, o seguinte excerto extraído dos autos:

[...] O próprio processo constituinte, no desenvolvimento de seus atos, cria as barreiras de conformação jurídica do novo Estado, por meio da Constituição, é de se supor que as cláusulas de compromisso, firmadas nesse processo, sejam respeitadas sob a nova ordem constitucional, sob pena de negar-se ao direito a força que possui de integração social e de estabilizador das expectativas gerais de comportamento. Especialmente quando essas cláusulas se tornam normas jurídicas, como sucedeu com a Lei de Anistia. Por maior que seja a repulsa a acontecimentos degradantes de violência física e moral que marcaram aquele período de nossa história, não é possível sucumbir às próprias pré-compreensões, de modo a encobrir o sentido jurídico, político e simbólico da anistia como verificada. (SANTOS, 2009, p. 37-38)

4 SÍNTESE CRÍTICA

A ADPF n.º 153 ao longo de sua tramitação na Suprema Corte suscitou interesse e levantou questionamentos nos mais diversos setores da sociedade. A atenção despertada na mídia, na política, no meio acadêmico e na classe jurista foi extremamente oportuna, haja vista a importância do objeto de estudo, qual seja, a aplicabilidade da Lei de Anistia a uma camada específica de agentes do Estado que participou do momento político do regime militar, em face dos preceitos constitucionais trazidos com a Carta Constitucional de 1988, principal marca da implantação de um Estado Democrático de Direitos em nosso País.

Desse modo, como já foi mencionado inicialmente, o regime ditatorial implantado no País em meados dos anos 1960 não foi exclusividade brasileira, mas fazia parte, na verdade, de uma conjuntura mundial que tinha como modelo maior a bipolaridade que dividia o mundo em dois blocos, ligados a Estados Unidos e União Soviética, ou ao capitalismo e ao socialismo.

O Brasil permaneceu sob influência norte-americana, bem como todos os outros países da América Latina, e quando sentiu ameaças de resistência ao modelo nacionalista que estava sendo implantado, acirrou as medidas de segurança dando início ao período do regime militar mais severo que já vigorou no País.

Em síntese, historicamente, ocorreu o seguinte:

O regime militar brasileiro de 1964 - 1985 atravessou pelo menos três fases distintas. A primeira foi a do Golpe de Estado, em abril de 1964, e consolidação do novo regime. A segunda começa em dezembro de 1968, com a decretação do Ato Institucional nº 5 (AI- 5), desdobrando-se nos chamados anos de chumbo, em que a repressão atingiu seu mais alto grau. A terceira se abre com a posse do general Ernesto Geisel, em 1974 – ano em que, paradoxalmente, o desaparecimento de opositores se torna rotina –, iniciando-se então uma lenta abertura política que iria até o fim do período de exceção. (SEDH, 2007, p. 21)

Dessa forma, Ernesto Geisel assumiu a presidência em 1974, já anunciando um projeto de distensão lenta, gradual e segura. Entretanto, quando entregou o governo a seu sucessor, João Baptista Figueredo, o Brasil ainda não era totalmente democrático, mas já passava por uma repressão bem menos austera, criando a oportunidade para colocar em prática o projeto da Lei de Anistia almejado pela sociedade.

Senão vejamos:

No âmbito político, 1979 é o ano da Anistia, que foi aprovada em 28 de agosto,

envolvendo questões polêmicas [...] Mesmo incorporando o conceito de crimes conexos para beneficiar, em tese, os agentes do Estado envolvidos na prática de torturas e assassinatos, a Lei de Anistia possibilitou o retorno de lideranças políticas que estavam exiladas, o que trouxe novo impulso ao processo de redemocratização. (SEDH, 2007, p. 28)

Dessa maneira, atendendo aos anseios sociais foi criada a Lei de Anistia, considerada recíproca e geral, pois apagava os delitos cometidos por ambos os lados, tanto governo, como os que se opunham ao regime vigente.

Entretanto, após décadas da entrada em vigor do mencionado diploma legal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 21 de outubro do ano de 2008, ajuizou no Supremo Tribunal Federal a argüição de descumprimento de preceito fundamental n.º 153 questionando dispositivos da lei, bem como sua interpretação e aplicação aos agentes do Estado que fizeram parte do aparelho repressivo instaurado no País nas décadas de 1960 e 1970.

Os argumentos trazidos aos autos tanto por aqueles que são favoráveis ao mérito quanto pelos que não concordam com a mudança interpretativa na Lei de Anistia foram amplamente explorados no bojo deste estudo, os quais serão analisados pormenorizadamente em seguida.

4.1 Questões prejudiciais

Primeiramente, cumpre-nos tratar das preliminares e dos pressupostos da ação, os quais constituem requisitos para a constituição e para o desenvolvimento válido e regular do processo instaurado no mundo jurídico.

O verbete, nas palavras de De Plácido e Silva (2006, p. 1080):

[...] na linguagem forense, *preliminar* equivale a *prejudicial*. Designa a matéria ou a questão que deve ser conhecida e decidida antes que outra, pois, que se resolve favoravelmente, impede o exame e a solução da outra, a que está ligada. Assim, *preliminar* é toda questão ou toda exceção suscitada no curso de um processo, de tal relevância, que possa influir na decisão da causa ou a paralisar, quando resolvida favoravelmente. Por este motivo é que deve ser *conhecido antes* e decidida *antes da sentença final*. (SILVA, 2006, p. 1080) (grifos do autor)

4.2.1 Ausência de comprovação de controvérsia judicial

Suscitada pelo Senado Federal e pela Advocacia-Geral da União em sede de informações, a primeira questão prejudicial a ser analisada é a alegação da ausência de comprovação de controvérsia judicial ou constitucional acerca do ato normativo sob enfoque.

Segundo o entendimento doutrinário, a lei possibilita o ajuizamento de duas espécies de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com base no *caput* do art. 1º da Lei 9.882/99 e com base no inciso I do parágrafo único da mencionada lei, denominadas de autônoma e incidental, respectivamente.

Senão vejamos:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

O tipo autônomo previsto na cabeça do dispositivo, exige, em suma, para a sua interposição, a ameaça ou a violação a preceito fundamental por meio de ato do Poder Público ou equiparável. Do que se depreende que basta a configuração de atos materiais lesivos para configurar a hipótese de cabimento da ação nesta modalidade, independentemente da formação de contendas no âmbito judicial aptas a comprovar a lesão ou sua relevância.

Por sua vez, o tipo incidental da ação, descrito no inciso I do parágrafo único, pressupõe um litígio em andamento, no bojo do qual seria interposta a arguição de descumprimento de preceito fundamental, questionando ato normativo, com esteio em controvérsia constitucional de relevante fundamento.

Os suscitantes afirmaram que ação interposta é do tipo incidental, razão pela qual não poderia prosseguir sem a devida comprovação de controvérsia constitucional relevante. Todavia, cumpre observar que a suposta lesão a preceito fundamental questionada pelo arguente ocorreu tanto em decorrência da existência de atos materiais lesivos do Poder Público, tal qual a omissão na investigação dos agentes estatais, cuja persecução penal deveria ter sido, em tese, regularmente desenvolvida pelo Estado, como através do ato

normativo federal propriamente dito, o qual – supõe-se, inconstitucionalmente – teria acobertado com o manto da anistia estes agentes do regime militar supramencionados, autores de crimes não compreendidos pelo instituto.

Do que se infere que a ação poderia ter sido interposta em ambas as modalidades de ADPF. Logo, tendo em vista que não foi ajuizada de modo superveniente a outro processo principal, trata-se de uma arguição autônoma, a qual prescinde a comprovação direta e literal da aplicação do preceito constitucional a casos concretos apresentados ao Judiciário. O que resulta na impossibilidade do reconhecimento da questão prejudicial levantada.

4.2.2 Extemporaneidade da Lei de Anistia

Em seguida, cabe-nos a apreciação da preliminar apontada acerca da entrada em vigor anterior à Constituição e dos efeitos da Lei de Anistia, que teriam se esgotado na data de sua edição, impedindo a apreciação da ação, haja vista tratar-se, em tese, de diploma legal de efeitos jurídicos exauridos.

A relação entre as normas constitucionais promulgadas com o advento de uma nova constituição e o direito infraconstitucional precedente, no direito pátrio, rege-se pela teoria da recepção ou pelo princípio da continuidade da legislação ordinária, segundo o qual a nova ordem constitucional revoga a anterior, mas recebe as normas infraconstitucionais do ordenamento preexistente que com aquela não guardem qualquer tipo de incompatibilidade quanto ao objeto ou conteúdo, validando e conferindo a devida eficácia.

Nesse sentido, leciona Luís Roberto Barroso (2006. p. 266), o Supremo Tribunal Federal durante bastante tempo entendeu não caber controle de constitucionalidade com relação a direito preexistente. Se a incompatibilidade conduz necessariamente à revogação, uma ação de inconstitucionalidade com paradigma em uma norma preexistente materialmente incompatível estaria se ocupando com um diploma legal que, desde a entrada em vigor da constituição, já não integra o ordenamento jurídico. Com isso, o STF entende impossível a utilização de ADI com parâmetro em leis anteriores à Constituição vigente.

Entretanto, a lógica de tal raciocínio é quebrada quando, na prática, surgem

questionamentos acerca dessa compatibilidade material, dando ensejo a necessidade de criação de um mecanismo atípico de controle de constitucionalidade dessas leis. Com o intento de suprir tal lacuna, foi introduzida no ordenamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, que foi implantada juntamente com a Constituição, mas somente foi regulamentada por meio da lei n.º 9.882/99, que veio dar ao instituto aplicabilidade e preencher a omissão que existia com relação ao controle objetivo do ordenamento preexistente em face da Carta Magna atual.

Dessa forma, comprovadamente, é possível o ajuizamento de argüição de descumprimento de preceito fundamental com relação a atos normativos editados anteriormente à Constituição Federal de 1988, o que ocorre no caso da ação sob estudo, desconfigurando a primeira parte da tese preliminar suscitada de que não seria cabível a interposição da ADPF em razão da extemporaneidade da lei.

Não obstante, a outra parte da questão prejudicial sob análise diz respeito aos efeitos da lei, que, em tese, esgotaram-se instantaneamente, quando a lei adentrou o mundo jurídico.

A lei n.º 6.683/79 tem por objeto o instituto da anistia, concedida a determinados crimes cometidos entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Logo, o objeto da lei é que está devidamente delimitado, mas não os seus efeitos, que são permanentes, assim como sua possibilidade de incidência.

O que o arguente busca evitar é possibilidade de aplicação atual da lei, pois sempre que vierem a juízo situações ocorridas na época determinada no diploma legal, cujo regulamento se dê através da Lei de Anistia, ela será novamente invocada e aplicada, pois continua vigorando, gerando novos efeitos e perpetuando sua atuação no mundo jurídico. Justamente por ser possível sua aplicação, é plenamente passível de sofrer controle de constitucionalidade perante a Constituição atual, afastando a preliminar argüida.

4.2.3 Ausência de indicação das autoridades envolvidas

Ademais, em sede de preliminar, foi apontada a ausência de indicação concreta das autoridades envolvidas, anistiadas por meio do diploma legal questionado.

Acerca desse tema, basta uma análise acurada do próprio instituto, neste sentido vejamos as palavras de Railda Saraiva de Moraes (1979. P, 13):

A anistia dirige-se propriamente a determinados fatos, não a determinados indivíduos, beneficiando a todos aqueles que tenham participado de tais acontecimentos, salvo os que dela tenham sido expressamente excluídos. Em suma, a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém, embora efetivamente beneficie; o seu objetivo é apagar o crime, fazer desaparecer da ordem jurídica o fato anistiado, sendo, segundo Ruy Barbosa, “um ato político pelo qual se faz esquecer o delito cometido contra a ordem, o atentado contra as leis e as instituições nacionais”. (MORAES, 1979, p.13)

Desta forma, a anistia é ato de clemência emanado do poder público, competindo somente à União concedê-la e legislar acerca do tema; distingue-se das demais modalidades de graça, que visam ao indivíduo, justamente em razão de seu caráter objetivo.

Em regra, estende-se aos delitos conexos, ainda que o diploma legal não preveja expressamente, tendo em vista que a lei há de ser interpretada de modo favorável ao beneficiário, por meio da máxima utilização da interpretação extensiva (MORAES, 1979, p. 14).

Logo, não há como delimitar ou apontar os beneficiados com instituto, como pretende supor o arguente, posto que é característica elementar, sem a qual, descaracterizar-se-ia a anistia.

Do que se infere que todos, tanto os agentes estatais relacionados de algum modo com a persecução penal, que aplicaram a lei de modo equivocado e praticaram atos criminosos contra os oponentes ao regime, como todos os que cometeram crimes contra o sistema vigente, foram sujeitos passivos da Lei de Anistia. Foram beneficiados do mesmo modo os que cometeram os mais graves e repreensíveis delitos e os que apenas incorreram em infrações disciplinares leves ou de menor potencial ofensivo. Sobre todos a anistia agiu isonomicamente, sem distinção, de modo estritamente objetivo como pressupõe a própria essência do instituto.

Discute-se na ação sob enfoque a validade da norma, em abstrato, não a sua incidência concreta sobre indivíduos determinados, não cabe, neste caso, em razão do caráter do instituto e do tipo de ação intentada, a escolha de legitimados passivos definidos.

4.2.4 Ausência de impugnação de todo o complexo normativo

Foi sustentado nos autos que o arguente, ao propor a inicial perante o STF, não impugnou o dispositivo inserido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em 1985, através da Emenda Constitucional n.º 26, o qual dispôs acerca do instituto da anistia, nos mesmos termos da Lei n.º 6.683/1979, reiterando o que fora legislado pelo Congresso Nacional anterior.

Observe-se que, em 1985, já legislava constitucionalmente a Assembléia Nacional Constituinte que, três anos após estaria promulgando a Carta Magna vigente nos dias atuais. Do que se deduz que a Lei de Anistia foi expressamente reafirmada pelo constituinte originário, na vigência do Estado Democrático de Direito, sob cujas leis democráticas já vivia o País naquele momento político.

Prescinde de maiores digressões acerca do entendimento, pois, ao contrário do que indicou o arguente, não caberia impugnação contra a Emenda Constitucional n.º 26/85, tendo em vista que foi elaborada pelos mesmos autores que construíram a Constituição de 1988, a qual serviria de parâmetro para a suposta impugnação.

4.2 Do mérito

O arguente busca nova interpretação para o dispositivo questionado, cujo sentido não afronte normas constitucionais, tampouco preceitos fundamentais, resultando na exclusão do âmbito de aplicação do diploma legal dos agentes do Estado que cometeram crimes comuns contra opositores políticos.

Nesse sentido, de início, observe-se como De Plácido e Silva (2006, p. 764) define a conduta interpretativa:

Interpretação da lei é compreendida como a determinação ou a revelação do verdadeiro sentido de uma lei obscura, por dubiedade ou defeitos de redação, ou ainda por omissão, em relação aos feitos ocorrentes. A interpretação, pois, a respeito da lei, vem fixar sua inteligência ou seu sentido relativamente ao fato, a que deve ser aplicada, quando não é claro o seu pensamento, ou quando há dúvida acerca de seu pensamento, em frente ao fato concreto. Assim sendo, em sentido amplo, a

interpretação da lei deve ser também entendida como sua *adaptação* aos casos concretos, a fim de que, por essa forma, se obtenha uma justa aplicação dela, segundo o pensamento originário do legislador (SILVA, 2006, p. 764, grifos originais). (grifos do autor)

Primeiramente, observa-se, com esteio na lição supramencionada, que obscuridade ou necessidade de interpretação não revela, necessariamente, a existência de defeitos na lei, mas tão somente a necessidade do exercício da atividade interpretativa no momento de sua aplicação ao caso concreto.

Interpretar é atividade inerente à aplicação do direito, consoante as precisas palavras do Ministro Eros Grau:

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 definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção ao direito. (GRAU, 2009, p. 15)

Assim, o arguente busca fixar o entendimento de que a obscuridade, existente na lei, presumida na exordial, foi propositadamente utilizada com o fito de abranger ilegitimamente os agentes estatais, o que não se confirma em uma análise da lei considerando o momento de sua edição e seu contexto histórico.

Já foi, por demais, elucidado que a Lei de Anistia, na época em que foi elaborada, consistiu, antes de tudo, uma resposta aos anseios da sociedade que, há anos, buscava uma forma de pacificamente iniciar, no País, um processo de redemocratização.

Restou bem claro que as mais diversas camadas sociais buscavam a implementação de uma anistia irrestrita, ampla e geral, consoante indicava o *slogan* da campanha nacional pró-anistia da qual participaram milhares de brasileiros; tornando infundada a afirmação de que o Estado, de modo ilegítimo, acobertou com o manto da anistia os próprios agentes.

Cumprе salientar que estava evidente à população que, em nome a democracia, todos seriam anistiados, sem revanchismos ou exclusões, as quais acabariam por tornar o instituto um instrumento apto ao cometimento de novas injustiças.

Dessarte, a obscuridade não foi um subterfúgio utilizado pelos militares para serem beneficiados pelo instituto, pois os termos da anistia eram claros e foram aceitos pela sociedade, através de seus manifestos populares e do posicionamento dos órgãos representativos. Ademais, a necessidade de interpretação não constitui, por si só, fundamento suficiente para determinar tecnicamente a inépcia da inicial em razão dessa mesma

obscuridade.

Quanto à afronta a inúmeros preceitos fundamentais sustentada pelo arguente, dedica-se maior atenção a seguir.

Inicialmente, cumpre salientar que o objeto da ADPF n.º 153 é a possibilidade de mudança na interpretação do instituto para torná-lo constitucional. Todavia, por inúmeras vezes, na inicial, o proponente insurge-se contra o texto da lei propriamente dito e não contra a norma que dele emana, causando uma confusão argumentativa.

Assim, para o arguente, ao sustentar que o termo “relacionados” amplia indefinidamente as classes de crimes a serem atingidas com a benesse da anistia, alcançando de modo distinto indivíduos em situação isonômica, e vice-versa, questiona o texto legal, em vez de propor nova interpretação do diploma mencionado, razão pela qual, tecnicamente, não prospera o argumento utilizado de malferimento ao preceito fundamental da isonomia em matéria de segurança.

Contudo, não obstante a sustentação carecer de linearidade, é de grande valia observar que, ainda que o instituto da anistia tratasse isonomicamente aqueles em situação distinta, tal assertiva isoladamente não é suficiente para determinar a inconstitucionalidade da interpretação, tampouco do texto da lei, pois a isonomia, no caso, consiste em anistiar igualmente – ou não – os indivíduos, mesmo que se encontrem em condições desiguais, tendo em vista o caráter objetivo do instituto.

Outro preceito fundamental, na ótica do arguente, atingido pela interpretação concedida à Lei de Anistia é o direito à informação, contido no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição que garante o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral.

Para o proponente, tendo em vista a concessão de anistia a pessoas indeterminadas, as vítimas e familiares de vítimas já falecidas que foram atingidas de algum modo por crimes comuns cometidos pelos agentes do Estado não podem identificar quem foram os autores desses delitos, tampouco como e o que ocorria no interior dos locais destinados à prisão e detenção de pessoas consideradas subversivas ao regime militar.

Logo, sobre esse preceito, é imprescindível reiterar a objetividade inerente ao instituto da anistia, bem como a impossibilidade de individuação de seus destinatários, razão pela qual se diferencia de todas as outras modalidades de graça.

Todavia, reafirmar a interpretação já vigente do instituto da anistia não significa

corroborar com as atrocidades cometidas por governantes e governados durante o regime militar, tampouco coadunar com o entendimento de que culpados por crimes comuns foram anistiados injustamente; mas analisar as possibilidades reais e atuais de realizar nova interpretação retroagindo mais de trinta anos para alcançar e punir tais delitos.

Por conseguinte, o compromisso do Brasil, na condição de Estado Democrático de Direito, não é somente com a punibilidade dos agentes que supostamente foram anistiados de modo indevido, mas com a verdade histórica a que têm direito as vítimas e seus familiares acerca dos fatos ocorridos durante o regime militar.

Nesse sentido, o direito à memória e à verdade deve ser observado por dois lados, quais sejam, o acesso de vítimas e interessados aos arquivos relativos ao período da ditadura, bem como a manutenção da verdade histórica da anistia tal qual foi almejada e idealizada pela sociedade à época, tendo em vista a boa-fé dos atores sociais que lutaram animosamente em prol da consecução da anistia ampla, geral e irrestrita.

Quanto ao resgate da memória acerca dos fatos ocorridos durante o período repressivo, cabe-nos observar que não é a Lei de Anistia o principal óbice ao acesso aos arquivos, que até os dias atuais estão resguardados sob sigilo de Estado, mas a total ausência de mecanismos que possibilitem a publicização dos documentos e a possibilidade de sua utilização como fonte de informações sobre as vítimas políticas.

Entretanto, o Brasil não ficou completamente inerte nesse assunto. Justamente com este intuito de resgate histórico que, através da Lei n.º 9.140/1995, foi criada a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, que, há mais de uma década, vem desempenhando o trabalho de apurar e catalogar todos os casos de mortos e desaparecidos políticos visando garantir a reparação indenizatória aos familiares das vítimas e o remissão de um período fundamental que pertence à história do País (SEDH, 2007, p. 17).

Senão vejamos o que indica a obra resultado do trabalho desenvolvido pela própria Comissão:

A Comissão encerrou, no final de 2006, uma longa primeira etapa de suas atividades. Concluída a fase de análise, investigação e julgamento dos processos relativos aos 339 casos de mortos e desaparecidos apresentados para sua soberana decisão, que se somam a outros 136 nomes já reconhecidos no próprio Anexo da Lei nº 9.140/95, vem se concentrando, agora, em dois outros procedimentos.

O primeiro deles, iniciado em setembro de 2006, é a coleta de amostras de sangue dos parentes consanguíneos dos desaparecidos ou dos mortos cujos corpos não foram entregues aos familiares, para constituir um banco de dados de perfis genéticos – Banco de DNA – visando à comparação e identificação com certeza científica dos restos mortais que ainda venham a ser localizados, bem como de ossadas já separadas para exame.

O segundo é sistematizar informações sobre a possível localização de covas clandestinas nas grandes cidades e em áreas prováveis de sepultamento de militantes na área rural, em especial na região do rio Araguaia, no sul do Pará. Ao fazê-lo, a CEMDP estará cumprindo o disposto no Inciso II do Artigo 4º da Lei nº 9.140/95, que a criou: “envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados”. (SEDH, 2007, p. 17)

O desenvolvimento de atividades nesse sentido pode significar que o acesso aos arquivos e à história está em andamento, a despeito da Lei de Anistia, tendo em vista tratar-se de objetos distintos.

Os princípios democrático e republicano também foram trazidos aos autos da arguição de descumprimento de preceito fundamental como preceitos fundamentais maculados pela interpretação da Lei de Anistia.

O arguente sustenta que os agentes do estado, por óbvio, eram funcionários públicos, portanto, remunerados justamente pelo povo contra o qual se insurgira de modo indevido, bem como que os membros do governo criadores do instituto da anistia eram eleitos de modo totalmente ilegítimo, configurando ambas as hipóteses um claro atentado à democracia e à república.

Entretanto, pactuar com tal entendimento resulta em afastar a possibilidade de existência do fenômeno da recepção na vigência da Lei Maior de 1988.

O advento de nova ordem constitucional faz surgir consigo novo ordenamento jurídico. Dessarte, as normas do antigo ordenamento, em tese, devem ceder espaço às vindouras, entretanto, na prática, não é razoável conceber e introduzir uma legislação totalmente moderna, ampla e esparsa, por tratar das mais diversas relações sociais, ao invés de reconhecer e incorporar as normas anteriores, desde que compatíveis com a nova Constituição recém implementada.

Logo, acerca da teoria da recepção das normas infraconstitucionais, dispõe André Ramos Tavares (2008, p. 172):

Kelsen reconhece e enfrenta essa dificuldade de ordem prática. Consoante sua doutrina, no momento em que a nova Constituição é colocada em vigor, haveria, com ela, automaticamente, um processo de reconhecimento da legislação pretérita e, automaticamente, uma verificação de sua conformidade com a nova ordem que se estabelece. No caso de esta ocorrer, imediatamente, numa espécie de processo legislativo simplificado, a norma anteriormente editada passa a ter existência (e validade) perante a nova ordem jurídica. É o que comumente se designa como recepção das normas jurídicas pela nova Constituição. (TAVARES, 2008, p. 172)

A recepção é o mecanismo utilizado, portanto, para dar validade ao ordenamento infraconstitucional anterior à nova Constituição em vigor, pelo qual basta a compatibilidade

material entre as normas, não havendo a necessidade de observância do procedimento de formação do diploma legal passível de ser recepcionado.

Consoante Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 390):

Pelo princípio da recepção, continuam válidos todos os atos legislativos editados na vigência do ordenamento anterior, sendo recebidos e adaptados à nova ordem jurídica.

Logo, não precisam ser reeditados, recriados ou refeitos, mediante outra manifestação legislativa.

[...]

Assim, para as leis do ordenamento antigo serem recepcionadas é preciso que sejam compatíveis com a nova carta maior. (BULOS, 2009, p. 390)

Desse modo, quando questiona o arguente a legitimidade dos membros do Legislativo responsáveis pela criação do diploma legal sob contestação, analisa a compatibilidade formal da lei, afastando, dessa maneira, a possibilidade de recepção de qualquer ato legislativo emanado dos órgãos existentes durante todo período do regime militar, o que resulta em negação do instituto da anistia com relação a todos os seus destinatários, não somente para os agentes do Estado, mas todos aqueles que foram, em qualquer hipótese, beneficiados pela Lei objeto do presente estudo.

Em assonância com o que foi mencionado acima, a seguir excerto do voto do Supremo Tribunal Federal na argüição de descumprimento de preceito fundamental:

Pois é certo que, a dar-se crédito a eles [argumentos], 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. (GRAU, 2009, p. 23)

Foi argüida na inicial a nulidade do acordo firmado para possibilitar a transição do regime militar para o democrático, com amparo no preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, insta salientar que a anistia é um ato excepcional, de forma que os beneficiados pelo instituto não são submetidos a julgamento em um tribunal regular, mas perdoados através de sua concessão.

No caso brasileiro, foi a anistia, verdadeiramente, fruto de um acordo entre sociedade e Estado, donde se conclui, à época, ser o caminho mais fácil e seguro para alcançar a redemocratização, pela qual todos os brasileiros lutavam fervorosamente.

Sobre a luta pela Lei de Anistia, segue a lição:

Anistia foi uma das palavras de ordem da mobilização dos setores democráticos da sociedade civil. A rigor, o primeiro movimento organizado a partir dessa questão foi o Movimento Feminino pela Anistia, criado em 1975, por Terezinha Zerbini. A luta

pela anistia tornada pública e coletiva coincidia com as promessas de “distensão feitas pelo General Ernesto Geisel, cujo mandato se iniciara em março de 1974.

[...]

Com esse espírito, foram criados os primeiros Comitês Brasileiros pela Anistia (CBA), primeiramente no Rio de Janeiro (14/2/1978) e depois em São Paulo (12/5/1978), seguidos de outros Comitês estaduais que se reuniram em Salvador, no Encontro Nacional dos Movimentos de Anistia, em maio de 1978.

[...]

A campanha pela Lei de Anistia consagrava, no espaço público, os temas da democracia e dos direitos humanos como novos eixos da luta contra o regime militar, renovando inclusive a nova cultura política de esquerda, que passou a valorizar mais a questão democrática.

Ao longo do ano de 1979, a campanha pela anistia ganhou as ruas e coincidiu com a retomada do protesto público de grandes proporções contra o regime militar. As palavras de ordem pela anistia “ampla, geral e irrestrita” eram vistas e ouvidas não apenas em atos públicos do movimento, mas em comícios partidários e sindicais, em congressos estudantis e até em jogos de futebol. (BITTENCOURT, 2007, p.202-203)

Desse modo, não prospera o entendimento de que o acordo firmado foi decidido ao arrepio dos anseios da sociedade. Interpretar a anistia como um ato político dissidente do ideal nacional que imperava naquele momento histórico é retirá-la do contexto sócio-histórico em que se inseriu e no qual foi formada, modificando a história isoladamente, sem qualquer conexão com os fatos que ocorreram antes e depois da promulgação da Lei de Anistia.

Nesse sentido, vejamos as palavras do Ministro Eros Grau em voto proferido na ação sob comentário:

Toda a gente que conhece a 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.

[...]

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. (GRAU, 2009, p. 26)

Ademais, cumpre observar que a dignidade da pessoa humana, mais que um direito garantido no rol dos fundamentais, foi inserido na Carta Magna de 1988 entre os fundamentos da República Federativa do Brasil. Tal opção, segundo André Ramos Tavares (2008, p. 536), foi com o intento de “fazer com que a pessoa seja, como bem anota Jorge Miranda, ‘fundamento e fim da sociedade’, porque não pode sê-lo o Estado, que nas palavras de Ataliba Nogueira é ‘um meio e não um fim’”. (TAVARES, 2008, p. 536)

Logo, admitir a afirmação da anistia, como ocorreu na história do País, não significa abrir mão da dignidade da pessoa humana, posto ser este um dos pilares da República brasileira, sem o qual não sobreviveria a democracia, consoante as palavras do Ministro Eros Grau, em seguida, no bojo da arguição:

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. (GRAU, 2009, p. 31)

A anistia funcionou como autêntico instrumento de pacificação, sem o qual o processo de redemocratização pelo qual passou o País, em plena migração de um regime repressivo para outro amplamente democrático, teria ocorrido, por óbvio, de modo mais complexo.

Resta analisar o argumento trazido, em sua peça vestibular, pelo proponente, acerca da impossibilidade de considerar a ocorrência de conexão entre os crimes cometidos pelos agentes do Estado e os oponentes ao regime posto.

A despeito da existência de mais de um tipo de conexão criminal, com peculiaridades e classificações distintas, o instituto da conexão, *lato sensu*, diz respeito ao seguinte, nas palavras de De Plácido e Silva, (2008, p. 339):

[...] Serve o vocábulo, na terminologia jurídica para indicar a existência de uma *relação* íntima entre duas coisas, que uma não pode ser objeto de conhecimento perfeito sem que também se tome conhecimento da outra.

[...] Assim se diz das causas que se encontram tão intimamente ligadas, em que se anota uma relação tão estreita, que não podem ser conhecidas separadamente pelo julgador, visto que o julgamento de uma vem afetar o conteúdo da outra. (SILVA, 2008, p. 339)

Nesse íterim, para o arguente, não há a configuração formal da conexão criminal, todavia, é imprescindível observar o artigo sistematicamente, em conjunto com seu parágrafo primeiro, que visa conferir a devida amplitude ao instituto da anistia, senão vejamos:

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.

Da simples leitura dos dispositivos mencionados acima decorre o límpido

entendimento de que o diploma legal deliberadamente visou conferir um caráter abrangente ao instituto, bastando para a configuração da conexão almejada na lei a existência de crimes comuns (de qualquer natureza) ou políticos, desde que sejam relacionados com crimes políticos ou mesmo praticados por motivação política.

Do que se infere que, mesmo em se tratando de crime comum, praticado por agente do Estado ou por oponente, havendo a motivação política, foram considerado conexos para os efeitos da lei e, portanto, passíveis da anistia concedida no ano de 1979. Assim, o legislador buscou abranger com tal acepção do termo conexão os agentes estatais que cometeram crimes contra os que se insurgiam contra o regime de exceção, justificando o caráter amplo, geral, irrestrito e bilateral do instituto.

Nesse sentido, é certo que a anistia só não foi completamente ampla em razão da restrição aos condenados pela prática de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal, prevista no parágrafo segundo do dispositivo, mas é indubitável a sua bilateralidade.

Nessa senda, atente-se às palavras do Ministro Eros Grau, relator da ação sob análise:

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*. (GRAU, 2009, p. 35)

Acerca desse ponto, é imprescindível observar que a Suprema Corte historicamente manifesta-se de modo benéfico no tocante à inclusão no conceito de crimes conexos dos crimes comuns de qualquer natureza relacionados com políticos, ou cometidos por motivação política. Na ação em comento, o Ministro Relator Eros Grau torna manifesto esse pensamento trazendo à baila inúmeros julgados no mesmo sentido, cuja síntese pode ser lida nas palavras do Ministro Cezar Peluso, que resume “em tema de anistia, a interpretação tem de ser ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos” (GRAU, 2009, p. 41)

Nesse sentido, por fim, a lição do Ministro Eros Grau:

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. (GRAU, 2009, p. 50)

Logo, não prospera a intenção proponente de modificar a interpretação da Lei de Anistia, tampouco a de que tal interpretação seria um óbice ao exercício do direito à memória das vítimas do período do regime militar, havendo a premente necessidade de reafirmar tal direito e garanti-lo, possibilitando o seu exercício e a reparação, na medida do possível, dos danos sofridos pelos opositores do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordar a delicada temática da anistia apenas do ponto de vista jurídico-processual é lançar uma visão minimalista sobre o instituto, que teve o condão de alterar substancialmente as relações político-sociais que existiam no País à época da edição da Lei.

Dessa maneira, insta ressaltar que se buscou, quando da análise do instituto, ir mais fundo na problemática, com atenção às conseqüências que poderiam advir da procedência do pedido.

A ADPF n.º 153 buscou aniquilar a interpretação vigente da Lei de Anistia brasileira com o fito de excluir de seu âmbito de incidência os militares que durante o período da ditadura cometeram crimes comuns contra opositores do Estado.

Não se trata somente da alteração de uma lei comum, com efeitos instantâneos, de aplicação ordinária. A Lei n.º 6.683/1979 fez cessar a existência de delitos perpetrados no período compreendido por seu texto legal, o que a torna o seu exame complexo, dada a necessidade de observância da segurança jurídica e da irretroatividade penal *in pejus*.

Lei de efeitos permanentes, indelévels, mas de incidência instantânea e objeto delimitado. A anistia fez cessar de uma vez por todas os crimes políticos, cometidos em conexão com esses e motivados por razões políticas, independentemente da identificação dos agentes que perpetraram os delitos.

Não houve persecução penal, tampouco réus. Incidiu o perdão de modo amplo, geral, irrestrito e bilateral, como há de ser, em se tratando de anistia.

Não há substrato fático ou legal para proceder à persecução penal almejada pelos autores da ADPF n.º 153, tampouco real utilidade social. Mais importante é, no momento, focar nas vítimas e na reparação dos danos.

Por meio de leis, já foi reconhecida a responsabilidade do Estado brasileiro por vítimas e desaparecidos políticos; cumpre, portanto, às entidades responsáveis, colaborar na busca dos corpos e vestígios, na busca da verdade e da memória.

Padece, dessa feita, o País de mecanismos efetivos de resgate do direito à memória, consistindo o trabalho desenvolvido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos apenas o início da caminhada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à memória e à verdade**: comissão especial sobre mortos e desaparecidos. Brasília, DF, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009

COMPARATO Fábio Konder; MONTEIRO Maurício Gentil. ADPF n.º 153. **Petição Inicial**. STF, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira; DALLARI, Dalmo de Abreu; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. ADPF n.º 153. **Informações da Associação Juizes para a Democracia**. STF, 2008.

DUTRA, José Carlos. A revolução de 1964 e o movimento militar no Paraná: a versão da caserna. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 22, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000100014>. Acesso em 02 jun. 2010.

FAGUNDES, Eduardo Seabra; PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. ADPF n.º 153. **Parecer enviado ao Senado Federal**. 1979. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>> Acesso em 14 mai. 2010.

FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (org.). **O Brasil Republicano: o tempo da ditadura** vol. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileiras, 2007.

FERNANDES, Sérgio Paulo Lopes. ADPF n.º 153. **Informações do Senado Federal**. STF, 2008.

FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueredo; LAFERTÉ, Ana Carolina de Almeida Tannuri. ADPF n.º 153. **Defesa da Advocacia-Geral da União**. STF, 2009.

GRAU, Eros. ADPF n.º 153. **Voto do Relator**. STF, 2009.

MAGALHÃES, Marionilde Dias Brepohl de. A lógica da suspeição: sobre os aparelhos

repressivos à época da ditadura militar. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, vol. 17, n. 34, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01881997000200011&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em 02 jun. 2010.

MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Railda Saraiva de. **O poder da graça**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NAPOLITANO, M. Anistia. In: BITTENCOURT, Circe (org). **Dicionário de datas da História do Brasil**. São Paulo: Contexto, 2007.

OLIVEIRA, David Barbosa de. **A anistia possível**. Fortaleza, CE, 2009, *mimeo*.

RODEGHERO, Carla Simone. A anistia entre a memória e o esquecimento. **História Unisinos**, Porto Alegre, vol. 13, n° 2, 2009.

SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. ADPF n.º 153. **Manifestação da Procuradoria-Geral da República**. STF, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.