

29/04/2010

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERALV O T O

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

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

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

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

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



ADPF 153 / DF

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

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

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

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

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



**ADPF 153 / DF**

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

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

O Ministro Eros Grau, ontem, nos brindou a todos com um voto cuidadoso, detalhado. Sua Excelência colocou muita ênfase para reproduzir os precedentes ou as tratativas da lei, mas não tanto na vontade objetiva desse diploma legal. Ou seja, atentou bem mais para os precedentes do que para a lei em si, embora Sua Excelência não se escusasse de avançar considerações sobre a natureza e o significado



ADPF 153 / DF

do crime político e dos crimes conexos com os políticos.

Mas eu entendo que, no caso, as tratativas ou precedentes devem ser considerados secundariamente, porque o chamado "método histórico de interpretação", em rigor, não é um método. É um parâmetro de interpretação jurídica, porque a ele só se deve recorrer quando subsiste alguma dúvida de interpretação quanto à vontade normativa do texto interpretado. Vontade normativa não revelada pelos quatro métodos tradicionais a que o operador jurídico recorre: o método literal, o lógico, o teleológico e o sistemático. Ou seja, o método histórico não é para afastar *a priori* qualquer dúvida; não é para antecipadamente afastar dúvida de interpretação. É para tirar dúvida por acaso remanescente da aplicação dos outros métodos de interpretação. E, nesse caso da Lei da Anistia, eu não tenho nenhuma dúvida de que os crimes hediondos e equiparados não foram incluídos no chamado relato ou núcleo deontológico da lei.

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



ADPF 153 / DF

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

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

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



ADPF 153 / DF

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




ADPF 153 / DF

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

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

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



**ADPF 153 / DF**

lei, não é a vontade subjetiva do legislador. Todos nós já sabemos disso. Geraldo Ataliba dizia: "Eu não sou um psicanalista do legislador, eu sou um psicanalista da lei". E acrescentava: "A lei é mais sábia do que o legislador". A vontade subjetiva do legislador derramada numa folha de papel chamada lei se transforma numa vontade objetiva, autônoma, própria, desgarrada da subjetiva vontade de quem a fez. Esse é o papel do operador jurídico; todos nós aprendemos isso de cor e salteado. Então, vou ler a Lei:

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





ADPF 153 / DF

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

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

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

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



ADPF 153 / DF

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

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

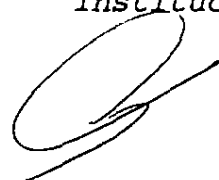
Ou seja, punidos por efeito dos atos institucionais e complementares, e não aqueles que estavam a serviço do regime de exceção.

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

"Parágrafo 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados, por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais."

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

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



ADPF 153 / DF

complementares."

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

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

E o artigo 9º:

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

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

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



ADPF 153 / DF

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

E disse o mestre baiano:

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



ADPF 153 / DF

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

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

É como voto.

# # # #

