

# JUIZ E HISTORIADOR, DIREITO E HISTÓRIA: UMA ANÁLISE CRÍTICO-HERMENÊUTICA DA INTERPRETAÇÃO DO STF SOBRE A LEI DE ANISTIA

JUDGE AND HISTORIAN, LAW AND HISTORY: A CRITICAL-HERMENEUTICAL ANALYSIS OF THE INTERPRETATION OF THE SFC ON THE LAW OF AMNESTY

JUEZ E HISTORIADOR, DERECHO E HISTORIA: UN ANÁLISIS CRÍTICO HERMENÉUTICO DE LA INTERPRETACIÓN DEL STF ACERCA DE LA LEY DE AMNISTÍA

Fernando José Gonçalves Acunha<sup>1</sup>

Juliano Zaiden Benvindo<sup>2</sup>

## RESUMO

O juiz tem uma relação especial com o passado e com o sentido histórico do direito, que são parte dos argumentos a serem considerados para se identificar a resposta correta para o caso. É a partir dessa premissa que se faz o exame do voto do Ministro Eros Grau, proferido no julgamento da ADPF n. 153/DF pelo Supremo Tribunal Federal. Em um primeiro momento, busca-se demonstrar que a reconstrução da história, para o Judiciário, é uma tarefa desempenhada sempre em função do caso que se está a analisar e que nenhuma leitura dos fatos pode ser assumida como natural ou unívoca. O passado, assim como o presente e o futuro, é aberto à hermenêutica e está em permanente processo de reinterpretação. Nessa linha, os sentidos que foram atribuídos ao direito no Brasil antes da atual Constituição Federal devem ser todos revistos diante da profunda alteração principiológica do nosso direito pós 1988, o que conduziu o trabalho a afirmar o erro dos argumentos em favor da constitucionalidade da interpretação que entende estarem cobertos pela anistia política da Lei n. 6.683/79 os crimes comuns praticados pelos agentes do regime militar.

**PALAVRAS-CHAVES:** Anistia. Controle de Constitucionalidade. História. Hermenêutica. Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

Judges have a special link with the past and with the historical meanings of the law, which are part of the arguments to be considered when identifying the best resolution for the case. Based on this premise, this article examines the opinion of the Eros Grau Minister (offered in judgment of ADPF no. 153/DF by the Supreme Federal Court). Firstly, the article demonstrates that the reconstruction of history, for the Judiciary, is a task that must always be carried out based on the case being assessed, and that no reading of the facts should be assumed to be natural or univocal. Just like the present and the future, the past is open to hermeneutics and frequent reinterpretation. Therefore, all meanings assigned to the Brazilian law prior

1 Fernando José Gonçalves Acunha. Professor substituto de Teoria do Direito da Universidade de Brasília. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo UniCEUB. Membro do Grupo de Pesquisa "Observatório do Supremo Tribunal Federal" (UnB). Advogado. *E-mail:* fernandojgacunha@gmail.com.

2 Professor de Direito Público da Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade Humboldt de Berlim e pela Universidade de Brasília. Coordenador dos Grupos de Pesquisa "Sociedade, Tempo e Direito" (UnB) e "Observatório do Supremo Tribunal Federal" (UnB). *E-mail:* juliano@unb.br.

to the current Constitution must be reassessed in light of the sweeping principiological changes that have been made to our legal system since 1988, leading to the affirmation that the arguments in defense of the constitutionality of the interpretation that holds that the political amnesty stated by Law no. 6.683/79 applies to common crimes committed by government agents during the military regime are erroneous.

**KEYWORDS:** Amnesty. Constitutional Review. History. Hermeneutics. Basic Rights.

## RESUMEN

El juez tiene una relación especial con el pasado y con el sentido histórico del derecho, que forman parte de los argumentos que deben ser considerados para identificar la respuesta correcta para cada caso. Es a partir de esta premisa que se realiza el examen del voto del Ministro Eros Grau, proferido en el juicio de la ADPF n. 153/DF por el Supremo Tribunal Federal. En primer lugar se busca demostrar que la reconstrucción de la historia, para el Poder Judicial, es una tarea desempeñada siempre en función del caso que se está analizando y que ninguna lectura de los hechos puede ser asumida como natural o unívoca. El pasado, así como el presente y el futuro, está abierto a la hermenéutica y está en permanente proceso de reinterpretación. En esta línea, los sentidos que se le atribuyeron al derecho en Brasil antes de la actual Constitución Federal deben ser todos revistos ante la profunda alteración principiológica de nuestro derecho pos 1988, lo que condujo a afirmar el error de los argumentos a favor de la constitucionalidad de la interpretación que entiende que están cubiertos por la amnistía política de la Ley n. 6.683/79 los crímenes comunes practicados por los agentes del régimen militar.

**PALABRAS CLAVE:** Amnistía. Control de Constitucionalidad. Historia. Hermenéutica. Derechos Fundamentales.

## INTRODUÇÃO

Já há muito a hermenêutica trouxe à história o seu lugar de dignidade no processo compreensivo, ao ponto de Hans-Georg Gadamer enfatizar que “a hermenêutica pode fazer justiça à historicidade da compreensão”<sup>3</sup>. E não menos digna ela o é para o processo compreensivo que se desenvolve no direito, que, assim, se mostra íntimo da história. Jurista e historiador, afinal, são profissionais que olham para o passado e buscam interpretá-lo. Suas atividades, por conseguinte, são permeadas de história. Mas a história que lhes é tão intrínseca também os faz distintos. Como anota Costa<sup>4</sup>, o historiador tem no passado o seu foco principal, buscando compreendê-lo em suas especificidades e diferenças quanto ao presente. Ainda que, a partir de caracteres do presente (cultura, linguagem, etc.), o historiador procure compreender o passado com a racionalidade que lhe é própria. Comportase, nesse sentido, como o antropólogo<sup>5</sup>, que lança seu olhar sobre sociedades espacialmente distintas, ao passo que a distância do historiador é dada pelo tempo.

Por sua vez, o jurista (e especificamente para o interesse deste trabalho, o juiz) volta-se ao passado com o presente em mente, com a atualidade como preocupação central<sup>6</sup>. Seu olhar, direcionado para normas, práticas sociais, jurisprudência, elementos fáticos dos casos concretos, tradições e assim por diante, tem o propósito de permitir a construção de argumentos e interpretações que lhe deem a oportunidade de cumprir a função primordial da jurisdição, que é a de resolver conflitos de interesses, decidir casos concretos por meio da aplicação do direito. É, portanto, a partir do caso e para sua solução que o jurista volta-se ao passado.

3 GADAMER, Hans. **Verdad y Método**. Tradução Livre. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2011, p. 331.

4 Vide COSTA, Pietro. **Soberania, Representação e Democracia**: Ensaios de História do Pensamento Jurídico. Tradução: Curitiba: Juruá, 2010, p. 71.

5 COSTA, Pietro. **Soberania, Representação e Democracia**, p. 83.

6 COSTA, Pietro. **Soberania, Representação e Democracia**, p. 81.

As diferenças funcionais entre juiz e historiador e a relação entre direito e história, particularmente quanto à abordagem de episódios históricos na decisão de casos constitucionais relevantes e controversos, serão importantes para o presente trabalho, que busca realizar uma abordagem crítica do voto do relator do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 (ADPF 153), cujo objeto era a arguição de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei de Anistia).

Na ação, o arguente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pediu que o STF conferisse interpretação conforme a Constituição à Lei n. 6.683/79 para declarar que a anistia por ela concedida aos crimes políticos ou conexos não se estendia aos crimes comuns praticados por agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar. A ADPF foi julgada improcedente por maioria de votos, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto, que a julgavam parcialmente procedente nos termos dos seus respectivos votos.

O acórdão, por sua extensão e pela relevância do tema, possui muitos pontos passíveis de exame crítico. Já a partir de sua ementa encontram-se teses aptas a suscitar amplos os debates. Listaremos, sumariamente, algumas delas, principiando pela afirmação do relator, Min. Eros Grau, contida no tópico 6 da ementa do acórdão, de que a Constituição de 1988 não “afetaria” certas leis, ou seja, não seria parâmetro de controle de “leis-medida”<sup>7</sup> anteriores à sua promulgação<sup>8</sup>. Nessa altura, o relator articula a existência de uma categoria de atos normativos infensos à avaliação de constitucionalidade, que poderiam coexistir com a Constituição Federal mesmo que com ela fossem incompatíveis, já que o exame de tal (in)compatibilidade jamais poderia ser feito.

No mesmo contexto, não se pode deixar de anotar a alegação, também do relator, extraída do tópico 7 da ementa do acórdão, de que competiria apenas ao Legislativo, e não ao Judiciário, “rever” o acordo político que estaria na base da Lei de Anistia, uma vez que o STF não poderia “reescrever” a lei<sup>9</sup>, argumento que, parece, ao tentar adotar uma postura minimalista<sup>10</sup>, entra em rota de colisão com a recente e reiterada jurisprudência do STF que, não raro, tem feito incursões sobre matérias tradicionalmente reservadas à atuação do Legislativo e do Executivo (por meio, por exemplo, das chamadas “sentenças de perfil aditivo”, além de outros instrumentos adotados na última década em sede de controle de constitucionalidade<sup>11</sup>).

Outra tese do relator, e que foi subscrita por vários integrantes da Corte, era a de que a Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, referente à Constituição ditatorial de 1967/69, seria expressão do mesmo Poder Constituinte que originou a Constituição democrática de 5 de outubro 1988 e, portanto, valendo-nos da expressão de Canotilho<sup>12</sup>, parte do “bloco de

7 “Leis-medida”, segundo, por exemplo, o § 39 do voto do relator, seriam leis que expressariam uma decisão política imediatamente aplicável e não gerariam normas dotadas de generalidade e abstração que vinculariam para o futuro.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 abr. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 3.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 3.

10 No sentido de que o Judiciário deve ter uma postura extremamente cautelosa ao invalidar as decisões adotadas pelos órgãos democraticamente eleitos do Estado (no caso, o Legislativo). Entretanto, como um exame dos argumentos de um dos maiores expoentes do minimalismo nos Estados Unidos, Cass R. Sunstein, poderá demonstrar, o acórdão não foi nem superficial, nem restrito, elementos marcantes de decisões efetivamente minimalistas (vide SUNSTEIN, Cass. **A Constitution of Many Minds**, p. 2).

11 Um exemplo eloquente é o julgamento do Recurso Extraordinário n. 197.917/SP, em que o STF não se limitou a declarar inconstitucional lei municipal que fixava o número de Vereadores que comporiam a Câmara Municipal em suposta violação aos parâmetros do art. 39 da Constituição, tendo ido além e estabelecido de próprio punho os critérios para o cálculo do número de componentes das Câmaras Municipais de Vereadores em todo o país. Sem procurar externar qualquer juízo de valor em relação a essa e outras decisões de semelhante perfil, a jurisprudência recente do STF deixa claro que o Tribunal não tem se limitado a ingressar em campos tradicionalmente reservados à atuação legislativa, pelo que o destaque dado ao argumento do Min. Eros Grau busca demonstrar sua incompatibilidade com a atuação consagrada pelo próprio STF.

12 Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed.

constitucionalidade” da atual Constituição, conforme o tópico 9 da ementa do acórdão<sup>13</sup>. Dessa forma, a suposta manutenção da “vigência” de uma emenda a uma Constituição autoritária e revogada, por meio da aplicação do dispositivo do § 1º do seu art. 4º, serviria para incorporar a ampla anistia aos agentes da repressão militar ao sistema constitucional pós-1988, independentemente da perquirição de constitucionalidade da Lei n. 6.683/79.

Certo é que as peculiaridades da elaboração dos acórdãos do STF tornam problemática uma análise mais geral da questão que permitisse a identificação de um raciocínio que abrangesse a posição da maioria dos Ministros no julgamento. Não raro, os Ministros da Corte utilizam fundamentos totalmente diferentes (e até contraditórios) para chegar a resultados comuns. Discorda-se do fundamento, mas se concorda com o resultado. No próprio caso analisado, a Min. Cármen Lúcia, por exemplo, discorda expressamente do uso da Emenda Constitucional n. 26/85 como critério de constitucionalidade da Lei n. 6.683/79, por considerar que a Emenda encontra-se revogada, o que faria com que todas as normas por ela introduzidas no sistema não mais prevalecessem<sup>14</sup>.

Por isso mesmo, ao longo dos votos dos Ministros que formaram a maioria, vários outros temas foram abordados e algumas posições contraditórias podem ser encontradas. Daí porque o acórdão é suscetível de exame a partir de diversas frentes. Poder-se-ia questionar, por exemplo, a legitimidade da adoção de uma espécie de “originalismo” – ou, pelo menos, “tradicionalismo”<sup>15</sup> – pelo STF ao vincular a interpretação da Lei n. 6.683/79 à compreensão que se teve acerca da anistia e dos fatos históricos que a ela conduziram no momento de sua aprovação. Noutro sentido, a ulterior condenação<sup>16</sup> do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pela não apuração dos crimes cometidos na repressão à Guerrilha do Araguaia e pela não punição de seus responsáveis poderia ser base para uma discussão mais aprofundada sobre a relação entre o sistema internacional de proteção de direitos humanos e o direito interno, com foco na interpretação do § 2º do art. 5º da CF/88. Além do mais, tópicos como a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, a existência de conexão (em sentido técnico) entre os crimes políticos e comuns, a discussão da equiparação entre anistia e perdão empreendida pelo STF, a amplitude e a legitimidade do direito à memória sobre os fatos ocorridos no período da ditadura sem a punição dos responsáveis por crimes de repressão, entre muitos outros, poderiam aprofundar um debate que é urgente e necessário diante da relevância e da sensibilidade do tema em tela.

O presente artigo não tem a pretensão e nem as condições de esgotar esses e outros assuntos e, por isso, no emaranhado das possibilidades discursivas, terá como foco apenas o exame do voto proferido pelo Min. Eros Grau, especificamente em relação à narração histórica e à articulação técnico-jurídica dos episódios (re)construídos no texto. Realizaremos uma crítica dos argumentos usados pelo relator que acabaram expressos na ementa do julgado e, em linha geral, sintetizam o norte interpretativo utilizado para o resultado do julgamento.

Nesse específico assunto, para justificar a improcedência da ADPF, a linha de raciocínio usada pelo Min. Eros Grau foi focada na impossibilidade de se rever uma “lei-medida” como a Lei de Anistia pela circunstância de a interpretação desse tipo de norma ser supostamente determinada pelo momento histórico de sua feitura (o que resultaria, até, na impossibilidade de controle de constitucionalidade de uma tal norma de efeitos concretos e já exauridos no tempo). Por sua vez, o momento histórico referido foi (re)construído a partir da descrição seletiva de fatos históricos – ou melhor, a partir da narração sobre textos ou equivalentes que reproduziam parcialmente tais fatos, como discursos, pareceres, entrevistas, etc. – que ocorreram no final dos anos 70, o que permitiu concluir que a votação e a promulgação da Lei n. 6.683/79 teriam sido fruto de um extenso “acordo político” que

---

Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, pp. 919 e ss.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 3-4.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 85.

15 Vide SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds: Why the Foundign Document doesn't mean what it meant before**. Princeton, NJ, EUA: Princeton University Press, 2009, p. 33-121.

16 Veiculada por meio da Sentença proferida pelo CIDH em 24 de novembro de 2010 no caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil* (COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2010, p. 1-128. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348>>. Acesso em: 09 mar. 2011).

envolvera todo o país e que, em conclusão, seria ilegítimo para o STF rever, à luz da Constituição de 1988, os termos de um tal “acordo”.

O argumento é muito claro: partindo da construção de uma imagem naturalizada<sup>17</sup> do momento histórico da aprovação da Lei de Anistia, as impressões e as leituras dos atores de então seriam irreversíveis, mesmo diante de uma nova ordem constitucional. O instrumento técnico-jurídico para articular essa determinação do presente pelo passado foi o recurso às “leis-medida”, espécies de leis não materiais cuja leitura seria fixa no tempo independentemente do acúmulo de experiências históricas, sociais e jurídicas que teve ocasião no Brasil nas últimas décadas.

Este artigo quer analisar essa sequência de argumentos e, para isso, centrar-se-á em três pontos principais. Primeiramente, questionará a leitura seletiva de certos textos e equivalentes a textos que contam os acontecimentos do final da década de 70 e colocará em xeque a tese naturalizada do voto acerca da existência de um “acordo político” naquele momento histórico, do qual a anistia extensível a agentes repressores (mas não a militantes políticos condenados) teria sido nada mais do que uma consequência natural, automática e, mais importante, amplamente desejada. Ver-se-á que elementos que constavam dos próprios autos (trazidos, entre outros, pela manifestação apresentada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça (MJ), pela petição inicial da ação e assim por diante), e outros passíveis de exame pelo STF, permitem, no mínimo, retirar o tom de certeza que marcou a avaliação do relator sobre tal episódio.

O segundo ponto se voltará mais propriamente para uma análise teórica da apropriação seletiva das narrativas históricas a partir das diferenças funcionais entre o juiz (que deve primordialmente julgar o caso, e não explicar ou prender-se ao passado) e o historiador. Buscar-se-á demonstrar que o “originalismo” (com notas de “tradicionalismo”) adotado pelo relator na avaliação da Lei de Anistia a partir da manutenção da interpretação que os atores políticos de 1979 lhe conferiram não parece condizente com a melhor leitura da Constituição Federal de 1988, cujas disposições primordiais, se interpretadas adequadamente, levariam a uma conclusão diversa da adotada pelo STF.

O terceiro momento do trabalho será ligado ao exame técnico-jurídico do argumento que justificaria a não revisão da lei, que é a suposta impossibilidade de revisão judicial (e de controle de constitucionalidade) das chamadas “leis-medida”. As conclusões do ponto anterior, que desmistificarão a aparente vinculação do presente às interpretações normativas do passado (retirando força do embasamento histórico que justificaria o isolamento da Lei n. 6.683/79 das críticas possíveis e necessárias), serão fundamentais para demonstrar que não há base para afirmar que uma tal lei não possa ser avaliada sob parâmetros constitucionais.

Ao final do trabalho, crê-se, será possível reconstruir a abordagem do momento da edição da Lei n. 6.683/79 e demonstrar como a interpretação que dele tiveram os atores do passado não vincula juízes cuja função primordial é a guarda da Constituição de 1988.

## 1 A LEI Nº 6.683/79: CONSUMAÇÃO DE UM ACORDO POLÍTICO? COMO UMA NARRATIVA PODE SER USADA COMO EXPRESSÃO UNÍVOCA DA HISTÓRIA

Uma premissa fundamental do voto do Min. Eros Grau no julgamento da ADPF 153 foi a afirmação da existência de um “acordo político” entre as partes em conflito durante o regime militar, que teria garantido a anistia bilateral ampla tanto aos envolvidos na repressão quanto aos combatentes do regime de exceção, exceto àqueles expressamente excluídos do benefício pelo § 2º do art. 1º da Lei

17 Os conceitos “naturalizados” são assumidos como uma parte natural e constitutiva do conhecimento, parte do “Mundo da Vida”. Trata-se de um saber que é pano de fundo da comunicação, mas que não é tematizado, não possui reflexividade e, por isso mesmo, é um conhecimento falso. Habermas diz que “nós nos utilizamos desse tipo de saber sem ter a consciência de que ele pode ser falso”, o que indica que “ele não representa um saber em sentido estrito” já que “falta-lhe o nexo interno com a possibilidade de vir a ser problematizado” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 41). É exatamente, conforme se defenderá ao longo da argumentação, o tipo de conceito usado pelo STF ao defender o “acordo político” que envolveu a aprovação da Lei de Anistia. Tomado como verdade, sem questionamentos a partir de indícios que apontam em sentido contrário, constituiu-se como apanágio da interpretação realizada pela Suprema Corte e pressuposto central de toda a tematização.

n. 6.683/79. Segundo o § 21 do voto do Min. Eros Grau, “[t]oda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79”<sup>18</sup>. A esse excerto seguiram-se diversas outras menções que, entre outros, compõem-se de parecer encaminhado pela OAB ao Senado Federal em 1979, da lavra de José Paulo Sepúlveda Pertence, que analisou o projeto da lei de anistia, de entrevistas do mesmo Min. Sepúlveda Pertence e do Prof. Dalmo de Abreu Dallari sobre os fatos àquela época vivenciados, de citações de texto do Prof. Nilo Batista sobre o tema, enfim, de variados elementos usados para arguir que o episódio de aprovação da Lei n. 6.683/79 correspondeu ao atendimento a um clamor público nacional, à plena realização do caráter “cordial” do povo brasileiro retratado na sucessão de anistias em nossa história<sup>19</sup>.

Todavia se pode objetar que esse clima de comoção nacional e o suposto anseio da sociedade brasileira por essa anistia pode ser tudo, menos um ponto pacífico na história. É certo que o país desejava alguma forma de anistia – instrumento necessário para o processo de redemocratização –, mas não necessariamente o tipo de anistia concedido pela Lei n. 6.683/79. O que os relatos históricos contidos nos autos da ADPF 153 na decisão da CIDH sobre a Guerrilha do Araguaia e assim por diante permitem demonstrar é que não houve uma negociação entre iguais, não houve acordo; os pontos da negociação não foram “consentidos” pelos partícipes daquele processo. Governo e dissidentes dispunham de mecanismos pessoais e institucionais, instrumentos de pressão, enfim, condições totalmente díspares, o que, se não permite afastar inteiramente, ao menos nos dá a oportunidade de tematização crítica da tese naturalizada do “acordo político” adotada pelo STF.

Contudo se sabe que a existência de um “acordo político” pressupõe uma composição harmoniosa entre partes divergentes de uma controvérsia política, um consenso que expresse um resultado aceitável pelos envolvidos para encerramento de divergência política existente.

De acordo com o voto do Min. Eros Grau, isso teria sido obtido pela Lei de Anistia. Sua aprovação teria tido o condão de pacificar as partes em confronto e dar oportunidade a que a nação seguisse adiante em direção à ansiada redemocratização. Entretanto, em sentido diametralmente oposto, o artigo publicado no *site* da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça pelo seu Presidente, Paulo Abrão Pires Júnior, anota o seguinte:

Por último, é recorrente remeter-se ao contexto histórico que justificariam [sic] o improvimento [sic] da ação. Alega-se que foi a sociedade civil brasileira, pelos movimentos de resistência “articulados ou inorgânicos” juntos com outros setores que promoveram “legítimas negociações” que clamavam pela anistia ampla, geral e irrestrita, inclusive a própria OAB. Ora, aqui parece haver um arriscado revisionismo histórico. Primeiro, a lei de anistia aprovada no Congresso não foi a ampla, geral e irrestrita clamada nas ruas. O Congresso rejeitou, em votação, a anistia ampla e aprovou uma anistia restrita. Segundo, é de uma obviedade ululante que a anistia ampla, apregoada pelos movimentos sociais, referia-se, logicamente, à sua extensão para alcançar aos presos acusados de crimes de sangue que estavam excluídos do projeto governamental de anistia. Alguém é capaz de acreditar que a mobilização dos perseguidos políticos que ocorria nas ruas, angariando apoio político de diversos setores da sociedade, era para forçar o governo ditatorial a incluir no projeto de lei a anistia a seus torturadores? Que se ouçam os presos políticos torturados, [sic] muitos ainda estão vivos apesar da barbárie que sofreram<sup>20</sup>.

A sentença da CIDH, ao relatar as alegações das partes que ofereceram manifestações no processo, descreve o período histórico de forma muito semelhante:

128. [...] La Ley de Amnistía no fue el resultado de un proceso de negociación equilibrada, ya que su contenido no contempló las posiciones y necesidades reivindicadas por sus destinatarios y sus familiares. De tal modo, atribuir el consentimiento de la amnistía para los agentes represores al lema de la campaña y a los familiares de los desaparecidos es deformar la historia<sup>21</sup>.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 21.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 30.

20 PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão. O alcance da Lei de Anistia: O último passo. In: Seminário Internacional Sobre Justiça Internacional Penal, 2010, São Paulo. **Palestra**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={2AD759EF-DCFB-46EB-A16C-73502B9C09EF}>>. Acesso em: 09 mar. 2011.

21 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2010, p. 48. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348>>. Acesso em: 09 mar. 2011.

O *site* da Fundação Perseu Abramo – citada pelo voto do Min. Eros Grau ao transcrever parcialmente a entrevista prestada pelo Prof. Dalmo de Abreu Dallari<sup>22</sup> – traz duas descrições diferentes para comentar a anistia desejada pela sociedade e a aprovada pelo Governo militar. Para a primeira, a expressão usada é “A mobilização pela Anistia”, cujos termos são os seguintes:

No bojo das mobilizações de meados dos anos 1970 a bandeira da anistia ampla geral e irrestrita aos presos, cassados, banidos, exilados e perseguidos políticos ganhou amplitude social e política em todo o Brasil. Surgem organizações voltadas para esta causa, e que tinham o apoio da Igreja e de instituições como a OAB e a ABI, que se multiplicam pelo país e que, por força de sua atuação na divulgação de sua causa e pelas denúncias que disseminam pela sociedade, acabam tendo suas bandeiras incluídas nas plataformas de luta de todos os movimentos sociais e dos mais diversos segmentos sociais, políticos e artísticos. A mobilização provocada pela divulgação dos nomes dos “desaparecidos”, as demandas por seus paradeiros, as denúncias sobre as torturas, sobre a situação dos presos políticos, a divulgação dos nomes dos torturadores, além do apoio de entidades internacionais de defesa dos direitos humanos impôs a questão da anistia à ditadura militar<sup>23</sup>.

O foco é completamente distinto na abordagem da anistia materializada pela Lei n. 6.683/79 (“A Anistia de 1979”):

Com a causa da anistia nas ruas, a ditadura militar não pôde se furtar a ela e apresentou uma proposta de anistia, não aceita de imediato. Em repúdio à proposta e em defesa da anistia ampla, geral e irrestrita, os presos políticos do Rio de Janeiro iniciam uma greve de fome em 22 de julho, sendo seguidos pelos de Pernambuco e do Rio Grande do Norte. A greve durou 32 dias. O governo se comprometeu a revisar algumas questões e no dia 18 de agosto encaminhou o projeto ao Congresso Nacional, que foi aprovado por 206 votos contra 201 e no dia 28 de agosto de 1979 foi promulgada a Lei nº 6.683, anistiando todos os punidos por atos de exceção desde 1964. Foi uma anistia pela metade, que não atingiu os condenados por atentados e seqüestros políticos, deixou os cassados ainda inelegíveis, subordinou a reintegração dos funcionários à decisão das autoridades de cada setor envolvido e, importante, também anistiou os torturadores<sup>24</sup>.

Os relatos permitem ver, claramente, um descolamento entre as expectativas da sociedade e a anistia convertida em lei. A anistia aos torturadores, conquanto descrita quase como um ponto de compensação pelos depoimentos veiculados pelo voto do Min. Eros Grau, não estava contida no movimento nacional que buscava a anistia.

A sentença da CIDH descreve o contexto histórico em que a luta contra a ditadura e a aprovação da Lei de Anistia tiveram lugar. O trecho, apesar de longo, é digno de nota:

85. En abril de 1964 un golpe militar derrocó al gobierno constitucional del Presidente João Goulart. La consolidación del régimen militar se basó en la Doctrina de la Seguridad Nacional y la emisión de sucesivas normas de seguridad nacional y normas de excepción, como los actos institucionales, “que sirvieron como supuesto marco legal para dar soporte jurídico a la escalada represiva”. Este período fue caracterizado por “la instalación de un aparato de represión que asumió características de verdadero poder paralelo al Estado”, y llegó a su “más alto grado” con el dictado del Acto Institucional No. 5 en diciembre de 1968. Entre otras manifestaciones represivas en ese período, se encuentran el cierre del Congreso Nacional, la censura completa de la prensa, la suspensión de los derechos individuales y políticos, de la libertad de expresión, de la libertad de reunión y de la garantía del *habeas corpus*. Asimismo, se extendió el alcance de la justicia militar y una Ley de Seguridad Nacional introdujo, entre otras medidas, la pena perpetua y de muerte.

8y falsos suicidios”. Como consecuencia, a partir de 1974 “oficialmente no hubo muertes en las prisiones[. t]odos los presos políticos muertos ‘desaparecieron’ [y] el régimen pasó a no asumir el asesinato de opositores”.

87. Según la Comisión Especial, cerca de 50 mil personas fueron detenidas solamente en los primeros meses de la dictadura; cerca de 20 mil presos fueron sometidos a torturas; existen 354 muertos y desaparecidos políticos; 130 personas fueron expulsadas del país; los mandatos y derechos políticos de 4.862 personas fueron suspendidos y cientos de campesinos fueron asesinados. La Comisión Especial señaló que “Brasil es el único país [de la región] que no utilizó procedimientos [penales] para examinar las violaciones a [d]erechos [h]umanos ocurridas en su

22 Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 22.

23 FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Anistia 30 anos**: Por Verdade e Justiça, 9 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/node/5514#node-5514>>. Acesso em: 11 mar. 2011.

24 FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Anistia 30 anos**: Por Verdade e Justiça, 9 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/node/5514#node-5514>>. Acesso em: 11 mar. 2011.

período dictatorial [a pesar de haber] oficializado, con la ley No. 9.140/95, el reconocimiento de responsabilidad del Estado por las muertes y por las desapariciones denunciadas". Lo anterior debido a que en 1979 el Estado dictó una Ley de Amnistía (infra párrs. 134 y 135)<sup>25</sup>.

O clima no país não permitia negociação, ao menos não no sentido que o voto do Min. Eros Grau expõe. Toda e qualquer relação com o Governo, naquele período, era marcada pelo medo, pela perseguição política que, ora aberta e conhecida<sup>26</sup> (como no período da Presidência do Gen. Emílio Garrastazu Médici), ora oculta e latente<sup>27</sup> (como na Presidência do Gen. Ernesto Geisel), tragava a possibilidade de verdadeiros acordos. Cremos que não seria demais dizer que o ambiente político vivido pela sociedade brasileira antes da abertura democrática era marcado por raros momentos de negociação do Governo com qualquer interlocutor interno.

O específico momento da aprovação da Lei n. 6.683/79 foi abordado por documento acostado aos autos da ADPF 153. Por meio do Despacho CCJ n.º 392/2008, a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça (MJ) enviou à Advocacia-Geral da União (AGU), para posterior encaminhamento ao STF, a Informação CCJ n.º 338/2008-LV, que contém o posicionamento do MJ em relação à ADPF 153. Vários pontos destacados nessa manifestação podem ser aqui apresentados, como, por exemplo, a refutação da existência de um "acordo político" pelo simples fato de o Estado Brasileiro, em 1979, não reconhecer a existência de crimes contra os desaparecidos políticos<sup>28</sup>. Tal como questionado pela Consultoria Jurídica do MJ, como pode ter sido objeto de acordo uma prática que não era sequer reconhecida pelo Estado até a edição da Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995? Era possível acordar, transigir, negociar sobre fatos ocultos – latentes, é certo –, mas não admitidos por uma das partes do "acordo"?

Ademais, os termos em que foi votado o "acordo político" a que teria correspondido a Lei de Anistia estão bem retratados pela Consultoria Jurídica do MJ em extenso trecho que, dada a relevância, também será aqui transcrito:

O processo legislativo da Lei n. 6.683 é revelador da imparcialidade [*sic*] e da defesa de interesses parciais. O projeto de lei de anistia que deu origem à Lei n. 6.683 foi assinado pelo então presidente João Figueiredo, escolhido indiretamente por seus pares. A elaboração do projeto de lei teve a participação do Senador Petrônio Portela, o ministro-chefe da Casa Civil, Golbery do Couto e Silva, o chefe do SNI, Octávio Aguiar de Medeiros, o chefe do gabinete militar, Danilo

25 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2010, pp. 32-33. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348>>. Acesso em: 09 mar. 2011.

26 O *site* da Fundação Perseu Abramo descreve esse período como "O horror". A explicação é digna de anotação: "O AI-5 fez com que a vigilância, a violência e o terror se disseminassem pelo Brasil, ocultos por um silêncio obsequioso ou forçado pela censura na imprensa brasileira. Intuindo tais rumos, importantes segmentos da oposição tomaram o caminho da luta armada pouco antes do AI-5, que foi uma "carta branca" para uma verdadeira guerra de extermínio contra os opositores da ditadura. Além disso, a ditadura criou várias estruturas de investigação, captura, tortura e eliminação de seus opositores, como os centros de informação das Forças Armadas, os DOI-CODI e organismos semiclandestinos como a OBAN, que contavam com financiamento e apoio privados. A tortura – prática desde sempre empregada no Brasil pelas forças da "lei e da ordem – institucionalizou-se, suas técnicas foram "aprimoradas" e disseminadas, sendo utilizada tanto contra os opositores políticos da ditadura como método de "investigação" pelas forças policiais nos crimes comuns." (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Anistia 30 anos**: Por Verdade e Justiça, 9 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/node/5514#node-5514>>. Acesso em: 11 mar. 2011).

27 A mesma Fundação Perseu Abramo refere-se a este período com a expressão "Desaparecimentos", assim explicado: "A perceptível perda de legitimidade da ditadura levou seus ideólogos a apresentarem a partir de 1974 um projeto de "distensão lenta, gradual e segura" rumo a uma "democratização" do regime. Apesar disso, as práticas mantiveram-se: as cassações de políticos prosseguiram e no campo do enfrentamento com os opositores teve alterações apenas verbais: a ditadura passou a anunciar o "desaparecimento" de presos políticos e não mais "atropelamentos" ou "mortes em tiroteio". Embora decrescentes, neste ponto os números ainda são sintomáticos da manutenção dos padrões de violência da ditadura: entre 1974 e 1979 ocorreram 108 mortes e desaparecimentos." (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Anistia 30 anos**: Por Verdade e Justiça, 9 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/node/5514#node-5514>>. Acesso em: 11 mar. 2011).

28 BRASIL. Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça. Despacho CCJ n. 392/2008, p. 13. Brasília, DF, 11 nov. 2008. CD-ROM.

Venturini e o secretário particular do Presidente, Heitor Ferreira.

A Comissão legislativa mista formada para análise do projeto foi composta majoritariamente por representantes da ARENA tanto *[sic]* pelos membros do Senado quanto *[sic]* pelos membros da Câmara. Compunham a Comissão mista, *[sic]* os senadores: Aloysio Chaves (ARENA – PA), Dinarte Mariz *[sic]*, Bernardino Viana (ARENA – PI), Helvídio Nunes (ARENA – PI *[sic]* substituído posteriormente por Jutahy Magalhães – ARENA – BA), Jorge Kalume (ARENA – SC), Moacir Dalla (ARENA – ES; substituído posteriormente por Aderbal Jurema *[sic]* ARENA – PE), Murilo Badaró (ARENA – MG), Pedro Simon (MDB – RS), Itamar Franco (MDB – MG) e Teotônio Vilela (MDB – AL). Pela Câmara dos Deputados foram Joao Linhares (ARENA – SC), Ibrahim Abi-Ackel (ARENA – MG), Francisco Benjamim (ARENA – BA), Luiz Rocha (ARENA – MA), Leorne Belém (ARENA – CE), Tarcísio Delgado (MDB – MG), Benjamim Farah (MDB – RJ), Roberto Freire (MDB – PE), Del Bosco Amaral (MDB – SP), Joao Gilberto (MDB – RS) e Ernani Satyro (ARENA – PB). No dia da votação, militares sem uniformes – mas facilmente reconhecidos por seus cabelos curtos – ocupavam quase todo o espaço da galeria do plenário da Câmara. Jornais traziam declarações do então ministro da Justiça, Petrônio Portela, de que o governo usaria sua influência junto à Arena para impedir que a anistia fosse ampliada, e do então ministro das Comunicações, Said Farah, de que o governo já havia transigido até onde pôde *[sic]*. Essa era parte do cenário no dia da votação do projeto de Lei de Anistia no Congresso no dia 22 de agosto de 1979. Na véspera, uma manifestação pela anistia ampla, geral e irrestrita havia sido dissolvida com bombas de gás. Presos políticos completavam 33 dias de greve de fome quando o Congresso começou a votar o projeto. Com os militares entrando nas galerias antes das 7 horas, poucas cadeiras restaram para os defensores da anistia ampla. O MDB tentava convencer a Arena a aprovar a emenda ao projeto do relator, deputado Ernani Satyro (Arena-PB), para ampliar a anistia para uma anistia, *[sic]* ampla, geral e irrestrita. O projeto do relator com a anistia restrita foi aprovado pelos líderes dos dois partidos em votação simbólica. A emenda pela anistia ampla, geral e irrestrita, foi submetida à votação nominal e foi rejeitada por 206 votos, todos da Arena, contra 202. Além de deputados do MDB, votaram a favor 15 arenistas.

O fato da não-aprovação *[sic]* da anistia ampla, geral e irrestrita comprovaria este estado de elevação de interesses somente de uma parcela de agentes, os estatais ensejadores de crimes comuns qualificados e de lesa-humanidade, mas não daqueles crimes políticos de sangue, de outra parcela de brasileiros, excluídos do texto final aprovado.

Admitir que houvesse *[sic]* anistia a agentes estatais torturadores, por exemplo, seria o mesmo que admitir que todo este processo legislativo controverso descrito acima fora meticulosamente calculado para que tal previsão normativa prevalecesse. E se assim o foi, este processo legislativo parcial e controlado para fins e interesses particulares de determinados criminosos aos quais os mandatários do poder tinham necessidade de proteger, *[sic]* é ilegítimo do ponto de vista *[sic]* republicado, em razão de ter sido desenvolvido para o privilegiamento a *[sic]* uma categoria de agentes criminosos.

Não se pode esquecer que o Congresso que aprovou a lei de anistia era composto por 1/3 de senadores biônicos e o presidente General do Exército que a promulgou foi levado ao cargo por seus pares, caso típico de auto-anistia<sup>29</sup>.

Frise-se, por necessário, que a existência de um “acordo político” implica um resultado aceitável para ambas as partes. Mas houve esse resultado? A anistia contribuiu para o processo de pacificação social?

Creemos que não. O próprio Min. Eros Grau, a partir do § 59 de seu voto, reconhece que o direito à memória e à verdade ainda não foi efetivado, embora, para ele, os óbices à sua concretização sejam as leis ns. 8.159/91 e 11.111/05, cuja avaliação de constitucionalidade na ADI n. 4077 ainda está pendente de julgamento pelo STF.

Sem adentrar num campo por demais complexo e fértil, que seria pessimamente tratado nas apertadas linhas deste artigo, não se entende possível dissociar a plena efetividade do direito à memória e à verdade da identificação e da punição dos responsáveis pelo terrorismo de Estado que teve curso no Brasil ao longo das décadas do regime militar. Não apenas os arquivos e os documentos sigilosos precisam vir à tona, não apenas todas as reparações às vítimas precisam ser concedidas, não apenas fatos ocultos precisam ser esclarecidos, mas é imprescindível que o Brasil não se mantenha, como assinalado pela CIDH, como o único país da América do Sul a não adotar procedimentos para a punição dos agentes responsáveis pelas violações de direitos humanos praticadas pela repressão militar.

O que se demonstra, com as citações realizadas e com os argumentos expostos, é que o “acordo político” a que o STF frequentemente se refere no acórdão da ADPF 153 não é um fato histórico

<sup>29</sup> BRASIL. Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça. Despacho CCJ n. 392/2008, p. 39-40. Brasília, DF, 11 nov. 2008. CD-ROM.

indisputável, mas uma possível – e, no mínimo, controversa – narrativa sobre os eventos históricos. Como ensina Costa<sup>30</sup>, a análise do passado não corresponde a uma “observação de fato”, a uma “descrição de coisas ou estado de coisas”, mas a uma interpretação, uma “atribuição de sentido” a partir de testemunhos, indícios, discursos e afins. Juiz e historiador precisam conviver com “o caráter conjectural e incerto de suas afirmações: as suas argumentações se fundam sobre sinais e indícios”, pelo que sua atividade “exerce-se não sobre o caráter incontroverso da dedução racional, mas sobre o caráter persuasivo do racional”<sup>31</sup>.

Noutras palavras, a interpretação que vê na Lei de Anistia o produto de um amplo “acordo político” é apenas uma dentre as interpretações possíveis e, segundo se defende neste artigo, sua naturalização corresponde a um reducionismo inaceitável frente a indícios históricos claros que apontam em sentido completamente distinto.

Ora, para além de depoimentos de “atores privilegiados”, como o Min. Sepúlveda Pertence e o Prof. Dalmo Dallari (sem que tal destaque pretenda desmerecer por um segundo sequer a inegável e importante participação desses e outros agentes no período de transição democrática no Brasil), que certamente compõem o material de investigação da história, há outros indícios passíveis de exame que foram negligenciados no voto do relator do acórdão. Não se vê no relato unívoco e linear adotado pelo Min. Eros Grau referências mais consistentes aos desencontros históricos ora retratados.

Veja-se, por exemplo, que a defesa da anistia ampla, geral e irrestrita – que, no final da votação, foi derrotada pelo partido dos militares por quatro votos de diferença – foi usada como argumento para defender a visão de que a anistia restrita aprovada teria sido uma resposta suficiente aos anseios populares. Claramente, a história foi revisada (ou, até, reocupada) pelo Min. Eros Grau (também ele um importante democrata e participe das lutas daquele período) com a inversão de sentido de seus vetores, pois a mobilização por uma proposta democrática vencida foi ressignificada e tida como fundamento de legitimidade da proposta autoritária e restritiva que lhe era frontalmente contrária.

Para fechar esta seção, cumpre apenas mencionar que, se tivermos sido capazes de abalar a estabilidade do argumento naturalizado sobre o “acordo político” no Brasil quanto à anistia da Lei n. 6.683/79, já teremos sido bem-sucedidos. Isso porque este é um ponto fundamental para o exame subsequente, que pretenderá demonstrar como uma leitura da história – mesmo que incontroversa e autorizada pelos próprios atores do momento histórico estudado – não tem (e nem pode ter) o condão de vincular a interpretação atual do ordenamento constitucional feita por juízes, não por historiadores. Se isso é factível quando a narração sobre a história é inquestionável – ou, pelo menos, fortemente comprovada e amparada em indícios claros –, será tão mais verossímil quanto mais disputada e controvertida for a imagem do período histórico relevante.

## 2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E HISTÓRIA: ATÉ QUE PONTO O PASSADO PODE DETERMINAR A LEITURA CONTEMPORÂNEA DA ORDEM CONSTITUCIONAL?

O juiz não se aproxima do passado com o mesmo olhar que o historiador o faz. O que lhe move, como já dito, é a necessidade de decidir o caso concreto posto para sua análise. O elemento histórico está, para ele, no plano instrumental dos argumentos que deverão ser considerados para se chegar a uma sentença condizente com os fatos (ou melhor, com seus relatos) e com as normas aplicáveis. Segundo Costa, o jurista “pode ter a necessidade de retroceder no tempo; mas o seu reconhecimento do passado é funcional, não final; é um instrumento empregado para resolver um problema teórico ou prático do seu presente”<sup>32</sup>.

Nesse sentido é que se enfatizou, linhas acima, a distinção das abordagens históricas do juiz e do historiador. Mesmo que a história seja contada com alto grau de fidedignidade (o que nunca é garantido) e sejam muito fortes os indícios que conduzam a determinada leitura dos fatos, não se pode perder de vista que a interpretação do material histórico é apenas mais um dos argumentos a serem considerados no exercício do mister jurisdicional. Ao lado dele, outros materiais (normativos, contextuais e assim por diante) deverão ser tomados pelo juiz para proferir a decisão correta do caso.

30 COSTA, Pietro. **Soberania, Representação e Democracia**, p. 26.

31 COSTA, Pietro. **Soberania, Representação e Democracia**, p. 82.

32 COSTA, Pietro. **Soberania, Representação e Democracia**, p. 71.

Dworkin descreve essa mesma questão em poucas palavras: “Law as integrity, then, begins in the present and pursues the past only so far as and in the way its contemporary focus dictates<sup>33</sup>.” Noutra oportunidade, o mesmo autor, ao fazer alusão às necessárias bases históricas para que decisões constitucionais passem no teste de adequação (“*fit*”) – que é um dos elementos da atividade judicial feita sob o paradigma da integridade no direito (ou do direito como integridade) –, deixa claro que não são apenas estas raízes que devem ser consideradas e nem que serão elas a prevalecer em todos os casos que envolvam interpretações da história. Veja-se o excerto:

As I said, any strategy of constitutional argument that aims at overall constitutional integrity must search for answers that mesh well enough with our practices and traditions—that find enough foothold in our continuing history as well as in the Constitution’s text—so that those answers can plausibly be taken to describe our commitments as a nation. [...]

Very often, however, controversial decisions that seem novel do satisfy that test of fit. When the Supreme Court decided in 1954 that official segregation by race was illegal despite generations of practice to the contrary, it did not just announce an academic political truth. It called attention to general standards of equality that were firmly fixed in our history though selectively ignored in our practice, standards that condemned arbitrary discrimination serving no legitimate governmental purpose. The Court was able convincingly to argue that the practice of racial segregation was inconsistent with a broader reading of principle. [...]

I offer these examples to make plain that though I think that the moral judgement required to apply the abstract moral principles of the Constitution is constricted by history and precedent, in virtue of the commands of legal integrity, it is plainly not preempted by that history<sup>34</sup>.

Claro que o autor norte-americano, ao referir-se à preeminência geral – mas não absoluta – de entendimentos e práticas consagrados na história, tem em mente a peculiar relação que o sistema da *common law* (por conta de especificidades como o *stare decisis* e a regra do precedente obrigatório) estabelece com seus antecedentes históricos e, também, as especificidades inegáveis do secular direito constitucional nos EUA. Todavia cremos que um princípio geral, que argumenta contra a determinação do presente pelo passado, pode ser extraído do excerto transcrito.

Já no início do trecho vê-se, também, que é destacado que qualquer argumento deve buscar concomitantemente fundamentação histórica e no texto constitucional (a adequação não apenas ao passado histórico, mas aos princípios presentes, será retomada adiante). Ou seja, fica mais claro ainda que uma interpretação amparada apenas no passado e que não se fundamente na Constituição não poderá ter vez no ordenamento jurídico, o que deveria ser ainda mais seriamente levado em consideração quando se sabe que a decisão do caso foi proferida por membros de um Tribunal que tem na guarda da Constituição e de sua aplicação eficaz sua mais nobre tarefa. A jurisdição constitucional (que, contrariando uma leitura que parece corrente na doutrina brasileira, não se resume, em absoluto, ao STF) não pode, por razão nenhuma, desestimar a aplicação da Constituição em favor da vinculação a uma imagem construída do passado.

O voto do Min. Eros Grau no acórdão da ADPF 153 enveredou por caminho completamente distinto. Todas as suas bases de fundamentação estão ligadas (a) ao entendimento do significado, em 1979, dos fatos que conduziram à aprovação da Lei da Anistia e (b) à tradição de precedentes adotados pelo Poder Judiciário em geral, e pelo STF em particular, em relação às sucessivas leis de anistia promulgadas na história brasileira, cuja linha de raciocínio leva a considerar que a anistia seria um “perdão” para ambos os lados, uma resposta final e satisfatória para um conflito que deveria ser esquecido.

Para dizer de outra forma, o voto condutor do julgamento na ADPF 153 adota argumentos de claras conotações originalistas quanto à Lei n. 6.683/79 e tradicionalistas em relação à anistia em geral e à sua representação histórica na linha de precedentes do STF como fundamento da decisão prolatada.

Por questões de limitação argumentativa, como já observado, não adentraremos em aspectos substanciais da anistia, é dizer, não vamos confrontar os significados possivelmente concorrentes de “anistia”, “perdão”, “reconciliação” e assim por diante, embora não seja demais anotarmos que nosso entendimento é que anistia não é, e nem jamais pode ser, equiparada a perdão. Anistia é parte do processo de transição democrática, mas não pode vir desacompanhada de medidas de revelação da verdade, punição de torturadores e reparação (ampla, não apenas econômica) de vítimas.

33 DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1986, p. 227.

34 DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 2006, p. 122-123.

Da mesma forma, temas mais especificamente pertencentes à dogmática penal e processualista penal, como, por exemplo, a discussão técnica sobre a conexão criminal, etc., serão evitados; contudo se faz necessário ressaltar que, ainda que o STF possa tradicionalmente considerar como conexas aos crimes políticos várias espécies de crimes comuns, sua prática jurisprudencial, para ser válida e legítima como fundamento da decisão, deve mostrar-se consistente com a Constituição (o que, segundo entendemos, não é possível no caso da Lei n. 6.683/79), e não servir de subterfúgio para afastá-la.

A ênfase desta seção será a crítica do originalismo e do tradicionalismo como bases adequadas para uma decisão constitucional como a que está em exame. A pretensão é demonstrar como os argumentos de autoridade histórica descritos pelo STF não se impõem diante da força dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da impossibilidade de concessão de anistia ou graça a práticas de tortura e, ainda, do direito à memória e à verdade.

Primeiro, voltemo-nos ao “originalismo”. De acordo com Sunstein<sup>35</sup>, originalistas são aqueles que entendem que a Constituição deve ser lida da forma como era lida no momento de sua ratificação (acrescentamos: por seus ratificadores). Adequando o originalismo para o caso em estudo, poderíamos chamar de “originalista” a leitura da Lei de Anistia e do ordenamento jurídico brasileiro em geral que os interpreta de acordo com o entendimento que deles tinham os elaboradores da lei, ou, pelo menos, a sociedade brasileira no momento de sua aprovação e de sua promulgação.

Claramente, essa é uma linha de raciocínio expressamente usada pelo Min. Eros Grau em seu voto. Se, no momento de feitura da Lei n. 6.683/79, foram considerados como crimes conexos aos crimes políticos todos e quaisquer crimes praticados pelos agentes de repressão do regime militar que tivessem qualquer intenção política, por mais tênue que fosse, e se a anistia a esses crimes de tortura e afins era entendida como defensável e legítima, então seria justamente essa a interpretação a prevalecer no presente, a despeito de quaisquer considerações sobre o direito presente (por exemplo, de que o sentido técnico da conexão criminal não abarca a conexão estampada na Lei n. 6.683/79, ou que a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 impeça a concessão de anistia a esse gênero de crimes, etc.)<sup>36</sup>.

Esse argumento está expresso na seguinte passagem do § 39 do voto:

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<sup>37</sup>.

Dworkin<sup>38</sup> faz uma crítica intensiva ao argumento originalista, explorando-o em suas fraquezas. Nos EUA, um importante debate, como visto, dá-se entre aqueles que creem que a Constituição deve ser lida como liam seus elaboradores no momento de sua elaboração em oposição, no caso do aludido autor, a uma leitura principiológica e mais abstrata da Constituição que a contextualiza, lançando mão da interpretação atual dos princípios estabelecidos pelos *Founding Fathers*<sup>39</sup>.

A distinção, para ele, está entre o que chama de *intenção semântica* e *intenção política* dos autores da Constituição. Para Dworkin (2006, p. 125), uma adequada interpretação da Constituição, que atenda ao requisito do *fit* (adequação), é aquela que extrai do texto os princípios que seus elaboradores quiseram nele inserir, e não a de quem a lê, como aqueles o liam ou gostariam que fosse lido<sup>40</sup>. Ao filiar-se à tese da necessidade de se observar a *intenção semântica* dos elaboradores

35 SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document doesn't mean what it meant before**. Princeton, NJ, EUA: Princeton University Press, 2009, p. 37.

36 Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 33-34.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 34..

38 DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**, p. 117-139.

39 Outra análise cuidadosa das principais formas argumentativas normalmente evidenciadas no debate constitucional norte-americano pode ser encontrada em FALLON JR., Richard H. A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Law. In: **Harvard Law Review**, Vol. 100, n. 6, Abril 1987.

40 O argumento pode, também, ser extraído da seguinte passagem: “We have to choose between an abstract, principled, moral reading on the one hand—that the authors meant to prohibit punishments

da Constituição americana, Dworkin<sup>41</sup> nega veementemente que isso possa ser entendido como alinhar-se à interpretação que os *Constitution's framers* tinham ou esperavam que os demais tivessem do texto.

Sunstein<sup>42</sup> segue uma linha semelhante, embora numa postura muito mais descritiva do que de tomada de posição. Ao descrever o que chamou de *Jefferson's revenge*, o autor diz que a Constituição americana teve seu significado completamente modificado ao longo do tempo por práticas sociais e jurisprudenciais que a afastaram do sentido a ela atribuído por seus redatores<sup>43</sup>.

*Mutatis mutandis*, é exatamente o caso do direito brasileiro em sua evolução de 1979 até hoje. Desde aquele momento, o país foi varrido por uma onda democrática que encontrou no processo constituinte de 1987/1988 sua vazão visível. A Constituição (legitimada pelo procedimento democrático de sua feitura, e não pelo ato de sua convocação – a Emenda Constituição n. 26/85, que padece de diversos vícios, dentre os quais, exemplificativamente, o de ter mantido os membros de um Congresso viciado como partícipes do processo constituinte) significou uma inquestionável releitura do ordenamento jurídico como um todo, dando aos direitos fundamentais e à própria estruturação do Estado brasileiro uma configuração que não tinham no período constitucional autoritário de 1967/1969.

É bom não menosprezar a mudança. A Constituição de 1988 simbolizou significativo avanço para a temática dos direitos fundamentais. Sua enunciação no início do texto, antes mesmo da estruturação do Estado, expressa um bom indicio da dignidade constitucional destacada que passaram a ostentar, o que, somado à extensão de seu rol, à reconfiguração da interpretação constitucional à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>44</sup> (que, até mesmo, implica uma alteração da própria compreensão e do sentido destes direitos fundamentais<sup>45</sup>), entre outros, permite enxergá-lhes, além de diversas outras funções que cumprem no sistema, como vetores de interpretação do ordenamento jurídico e de conformação da atuação do Poder Público em suas diversas esferas.

---

that are in fact cruel as well as unusual, or meant to prohibit whatever discriminations are in fact inconsistent with equal citizenship; and a concrete, dated reading on the other—that they meant to say that punishments widely thought cruel as well as unusual at the time they spoke, or discriminations then generally understood to reflect unfair distinctions, are prohibited. [...] If we are trying to make the best sense of the framers speaking as they did in the context in which they spoke, we should conclude that they intended to lay down abstract, not dated, commands and prohibitions.” (DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**, p. 121-122).

41 DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**, p. 123-124.

42 SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds**, p. 1-3.

43 Um importante debate que se verifica sobre as grandes modificações históricas no constitucionalismo norte-americano pode ser verificado a partir das obras de Ackerman e Amar. Para tanto, vide: ACKERMAN, Bruce. **We The People**. Foundations. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1991; ACKERMAN, BRUCE. **We The People**. Transformations. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1998; e AMAR, Akhil Reed. **The Bill of Rights**. New Haven: Yale University Press, 1998,

44 Reconfiguração tratada, especificamente em relação à leitura dos direitos fundamentais, por Carvalho Netto: “Os denominados direitos de primeira e segunda geração ganham novo significado. Liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem como pessoas livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto” (CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 37).

45 “O uso da noção de paradigma jurídico pretende estabilizar a tensão entre realidade e idealidade, ao defender a tese de que haveria um horizonte histórico de sentido, ainda que mutável, para a prática jurídica concreta, que pressuporia uma determinada ‘percepção’ do contexto social do Direito, a fim de se compreender em que perspectiva as questões jurídicas deveriam ser interpretadas para que o Direito possa cumprir seu papel nos processos de integração social. Assim, a cada nova geração, o certo seria que os direitos não são simplesmente alargados, mas, sim, redefinidos a cada novo paradigma.” (CATTONI, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. v. 1, p. 105)

O fundamental da exposição crítica sobre o originalismo é demonstrar como a interpretação do direito (de todo ele, e não de uma lei isoladamente considerada, descolada do necessário fundamento constitucional que deve respeitar para manter-se no sistema) não pode ser fixa no tempo, datada, presa a realidades históricas diferentes daquela vivida pelo intérprete que tem no dia de hoje e na Constituição atual o momento e o parâmetro de aplicação da norma. Se o passado importa, ele importa apenas na medida em que outros argumentos (a Constituição, o direito à verdade, a necessidade de esclarecimento dos acontecimentos do regime militar, etc.) também importam (ou, melhor, importam mais).

Viu-se, acima, que o momento político de aprovação da Lei de Anistia não é pacífico. Não se pode dizer, de maneira alguma – ao menos não sem uma grande dose de controvérsia –, que a sociedade tenha querido uma anistia extensível aos torturadores. Mas, mais do que isso, o que se quer demonstrar nesta altura do texto é que não seria legítimo argumentar, nem se a sociedade de então tivesse unanimemente aderido à anistia da Lei n. 6.683/79, que o seu entendimento vincularia os juízes do presente. No meio do caminho entre 1979 e o século XXI está interposta a Constituição de 1988, cujo significado desautoriza, sem sombra de dúvida, que a interpretação que os anos de chumbo deram ao diploma normativo prevaleça atualmente.

A Lei n. 6.683/79 estipulou “uma” anistia (e não “a” anistia). Mas é a Constituição de 1988 que deve dizer “qual” anistia é válida, em que termos e sob quais condições. Enfim, é ela, na condição de critério de legitimidade e de validade de todo ordenamento jurídico interno, que deve ser pauta de avaliação da higidez de uma anistia que, de plano e facilmente constatável, viola princípios claros como a dignidade da pessoa humana, a igualdade (ao anistiar torturadores, mas não os chamados “crimes de sangue”, a teor do § 2º do art. 1º da Lei n. 6.683/79) e a vedação de anistia à tortura (art. 5º, inc. XLIII, Constituição Federal). Não é a “origem” da Lei n. 6.683/79, mas sua (in)constitucionalidade quem pode lhe ditar a sorte.

A segunda vertente de crítica dá-se quanto ao “tradicionalismo”, abraçado pelo Min. Eros Grau em trechos como o § 31 de seu voto, em que diz que o “caráter amplo das anistias concedidas entre nós” fica claro a partir dos julgados que passou a rememorar, os quais, segundo o § 32 do voto, demonstrariam “[q]ue o Supremo Tribunal Federal interpreta essa matéria de modo benéfico<sup>46</sup>.”

O recurso à tradição jurisprudencial do STF é claro. Tendo em vista que a Corte sempre demonstrou uma posição favorável à ampliação dos termos das anistias concedidas ao longo da história do Brasil, incluindo uma variada gama de crimes dentro da categoria de “crimes conexos” anistiados em conjunto com os crimes políticos, o voto quer fazer com que o interlocutor chegue à conclusão “lógica” de que esse é o caminho correto. A tradição, aqui, é, portanto, o fundamento da decisão.

Sunstein dedica longa parte de sua obra **Constitution of Many Minds** a estudar o tradicionalismo, buscando dissecá-lo em seus caracteres constitutivos de forma a verificar em que condições o recurso à tradição histórica seria uma base legítima de decisões constitucionais<sup>47</sup>. Ele anota que o tradicionalismo a que se refere, no contexto dos EUA, não é o uso de tradições jurisprudenciais, mas histórico-sociais, que reflitam o que a sociedade norte-americana – e não suas cortes judiciais – pensa a respeito de certas disposições constitucionais<sup>48</sup>. Mas o argumento, para o interesse deste trabalho, pode ser usado para chamarmos de tradicionalismo o uso de argumentos que remetem à tradição jurisprudencial do STF, porque o seu mecanismo de funcionamento é rigorosamente o mesmo: a menção a uma prática (social ou judicial) há muito estabelecida como fundamento para afirmar a validade ou a legitimidade de certa decisão constitucional.

Uma das circunstâncias nas quais a tradição não pode ser usada como motivo de uma determinada decisão se dá quando são alterados os contextos em que essas tradições se afirmaram. Vejamos o texto:

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 29.

47 Num dos trechos de sua exposição, Sunstein (2006, p. 84) enumera três condições para que uma das variantes do tradicionalismo (denominada por ele de *Burkean minimalism*) seja aceita: (a) que o originalismo produza resultados por demais desestabilizadores, (b) que haja fundado receio da capacidade teórica dos juízes a ponto de serem questionáveis as abstrações de princípios por eles realizadas e (c) que a tradição e as práticas a que dá suporte sejam altamente confiáveis. Como retomaremos a seguir, essa terceira condição (confiabilidade, ou legitimidade da tradição), será um importante critério para a crítica que deduziremos em relação ao embasamento do Min. Eros Grau na jurisprudência do STF a respeito de anistias políticas.

48 Vide SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds**, p. 93.

As I have suggested, the problem is that traditions apply only to the circumstances in which they governed, and when circumstances have changed, it is not so clear that many minds have decided in favor of the particular tradition that is being invoked. [...] Whenever a long-standing tradition is being violated, there is a good chance that the existing situation is indeed relevantly different<sup>49</sup>.

A isso se soma o que foi anotado na nota de rodapé n. 45: Sunstein postula que uma tradição demanda confiabilidade, ou legitimidade, para se afirmar como fundamento razoável de uma decisão<sup>50</sup>. É por isso que ele defende, por exemplo, que argumentos favoráveis a práticas tradicionais não se afirmam em sociedades nas quais falte liberdade ou quando a tradição oponha-se ao princípio da igualdade<sup>51</sup>, por lhe faltar, em ambos os casos, a necessária legitimidade. É dizer, alteradas as circunstâncias históricas em que firmada a tradição e abalada a sua base de legitimidade, o recurso a ela não pode sustentar decisões sobre casos constitucionais que envolvam a aplicação de direitos fundamentais.

Foi traçado, linhas acima, o contexto de radical alteração do direito brasileiro perpetrado pela promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988. Não teremos oportunidade, nesta empreitada, de fazer uma longa digressão a respeito das diferenças entre os diversos períodos constitucionais vividos na história do Brasil, mas certamente não erraremos ao afirmar que a Carta de 5 de outubro de 1988 significou, pela primeira vez, a afirmação normativa do Estado Democrático de Direito no país, com amplos direitos e garantias postos à disposição da cidadania para a luta por sua efetivação plena. Esse contexto constitucional muda, sem dúvidas, a interpretação do direito, de forma que tradições judiciais, ainda que largamente assentadas, devem ser revistas se com ele inconciliáveis.

Procurou-se mostrar, ainda que brevemente, que a Lei de Anistia não se compatibiliza com a Constituição Federal. Sob seu pálio, nenhuma anistia que “perdoe” torturadores é válida por expressa contradição com o inc. XLIII do art. 5º. Nenhuma anistia que renuncie à apuração de crimes, que apenas beneficie uns e não outros (como os excluídos pelo § 2º do art. 1º da Lei n. 6.683/79), enfim, que não seja um processo completo de (re)encontro com a história e de construção da memória nacional baseada na verdade, pode ser harmonizada com a Constituição.

Dworkin<sup>52</sup>, ao tratar da integridade no direito, afirma que qualquer interpretação de princípios que queira exibí-los em sua melhor luz (tarefa do intérprete no paradigma em questão) precisa, necessariamente, voltar-se às decisões do passado, mas não apenas a seus termos abstratamente considerados, senão que, também, ao “como” tais decisões foram proferidas, é dizer, por quais juízes e em quais circunstâncias. A questão é por ele tematizada no sentido de que a história (ou, neste momento, a tradição) é relevante para o trabalho do juiz, mas apenas quando for possível demonstrar que ela está em linha de consonância com os princípios assentados pela comunidade política (o já mencionado requisito de adequação). Vejamos suas próprias palavras:

History matters in law as integrity: very much but only in a certain way. Integrity does not require consistency in principle over all historical stages of a community's law; it does not require that judges try to understand the law they enforce as continuous in principle with the abandoned law of a previous century or even a previous generation. It commands a horizontal rather than vertical consistency of principle across the range of the legal standards the community now enforces. It insists that the law—the rights and duties that flow from past collective decisions and for that reason license or require coercion—contains not only the narrow explicit content of these decisions but also, more broadly, the scheme of principles necessary to justify them<sup>53</sup>.

De tudo isso, extrai-se que o tradicionalismo não é um recurso hábil à justificativa de decisões quando a tradição arguida não puder ser comprovadamente harmonizada com os princípios adotados pela comunidade política. Apesar de rápida, a incursão sobre a modificação de perspectiva do direito brasileiro no paradigma do Estado Democrático de Direito e sob os auspícios da Constituição de 1988 tentou (e, espera-se, conseguiu) demonstrar que a anistia da Lei n. 6.683/79 não é compatível com os princípios constitucionais aplicáveis à questão; antes, contraria-os flagrantemente. Nesse sentido, nem tradicionalismo nem originalismo são capazes de salvar a Lei de Anistia de sua invalidade.

49 SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds**, p. 100.

50 SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds**, p. 86.

51 SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds**, p. 102-103.

52 Vide DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**, p. 243.

53 DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**, p. 227.

### 3 A QUESTÃO DA LEI DE ANISTIA COMO UMA “LEI-MEDIDA”: PODE-SE AFASTAR A LEI Nº 6.683/79 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE?

O último momento da argumentação, em sua parte mais relevante, ligada à base histórica de fundamentação da Lei de Anistia, foi tratado acima. Sua vertente jurídica, sobre a qual ainda pende análise, é tangencial e menos relevante, visto que o voto analisado, apesar de esgrimi-la, não a adota. Trata-se da alusão à conceituação da Lei de Anistia como uma “lei-medida” de forma a tornar possível a fixação de seu sentido histórico (o que já se analisou) e, concomitantemente, abrir a porta para afirmar a impossibilidade de realizar o controle de constitucionalidade da Lei n. 6.683/79. O principal objetivo, aqui, é afastar qualquer possível alegação de impossibilidade de controle de constitucionalidade da lei pelo Poder Judiciário.

Esse fundamento está bem expresso no § 35 do voto do relator, nos seguintes termos:

35. Explico-me. As *leis-medida* (*Massnahmegesetze*) disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. Detive-me sobre o tema em texto acadêmico, inúmeras vezes tendo a elas feito alusão em votos que proferi nesta Corte. O Poder Legislativo não veicula comandos abstratos e gerais quando as edita, fazendo-o na pura execução de certas medidas. Um comando concreto é então emitido, revestindo a forma de norma geral. As *leis-medida* configuram *ato administrativo* completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em *sentido formal*, não o sendo, contudo, em *sentido material*. Cuida-se, então, de lei *não-norma*. É precisamente a edição delas que a Constituição de 1988 prevê no seu art. 37, XIX e XX. Pois o que se impõe deixarmos bem vincado é a inarredável necessidade de, no caso de lei-medida, interpretar-se, em conjunto com seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual<sup>54</sup>.

O argumento é complexo. *Leis-medida* seriam diplomas legislativos especiais, necessariamente interpretados de acordo com o fixo momento histórico de sua elaboração. Sua particularidade estaria no fato de que, dada a vinculação ao momento de sua edição, a Constituição não teria como prejudicar sua validade no caso de terem sido promulgadas antes de 5 de outubro de 1988, como fica claro no § 42 do voto: “A Constituição não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, também certamente, *leis-medida* que a tenham precedido<sup>55</sup>.”

Há dois fundamentos para esse posicionamento: (a) um histórico, ligado à força simbólica do momento de edição da norma e à sua vinculatividade em relação ao presente e (b) outro jurídico, amparado na distinção entre leis em sentido formal e em sentido material, sendo as primeiras não submetidas a controle de constitucionalidade.

O primeiro argumento – histórico – é aquele do qual nos ocupamos até aqui. Não há força nele porque, como já extensamente argumentado, o momento do “acordo político” invocado pelo STF é tão incerto quanto disputado. Trata-se de uma das leituras possíveis da história que busca legitimar uma decisão política – sim, a Lei de Anistia é uma decisão política, oriunda, contudo, de um Governo autoritário e de um contexto de supressão de liberdades – e afastá-la do cotejo com a Constituição e das revisitações de sentido que daí surgiriam. Tudo o que já foi exposto para questionar a existência da imagem do passado desenhada no voto do relator, assim como desconstruir a possibilidade de determinação do presente pelo passado torna desnecessário que se volte a tal tema.

O que está pendente de enfrentamento é a suposta impossibilidade de exame de *leis-medida* por seu caráter legislativo apenas formal, o que a tornaria um ato de efeitos concretos.

Canotilho faz uma exposição teórica sobre o significado das *leis-medida*. Refere que o conceito remonta a Carl Schmitt e que foi reaproveitado pela exposição de Forsthoff e pela posterior evolução da doutrina. No atual estágio, representaria a distinção entre as *leis-medida* e as *leis-norma* consoante: (a) seus destinatários (as *leis-medida* seriam leis individuais, ou seja, visariam apenas a uma pessoa ou a um determinado número de pessoas); (b) sua concretude (as *leis-medida* seriam leis que disciplinariam certos fatos ou situações concretas, não regulando fatos em abstrato); e (c)

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 31.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, 6 ago. 2010, p. 37.

sua temporariedade (as *leis-medida* teriam um tempo preestabelecido de vigência decorrente da satisfação dos fins a que se destinam).<sup>56</sup>

É o mesmo Canotilho, contudo, quem começa a nos dar indicações sobre a devida interpretação da questão. Ciente das distinções que segregariam as *leis-medida* das demais espécies de lei, o autor português, ao descrever o objeto do controle de constitucionalidade, apenas excetua dois tipos de atos estatais: os atos administrativos e as decisões jurisdicionais, generalizando a possibilidade de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade para todos os demais atos normativos<sup>57</sup>.

A Constituição Federal de 1988, ao referir-se ao controle concentrado de constitucionalidade, atribuiu ao STF a competência originária para o conhecimento de ação direta de inconstitucionalidade de **lei** ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, inc. I, al. "a"), além de remeter à regulamentação legal o exercício da ADPF (§ 1º do art. 102) – o que foi consubstanciado pela Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que é expressa em afirmar o cabimento da arguição “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre **lei** ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

É sabido, contudo, que não decorre da catalogação textual da Constituição ou da Lei n. 9.882/99 o cabimento das ações de controle concentrado de constitucionalidade. A jurisprudência do STF há muito erigiu como barreira à admissão de tais ações um critério extratextual, que é a impossibilidade de versarem sobre a inconstitucionalidade dos chamados “atos concretos”, os quais, por não tratarem as questões regulamentadas *abstratamente* (é dizer, não estabelecerem normatividade regulamentadora de uma categoria ampla e não determinável de atos), não poderiam, por decorrência lógica, ser objeto de fiscalização *abstrata* de constitucionalidade.

Apesar de ter conhecido da ADPF 153, o argumento do Min. Eros Grau quanto à caracterização da Lei n. 6.683/79 como uma *lei-medida* flerta com essa ideia a todo tempo. Mas o relator, se tivesse ido a seu encontro e deixado de conhecer a ação, teria praticado um flagrante equívoco. E tal é possível de ser afirmado a partir da própria jurisprudência do STF.

O STF já teve a oportunidade de julgar a ADI 1231-2/DF, por meio da qual o Conselho Federal da OAB questionava a constitucionalidade da Lei n. 8.985, de 07 de fevereiro de 1995, em que o Congresso concedia anistia aos candidatos nas eleições de 1994 que tivessem sido processados e condenados com base na legislação eleitoral nos casos especificados. Naquele julgamento, o Tribunal, por maioria, rejeitou alegações de impossibilidade de conhecimento da ação em virtude dos supostos efeitos individuais e concretos daquela lei de anistia. A discussão, naquele julgado, deu-se em relação ao caráter geral assumido por uma lei de anistia, tendo anotado o relator, Min. Carlos Velloso, o seguinte:

Ora, a norma, no caso, concede anistia aos candidatos às eleições gerais de 1994, indistintamente. E mesmo que assim não fosse, é dizer, se dirigisse a norma a apenas um indivíduo, também aí ela teria caráter geral. É que é da natureza da anistia beneficiar alguém ou a um grupo de pessoas, “mesmo porque, bem disse, nas informações, o ilustre Procurador Miguel Pró de Oliveira Furtado, “não se haverá de dizer (...) que o ato foi praticado no interesse exclusivo dos beneficiados. Que o foi também no interesse deles é fora de qualquer dúvida, mesmo porque só academicamente existe anistia sem interesse do beneficiado” (fl. 194)<sup>58</sup>.

O Min. Gilmar Mendes, no mesmo julgamento, anotou considerações que são em todo aplicáveis ao caso em comento:

Como instrumento de política judiciária – já tivemos oportunidade de discutir isso aqui – entendo, também, essa ressalva à qual, de vez em quando, adiro. Tenho a impressão de que, diante da importância da questão, não do caso, mas da controvérsia – até tenho sugerido a superação desta reserva do ato concreto, pelo menos quando se refira à lei –, o texto constitucional é claro quando recomenda o cabimento da ADI.

56 Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 717-719.

57 Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 939-943.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.231-2/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 15 dez. 2005. **Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil**, n. 81, Brasília, DF, p. 63, 28 abr. 2006.

Por isso tenho sustentado a conveniência de, nesses casos, superarmos a jurisprudência do ato concreto, pelo menos no referente à lei<sup>59</sup>.

A hipótese é exatamente a mesma do caso. A Constituição é expressa quanto ao cabimento de controle concentrado de constitucionalidade – por ADIn ou ADPF<sup>60</sup> – de **lei** ou ato normativo. Se fosse necessário objetar o conhecimento das medidas de fiscalização abstrata de constitucionalidade ao conteúdo normativo do ato, a conjunção aditiva “ou” permitiria indicar a resolução do problema: deve ser conhecida a ação de controle sempre que se estiver diante de uma **lei** (independentemente de seu conteúdo) ou de um ato normativo (aí, sim, sendo imperiosa a verificação de sua normatividade, ou materialidade, para usarmos os termos do voto do Min. Eros Grau).

Além disso, a leitura que dá à Lei n. 6.683/79 a feição de ato concreto não nos parece ser correta. São atos concretos aqueles que disciplinam situações específicas. Um exemplo desse tipo de norma está no julgamento da ADI 3.573-8/DF, em que o STF foi chamado a decidir sobre a constitucionalidade do Decreto Legislativo n. 788, de 13 de julho de 2005, cujo artigo 1º autorizava o Poder Executivo a realizar o aproveitamento hidroelétrico de área especificada após serem cumpridos certos requisitos de viabilidade técnica, econômica, etc. A ADIn não foi conhecida, tendo em vista a manifesta concretude do ato submetido a exame em vista da disciplina de uma situação específica (aproveitamento hidroelétrico de uma área determinada, submetido a condições específicas).

Bem diferente, a nosso sentir, é a Lei n. 6.683/79, que concede anistia a crimes políticos, crimes comuns, àqueles que tiveram restrições em seus direitos políticos, a servidores públicos punidos, entre outros. A lei disciplina direito de retorno ou reversão ao serviço público, direito de sucessores, direito de empregados da iniciativa privada e assim por diante. E, ademais, seus efeitos não se exauriram no momento da concessão da anistia, protraindo-se no tempo (bem por isso foi impugnada a norma pelo Conselho Federal da OAB) e, ainda, impedindo, afora quaisquer considerações sobre a potencial prescrição de normas incriminadoras dos crimes mencionados na lei, que se processe e julgue os agentes da repressão do regime militar.

Falece, portanto, o embasamento de qualquer tentativa de subtrair a Lei n. 6.683/79 do controle de constitucionalidade à luz da Constituição de 1988. A desconstrução do fator histórico – controverso, de significação disputada e sem possibilidade de vincular o presente – soma-se a ausência de base jurídica (comprovada pela própria jurisprudência do STF) para impedir a aferição de constitucionalidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso transcorrido pelo trabalho limitou-se ao exame de uma linha de argumentação específica de um dos votos do acórdão proferido pelo STF na ADPF 153, que julgou a arguição de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 6.683/79 que estenderam a anistia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão do regime militar. Tratou-se de uma análise de discurso, algo fundamental quando se tem noção da completa falta de escritos que estabeleçam um exame minucioso e crítico da jurisprudência do STF.

O foco foi a relação entre direito e história visando desconstruir, inicialmente, a imagem naturalizada do momento histórico vivido pelo país no final da década de 70. O objetivo foi demonstrar como a aprovação da lei não foi fruto de um acordo político entre todos os envolvidos no dissenso de então e nem correspondeu a uma resposta suficiente e satisfatória dos anseios da sociedade, àquela altura latentes. Índícios históricos permitem interpretar que, antes, a lei foi uma frustração de expectativas da sociedade.

A partir de então, pôde-se demonstrar como a norma – da forma como interpretada pelo voto analisado – não se impunha por si só, ou por sua história “gloriosa”. O sentido histórico do direito, em especial levando-se em conta as especificidades funcionais dos juízes de uma Corte com tarefas constitucionais, ainda mais quando controverso o momento analisado, não vincula a atividade judicial,

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.231-2/DF. **Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil**, n. 81, Brasília, DF, p. 80, 28 abr. 2006.

60 Quanto a esta, é certo, seu cabimento está disciplinado pela Lei n. 9.882/99, que conferiu ao instituto redação semelhante ao art. 102 do texto constitucional pela alusão à lei como objeto de controle.

que deve buscar bases adequadas no direito contemporâneo para interpretar normas passadas. A Lei n. 6.683/79, independentemente das leituras históricas a seu respeito, deve ser confrontada com a Constituição para que se possa avaliar sua constitucionalidade, única forma de manter-se hígida e eficaz no sistema.

Viu-se, então, que o originalismo e o tradicionalismo contidos no voto do Min. Eros Grau não são justificativas adequadas para se afirmar a constitucionalidade da norma. A releitura do direito a partir da promulgação da Constituição de 1988, com novos papéis para os direitos fundamentais, denunciam que a anistia concedida afasta-se, e muito, dos princípios constitucionais que vinculam a atividade interpretativa do aplicador do direito. Nesse sentido, não havendo qualquer justificativa histórica ou técnico-jurídica plausível para não realizar a fiscalização de constitucionalidade da Lei de Anistia, mesmo sabendo que importantes aspectos do debate não foram enfrentados neste trabalho, consideramos inquestionável a conclusão de que a norma ofende as leituras mais democráticas de princípios como o da dignidade da pessoa humana, da proibição de concessão de graça e anistia para crimes de tortura e mesmo os compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil no plano internacional da proteção dos direitos humanos.

Com isso, no fechamento deste artigo, entendemos que o STF errou na avaliação que fez da norma. Parece-nos que é papel da sociedade, uma vez proferido o julgamento aqui objetado, discutir seus termos, levar adiante as disputas sobre o significado da Constituição cidadã em relação à anistia que escamoteia a verdade e impede a construção da memória nacional. No Brasil, não há dono da Constituição. Se a Corte que deveria guardá-la age em dissonância com seu espírito, é hora de a sociedade, a quem a Constituição "constituiu" e a quem ela pertence, passar a cumprir seu papel institucional de interpretar a Carta. O Judiciário não é a etapa final do processo de lutas; a decisão da ADPF 153 é apenas, esperamos, mais um passo na longa e tortuosa caminhada rumo ao conserto das atrocidades do regime militar.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We The People**. Foundations. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. **We The People**. Transformations. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1998.

AMAR, Akhil Reed. **The Bill of Rights**. New Haven: Yale University Press, 1998.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Legislativo n. 788, de 13 de julho de 2005. Autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade pelas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=231371>>. Acesso em: 11 mar. 2011.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 out. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2011.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2011.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 nov. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 44 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1.000 p. (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.985, de 7 de fevereiro de 1995. Concede, na forma do inciso VIII do art. 48 da Constituição Federal, anistia aos candidatos às eleições de 1994, processados ou condenados com fundamento na legislação eleitoral em vigor, nos casos que especifica. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 fev. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8985.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2011.

BRASIL. Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 dez. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9140.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2011.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2011.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça. **Despacho CCJ n. 392/2008**. Brasília, DF, 11 nov. 2008. CD-ROM.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.231-2/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 15 dez. 2005. **Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil**, n. 81, Brasília, DF, p. 4, 28 abr. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.573-8/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Relator para o acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 1 dez. 2005. **Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil**, n. 242, Brasília, DF, p. 35, 19 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 abr. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 145, Brasília, DF, p. 1-266, 6 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197.917/SP. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Min. Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 6 jun. 2002. **Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil**, n. 87, Brasília, DF, p. 8, 7 mai. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação e Democracia**: Ensaios de História do Pensamento Jurídico. Tradução: Curitiba: Juruá, 2010, p. 23-84. (Biblioteca de História do Direito).

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2010, p. 1-128. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348>>. Acesso em: 09 mar. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **Law's Empire**. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1986.

FALLON JR., Richard H. A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Law. In: **Harvard Law Review**, Vol. 100, N. 6, April 1987.

Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos)

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio**. Versão 5.12. [s.l.]: Positivo Informática, 2004. CD-ROM.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Anistia 30 anos**: Por Verdade e Justiça, 9 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/node/5514#node-5514>>. Acesso em: 11 mar. 2011.

PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão. O alcance da Lei de Anistia: O último passo. In: Seminário Internacional sobre Justiça Internacional Penal, 2010, São Paulo. **Palestra**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={2AD759EF-DCFB-46EB-A16C-73502B9C09EF}>>. Acesso em: 09 mar. 2011.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds**: Why the Foundign Document doesn't mean what it meant before. Princeton, NJ, EUA: Princeton University Press, 2009.