

**Constituição e Anistia:**

**Uma análise do discurso do STF no julgamento da ADPF n. 153**

**Constitution and Amnesty**

**An analysis about the STF's discourse in the ADPF'S 153 judgment**

**Juliana Neuenschwander Magalhães**

Professora Associada da Faculdade Nacional de Direito e do  
Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ  
Pesquisadora do CNPq

**Vanessa Oliveira Batista**

Professora Associada da Faculdade Nacional de Direito e do  
Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ  
Pesquisadora do CNPq  
Coordenadora do LADIIH- Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ

## **Constituição e Anistia:**

### **Uma análise do discurso do STF no julgamento da ADPF n. 153**

“Se se pretende considerar seriamente a democracia, é preciso evitar proceder como os profetas de Israel, que davam as costas para o futuro. É um modo de ser que transmite segurança: descreve-se o futuro olhando para o passado. Mas, desse modo, o presente escapa.”

Raffaele De Giorgi

#### **Resumo**

O presente artigo desenvolve a hipótese de que o STF construiu seu posicionamento contrário ao alegado descumprimento de preceitos fundamentais da CF/88 pela Lei de Anistia sobre a base de um deslocamento de sentido na dimensão temporal. Interpretar um texto implica sempre em ter algo a fazer com a diferença entre o presente, no qual o texto é lido e interpretado, e o passado, no qual ele foi originariamente produzido. No caso da ADPF 153, o STF considerou o contexto histórico em que foi sancionada a Lei de Anistia como referência para sua decisão. Este deslocamento temporal implicou, também no deslocamento na dimensão material do sentido, o que apontou para um determinado modo de se compreender e experimentar a Constituição.

**Palavras-chave:** Anistia; Interpretação; Supremo Tribunal Federal.

#### **Abstract**

This paper develops the hypothesis that the STF has built its position opposed to the alleged breach of fundamental precepts from CF/88 by the Amnesty Law based on a displacement of meaning in the temporal dimension. Interpreting a text always means that there's a difference between present, in which the text is read and interpreted, and the past, in which it was originally produced. In the case of the ADPF 153, the Brazilian Supreme Court considered the historical context in which the law was sanctioned as reference for its decision. This temporal displacement resulted also in the displacement in the material dimension of meaning, which pointed to a particular way of understanding and experiencing the Constitution.

**Keywords:** Amnesty; interpretation; Supreme Court.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), ao decidir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, merece rigorosa reflexão. Isso não apenas pela relevância do tema, mas, sobretudo pela característica constitucional e constituinte daquele pronunciamento de nosso tribunal máximo: o STF, ao julgar a conformidade, em face da Constituição, da Lei 6683/79 – também conhecida como “Lei da Anistia”, adotou uma particular postura frente à própria Constituição Federal.

O caso é conhecido, mas não transborda aqui lembrar brevemente o que ali se discutiu. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ADPF visando dar, ao parágrafo primeiro do art.1º da Lei da Anistia, interpretação conforme à Constituição de 1988. Referida norma define o que são crimes conexos para efeitos do caput do artigo (“É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de fevereiro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes...”), para indicar como conexos “*os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política*”. Na argumentação da OAB, não estão abrangidos pela expressão “crimes conexos” aqueles crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, razão pela qual não teriam sido objeto de anistia a prática pelos agentes públicos responsáveis de, entre outras violências, homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor. Para a OAB e os amici curiae que a ela se uniram no pleito (Associação Juízes pela Democracia, Associação Brasileira dos Anistiados Políticos e Associação Democrática e Nacionalista de Militares) a interpretação de que aqueles crimes foram alcançados pela anistia violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais da Constituição de 1988.

A delicadeza da matéria e sua sensibilidade às paixões políticas acabam por ofuscar os aspectos propriamente técnico-jurídicos do caso que, em sua repercussão rumorosa, deixou entrever posições favoráveis e contrárias ao decidido. Tais posições foram, em geral, esboçadas com base em argumentos não estritamente jurídicos, mas também históricos, políticos e morais. E isso vale tanto para as posições dos observadores do que ali se decidiu, como é o nosso caso, quanto, por óbvio, para os próprios membros do STF encarregados de se pronunciarem sobre a matéria. Embora o resultado final do julgamento do STF possa, e deva, também ser abordado política e moralmente, o que se pretende discutir, em sede deste estudo, é a “arquitetura da decisão” delineada pelo STF e em que medida ela evidencia um certo modo de se compreender a Constituição Federal. Nosso principal problema, portanto, não é aprofundar os atravessamentos morais e políticos no discurso do STF, ainda que em nossos estudos tenha despontado, quando observadas tais questões, um forte descompasso entre os

aspectos meta-jurídicos do caso e seu resultado final. Nossa pergunta central é: como se construiu, juridicamente, o decidido?

Buscamos o desenho desta decisão no texto da ementa que contém sua íntegra, condensando os principais pontos examinados e decididos. Vencidos dois de seus juízes, o STF decidiu por nove votos que a Lei da Anistia foi integrada à nova ordem constitucional, sob a base dos seguintes argumentos, consolidados na Ementa da decisão<sup>1</sup> :

- 1) Há uma distinção entre texto normativo e norma jurídica, tendo a interpretação do direito caráter constitutivo.
- 2) Não prospera o princípio da dignidade da pessoa humana invocado para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar.
- 3) O sentido da expressão crimes conexos a crimes políticos contida na Lei de Anistia ignora os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal. Trata-se de um sentido ao momento histórico da sanção da Lei de Anistia, sendo esta uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia
- 4) A anistia teve um caráter bilateral, já que estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção.
- 5) Embora a interpretação do direito consista num “processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”, isto se aplica apenas à interpretação das leis gerais e abstratas, e não às designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*):

“No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada.”

- 6) A Lei n. 6.683/79 é anterior a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que vigora desde 1987 e à Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. Além disso, o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e

---

<sup>1</sup>Disponível <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>. Acesso em 08/08/2011.

anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente à sua vigência consumadas.

- 7) O Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo.
- 8) A Revisão de Lei de Anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.
- 9) A anistia de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988.

“Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental.”

Nem todos os aspectos acima suscitados serão objeto de nossa análise, ainda que em nosso entender cada um destes pontos pudesse sofrer uma crítica ou uma objeção. Dois aspectos, entretanto, são estruturantes, como estratégia de tergiversação daquilo que foi o núcleo da argumentação da OAB, a ausência de conformidade da Lei da Anistia com a Constituição de 88, sobretudo no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Estes aspectos são relativos à noção de interpretação (itens 1 e 5 da Ementa) e ao suposto papel constituinte da EC 26/85 (item 9). Em ambos os argumentos há uma referência comum: **o tempo**.

### **I - A interpretação e o “tempo da decisão” do STF**

Nossa hipótese é de que o STF construiu seu posicionamento contrário ao alegado descumprimento de preceitos fundamentais da CF/88 pela Lei de Anistia sobre a base de um deslocamento de sentido na dimensão temporal. Isto porque o apelo a que o tribunal se pronunciou sobre a constitucionalidade atual da Lei de Anistia enseja, por si só, uma análise desta em face do tempo presente. Entretanto, na argumentação do STF produziu-se um deslocamento, ou um descolamento, deste presente.

Em matéria de hermenêutica, e não apenas de hermenêutica jurídica, a referência temporal é decisiva. Interpretar um texto implica sempre em ter algo a que fazer com a diferença entre o presente no qual o texto é lido e interpretado e o passado, no qual ele foi originariamente produzido. Diferentes concepções de interpretação dependem, fundamentalmente, da forma como esta relação entre passado e presente é estabelecida. Na chamada “hermenêutica romântica” o passado é invocado como depositário da univocidade do texto e, neste passo, a interpretação é uma atividade quase arqueológica de sua descoberta. A tradição das teorias da interpretação jurídica aponta para esta visão, pressuposta na elaboração de um catálogo de “métodos da interpretação” aptos à conduzirem a descoberta da verdade que, neste caso, é muito frequentemente identificada com a “vontade do legislador”. Busca-se, no texto tomado como “objeto da interpretação” um sentido originalista e não atualizado, desconectado da noção de uma temporalidade histórica.

A hermenêutica filosófica, em sentido diferente, assenta que um texto, por si só, nada significa. Todo texto é um texto quando lido em um contexto, e o processo de interpretação, neste passo, é sempre um processo de atualização de sentido. Desta perspectiva, o processo de compreensão do significado de um texto pretérito (uma norma, uma obra de arte) é um processo de “atualização” de seu sentido. “Cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura entender a si mesma” (GADAMER, 2008: 392). E, se interpretar é sempre “atualizar” um texto, reescrever uma história, então é certo que o tempo da decisão é aquele em que se constrói aquela atualização, ou seja, o tempo presente. Esta operação, por óbvio, exige um certo grau de coerência com o passado, mas é sempre uma decisão no e sobre o tempo presente. “O tempo já não é, primariamente, um abismo a ser transposto porque separa e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes” (GADAMER, 2008: 393). A própria diferença entre passado e presente, a própria distância temporal, tem como referência um acontecimento. É o tempo da decisão, portanto, que constrói a diferença entre passado e presente. Da mesma forma, é sempre a partir deste tempo presente que se pode falar em um futuro.

Da perspectiva da teoria do direito, o influxo da hermenêutica filosófica no pensamento jurídico levou à hoje assentada compreensão de que o direito não é um texto, mas sim um texto a ser lido e interpretado em um dado contexto. Estabelece-se desta forma, uma distinção entre “texto normativo” e “norma”, tal como explicitou Friedrich Müller no seu *Juristische Methodik*, ao dizer que o texto da norma não deve ser compreendido “em si”, mas

somente na medida em que ele pode levar à solução de um problema concreto (MÜLLER, 1996:209). Desta forma, Müller caminha para além da noção gademariana de interpretação como aplicação, para uma noção de concretização. Concretização, aqui, entendida não no sentido positivista-legalista de subsunção de um fato à uma norma, mas sim no sentido de que, tomando por ponto de partida a constatação de que o texto da norma não coincide com a norma, é a realidade do caso concreto que leva à criação de uma norma-decisão. Isto não é arbitrário, sendo resultado de um processo - concretização - que parte do texto da norma, passa pela norma e leva à norma-decisão (MÜLLER, 1996:223-224).

A distinção entre “norma” e “texto normativo” foi também adotada por Eros Grau em estudo dedicado à interpretação jurídica (GRAU, 2003). Relator da ADPF 153, o Ministro Grau lembrou-se desta distinção, invocando-a, paradoxalmente, para negar a tese hermenêutica. Assim, ao enfrentar o tema da anistia e da alegada obscuridade, na Lei, da expressão “crimes conexos”, o Eros Grau afirma que “se for assim – e assim de fato é – todo texto será obscuro até a sua interpretação, isto é, até a sua transformação em *norma*” (GRAU, 2010: 16)<sup>2</sup>. Prossegue, nesta linha, afirmando que a interpretação “consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas”, razão pela qual “cumpre definirmos qual a realidade, qual o momento da realidade a ser tomado pelo intérprete da Lei n. 6.683/79”.

Tem-se aqui, de pronto, a “questão temporal” que, entretanto, é posta sob uma equivocada premissa: a de que em jogo está a interpretação da Lei de Anistia “em si”, e não na sua conformidade com a Constituição Federal. Por óbvio que, sob esta equivocada premissa, a conclusão fora quase silogística, pois que sem uma referência a uma questão atual e portanto à necessidade de *concretização*, no sentido de Müller, o tempo da decisão só poderia ser o tempo da sanção da Lei de Anistia. Mas, na sua argumentação, o Relator esmera-se na tese hermenêutica de que a realidade em que se interpreta o um texto normativo é o tempo presente, para em seguida afirmar que isso vale, *apenas*, para as normas gerais e abstratas, mas não para as chamadas “leis medida” (*Massnahmegesetze*). “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

---

<sup>2</sup> Em suas próprias palavras, Grau afirma que: “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”. Voto do relator, <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>, p. 53, acesso em 30/03/2012.

se não houvesse sido” (GRAU, 2010: 43). Ou seja: no caso das ditas normas-medida o direito é algo congelado no tempo e impassível de interpretação, mero texto.

Em julgados anteriores Eros Grau já havia se referido às leis-medida, também objeto de sua análise na obra “O direito posto e o direito pressuposto” (Cf. CATTONI DE OLIVEIRA & MEYER, 2011: 260), afirmando serem atos administrativos, e não leis gerais e abstratas, produzidos pelo legislador e que a Administração Pública apenas completaria. Ora, há aqui uma contradição em relação ao próprio hermenêutico, pois esta a condição hermenêutica é universal e não dependente de um suposto exaurimento de seus efeitos no tempo, como medida administrativa que se destina à produção de certos efeitos determinados e não abstratos. Neste sentido, é que Cattoni e Meyer afirmam que o argumento de que as leis-medidas não estão sujeitas à interpretação por serem leis apenas em sentido formal, “significa negar à hermenêutica o papel universal a ela imputado” (CATTONI DE OLIVEIRA & MEYER, 2011: 261)

Neste passo, a diferença entre normas gerais e leis medidas desponta mais como uma artifício teórico para afastar a Lei de Anistia do crivo da constitucionalidade. A distância temporal torna-se, desta forma, também uma distância constitucional. Desta forma a Lei de Anistia resta isolada do contexto político, constitucional e moral em que é questionada. Se o imperativo hermenêutico é de atualizar o passado, interpretando-o no tempo presente, a consequência daquele isolamento foi o congelamento do passado, o que implica, também, em se adotar uma certa maneira de narrar e contar este passado.

Temos, então, um texto normativo produzido há mais de trinta anos, a uma distância temporal e constitucional considerável de nosso tempo presente. O STF reuniu-se para julgar a ADPF n. 153 no ano de 2010, tempo presente, na atualidade de um Estado Democrático de Direito constitucionalmente proclamado há quase 25 anos. Entretanto, o tribunal conclui que aquela norma subtrai-se ao tempo presente, vez que subtrai-se, também, à condição hermenêutica. Portanto, a sua interpretação exige, apenas, uma mirada no passado. Ignora-se desta forma que, em jogo, está a adequação à Constituição de uma norma de 31 anos atrás, portanto situada em outro tempo, outro contexto. Naquele outro tempo, a transição do regime político que se instalou no Brasil com o Golpe Militar de 1964 para um Estado Democrático de Direito foi anunciada pela Lei 6683/79, que traduziu, na forma de anistia, os supostos acordos políticos que tornaram aquela passagem possível.

Mas, naquela passagem, a referência material, em termos constitucionais, não era a da democracia e do Estado de Direito. A Lei de Anistia, classificada como lei-medida ou qualquer outra coisa, não é produto de um Estado de Direito. Isso significa que a distância

temporal torna-se, aqui, uma distância material de considerável relevância, pois que entre o tempo da ditadura e o tempo da democracia, há uma necessária ruptura política e jurídica marcada pelo advento da Constituição de 88. Essa ruptura é que impede, ou deveria impedir, que a flecha do tempo seja diretamente disparada para o passado, sem curvar-se ante as inflexões do presente.

Na narrativa do STF, a flecha do tempo ignora a Constituição de 88 e chega até o pano de fundo histórico e contextual da sanção da Lei de Anistia. Portanto, foi aquele o tempo da decisão do STF. Não o tempo presente, desde o qual, e apenas desde ele, o passado pode ser referido como passado e o futuro, por sua vez, como um porvir. Aqui, temos duas ordens de questões: em primeiro lugar, a estratégia de deslocamento da orientação temporal da decisão acima referida e, também, a inevitável interpretação que se fez do passado que é tomado como referência desta decisão (contrariando o próprio postulado da negação da condição hermenêutica da Lei 6683/79).

Como os profetas de Israel, diria Raffaele De Giorgi<sup>3</sup>, o STF decidiu sobre o futuro com os olhos no passado. A abordagem que prevaleceu no debate do Tribunal foi delineada em referência àquele contexto histórico, ou seja, sobre a base de uma narrativa sobre a ditadura e seu fim, com o advento da abertura democrática e da Lei de Anistia. Não houve, aqui, a necessária atualização do texto, produzindo-se uma narrativa desde o tempo presente, que é o tempo da Constituição de 88 e da democracia. Daquele ponto de vista, como o tempo é o tempo passado, a própria Constituição, conforme veremos, foi tratada como um futuro - e, como todo futuro, incerta.

## **II- O passado e a memória**

Passa a ser de todo relevante, portanto, observar o modo como o passado foi narrado pelo STF. Este relato em grandes linhas encontra-se na decisão acima referida. Certamente aquele texto não reproduz um relato unívoco, e uma análise detalhada de todos os votos seria certamente capaz de revelar a riqueza de possibilidades que a plurivocidade de um colegiado como o STF, arena privilegiada dos grandes debates jurídico-políticos do País, pode oferecer.

---

<sup>3</sup> “Se se pretende considerar seriamente a democracia, é preciso evitar proceder como os profetas de Israel, que davam as costas para o futuro. É um modo de ser que transmite segurança: descreve-se o futuro olhando para o passado. Mas, desse modo, o presente escapa. Não se enxerga o tempo da política que é o presente, e que o tempo da complexidade é o tempo da simultaneidade, que, por sua vez, é o presente. O tempo da decisão é o presente” (DE GIORGI, 1998: 51)

Por ora, em sede deste estudo, indicamos como a narrativa do STF aquela abordagem que prevaleceu, no julgamento daquele caso em particular.

A forma como o STF reconstruiu o período da ditadura militar e o advento da Lei da Anistia, como de resto qualquer outra narrativa, não é neutra e anuncia, por si só, o que viria a seguir, o resultado final da decisão. Elas mesmas, as narrativas, implicam em decisão. Senão, vejamos. Para Eros Grau, “a inicial ignora o momento mais importante da luta pela democratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79” (GRAU, 2010: 18-19). Deve-se observar que, aqui, o Relator refere-se não à norma jurídica conhecida como Lei de Anistia e objeto da ação proposta, mas à anistia enquanto luta social e, também, enquanto “acordo político”. Isso porque, para o Ministro Grau “a chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979 --- assumida”.

Também no voto da Ministra Carmem Lúcia, a anistia é referida como verdadeiro “armistício”, como o pacto que sela o final de uma guerra: “(...) não vejo como, para efeitos exclusivamente jurídico-penais, nós, juízes, reinterpretermos, trinta e um ano após e dotarmos de efeitos retroativos esta nova interpretação da lei que permitiu e que foi versadeiro armistício de 1979 para que a guerra estabelecida pelos então donos do poder com os cidadãos pudesse cessar” (ROCHA, 2010: 97). Esta referência a um armistício sugere o discurso oficial daqueles que consentiram com a ditadura de que tratava-se de uma situação de “guerra contra o comunismo”. Trata-se, certamente, de uma forma equivocada de expressão, mas não é demasiado objetar, aqui, que a situação da qual o país emergiu, então, não merece ser abordada como uma “guerra” ao final da qual se celebra um armistício. Ora, não houve “guerra”. A noção de guerra pressupõe, desde a doutrina da guerra justa do jurista holandês Hugo Grócio (século XVII), uma situação de relativa igualdade entre as partes. Relativa porque aquela era uma igualdade juridicamente pressuposta, pois a guerra a qual Grócio se refere é aquela travada entre dois Estados igualmente soberanos que, não necessariamente, são idênticos em sua potência. No Brasil pós-64 não eram dois estados soberanos a guerrearem: era um Estado que se voltava contra seu povo; era um povo que resistia ao arbítrio do Estado. Do ponto de vista estritamente jurídico, é absolutamente assimétrica e desigual esta “guerra”, na qual o aparato estatal se volta contra os indivíduos e ao final da qual qualquer “armistício” implicaria, necessariamente, também numa assimetria. Não era guerra, era repressão.

Que tipo de relato são esses? E, sobretudo, em que medida essas narrativas condensam um sentido constitucional e constituinte? Acordos políticos anteriores à Constituição a ela podem se sobrepor? A ditadura militar merece ser indicada como uma “guerra” ao final da qual celebra-se um armistício? A velha versão da “guerra contra o comunismo” é uma maneira de contar a história, assim como aquela da “transição pacífica”.

Causa, por isso, estupor a forma como o STF abordou juridicamente tanto o período da ditadura militar no Brasil quanto a Constituição Federal de 1988, que veio significar definitiva pedra de cal no autoritarismo político, com o término do longo ciclo da transição para a democracia. De um lado, uma narrativa da ditadura e da transição política que ignora a forte resistência que, à época, estabeleceu-se em face das condições e termos nos quais a anistia foi celebrada: senadores “biônicos”, Congresso Nacional literalmente dividido entre os que aceitavam os termos do “acordo” e aqueles que os julgavam inaceitáveis... E não apenas o discurso do STF abraça a “versão oficial” da ditadura, quanto também se opõe a toda narrativa dela dissonante. Para o Relator, Ministro Eros Grau, uma narrativa diversa daquela de uma anistia conciliada consiste numa oposição à própria idéia de conciliação:

“Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos. Ocorre que os subversivos a obtiveram, a anistia, à custa dessa amplitude. Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver). Quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos. Inclusive a OAB, de modo que nestes autos encontramos a OAB de hoje contra a OAB de ontem. É inadmissível desprezarmos os que lutaram pela anistia como se o tivessem feito, todos, de modo ilegítimo. Como se tivessem sido cúmplices dos outros.” (GRAU, 2010: 50-51).

Pergunta-se: qual a pesquisa histórica de que se deu cabo? A decisão do STF é pontilhada de descrições históricas desprovidas de referências bibliográficas. Os votos repousam na memória individual do julgador, que busca elementos para sustentar sua posição. De fato, muito do que se conta da ditadura militar no Brasil, é feito por relatos e “memórias”. Ocorre que a memória da ditadura, como observou o historiador Carlos Fico, “constitui-se ao mesmo tempo como fonte e objeto históricos, pois, se é certo que descreve uma época, também pode ser estudada como a luta pelo estabelecimento da ‘versão correta’, estando por ser feita uma análise intertextual destes fragmentos como se formassem um texto único ou, pelo menos, um debate animado por ‘réplicas’ e ‘tréplicas’”(FICO, 2010: 25-26).

Para uma interpretação “originalista” do tipo que se propôs o STF, seria necessário pesquisar a sério a História, para além da memória, abrindo-se espaço para outras narrativas possíveis. Sobre a transição política no Brasil, o professor americano Anthony W. Pereira acena para a intenção do regime, ao conceder uma ampla anistia, de proteger próprios seus agentes:

“Essa transição envolveu tanto concessões à oposição quanto afirmações autoritárias de privilégio executivo. Em 1979, o regime concedeu uma anistia ampla, que protegia todos os membros das forças de segurança de processos por violação de direitos humanos e que, ao mesmo tempo, libertava todos (sic) os presos políticos e permitia o retorno dos exilados” (PEREIRA, 2010: 240)

Para além da “transição pacífica” e do “armistício” outras narrativas apontam para a noção de uma “reconciliação extorquida”:

“Ora, a imposição do esquecimento como gesto forçado de apagar e de ignorar, de fazer como se não houvesse havido tal crime, tal dor, tal trauma, tal ferida no passado, esse gesto vai justamente na direção oposta dessas funções positivas do esquecer para a vida. Impor um esquecimento significa, paradoxalmente, impor uma maneira única de lembrar - portanto um não-lembrar; uma “memória impedida” [une mémoire empêchée], diz Ricoeur, uma memória que vai lutar, brigar para poder voltar. Neste contexto, todas políticas de anistia (...) servem, no máximo ( e é isso que geralmente pretendem), a tornar possível uma sobrevivência imediata do conjunto da nação enquanto tal, mas não garantem uma coexistência comum duradoura” (GAGNEBIN, 2010:179)

A situação merece ser comparada com o que ocorreu na Suprema Corte Norte Americana, quando esta foi chamada a decidir se a segregação racial praticada nas escolas públicas norte-americanas era compatível com a Emenda 14 à Constituição dos EUA, que estabelece a “*equal protection*”. Naquela ocasião, um dos juízes, Frankfurter, ante o evidente incômodo em reafirmar, em pleno século XX, a segregação racial, invocou a necessidade de se buscar, nas origens da Emenda 14, o repúdio a desigualdade racial. Há um belo filme, “Separados, mas Iguais”<sup>4</sup>, que narra de maneira precisa o desenrolar daquele case e revela o grande movimento, no mundo acadêmico, para se buscar conhecer o contexto histórico e político da elaboração da Emenda 14. Por óbvio, que buscando no século XIX as bases para se superar a dissonância do precedente com a realidade constitucional do século XX, nada se encontrou. Como observou Ronald Dworkin a propósito deste caso, o caminho “originalista” transforma um erro de compreensão dos autores da Emenda 14, que não poderiam vislumbrar

---

<sup>4</sup> Título em inglês: Separate But Equal, EUA, 1991, direção de George Stevens Jr.

que a segregação racial é incompatível com a cláusula da igualdade, como um erro da Constituição (DWORKIN, 1996:13). Foi aí que o argumento originalista deu azo a outra visão da interpretação jurídica, buscando-se realizar o que ficou conhecido como “moral reading” da Constituição. Sobre esta base, os EUA foram capazes de (re)escrever a história da desigualdade racial e de corajosamente enfrentar todos os conflitos políticos dela derivados, inclusive em virtude da própria decisão da Suprema Corte, em 1954.

### **III. O “tempo” da Constituição e o processo constituinte: entre Constitucionalização simbólica e deslegitimação normativa**

Eis então o percurso argumentativo do STF: se a questão é verificar a conformidade da Lei da Anistia à Constituição, então vejamos qual o contexto histórico em que foi editada referida Lei, para interpretar a Constituição em face de tal contexto. Passo seguinte: narrar sobre o contexto, desenhando-o de acordo com uma determinada versão.

Pode-se interpretar o significado das constituições de muitas formas, e na doutrina jurídica colhe-se tanto concepções formais quanto materiais da Constituição. Atualmente, autores como Friedrich Müller, Jürgen Habermas e Niklas Luhmann apontam para concepções de base sociológica do fenômeno constitucional, deixando de lado as explicações reducionistas, que a tratavam ora como mera forma, ora como a pura realidade política. Quando vista para além destes extremos, a Constituição ganha a dimensão de um processo social. Desta forma, não tem uma origem, mas dá “origem a si mesma” constitucionalizando-se a cada dia, no acontecer jurídico e político. Nesta medida, sua permanência impõe, sempre, também sua efetividade. E, se em tema de efetividade constitucional também muito discutiu, é preciso salientar aqui que não nos referimos à efetividade como uma questão de “tudo ou nada”. A Constituição se faz efetiva quando é capaz de estruturar tanto as decisões jurídicas quanto aquelas políticas, de maneira constitucionalmente ordenada. Isto não é um acontecer que se faz num amanhecer, mas é produto de práticas sociais reiteradas, que ora se reafirmam, que ora se desconstituem.

O STF parece desconhecer que a democracia não se faz num momento único, mas é fruto de um processo histórico, político, moral. Por evidente que, ainda no abaixar da longa noite da ditadura militar, a solução daquele aparente consenso era o que se mostrava possível. Daí que, no discurso daquele período, falava-se em “democracia possível”, assim como se falava em “transição pacífica”. Mas trata-se, por evidente, de um erro grosseiro pensar, mais

de 30 anos depois, ainda, numa “democracia possível”. É contra-democrático e, portanto, inconstitucional, acreditar que as futuras gerações estejam, por força de acordos políticos do passado, impedidas de avançarem no processo democrático e, porque não, reverem os termos daquilo que, em outros tempos, foi admitido como “porta de saída” do regime ditatorial. A geração atual e as gerações futuras têm o direito de (re)construírem a memória da democracia brasileira e, desta forma, fazerem as contas com o passado. O direito à verdade e à memória vai muito além da necessária abertura dos arquivos da ditadura. Não há democracia sem memória, e toda memória é uma narrativa. Cumprida ao STF, neste momento histórico do julgamento da ADPF n. 153, adequar os termos daquele acordo político ao que se conquistou em mais de 20 anos de democracia, oferecer um outro relato, construir uma outra memória.

Tudo isso reverbera numa abordagem “fraca” da Constituição de 1988 que, em muitos de seus preceitos, também resiste, ou deveria resistir, aos termos daquela anistia e, mais, aos abusos perpetrados pela ditadura militar. O STF olhou para a Constituição desde a ditadura, e não o contrário. Quando o STF olha para o presente com os olhos no passado, quando lê a Constituição com o olho no passado, esta é enfraquecida em seu sentido normativo, sendo negada sua validade e, portanto, sua característica constituinte.

Tal fato pode ser melancolicamente observado no tratamento dado pelo STF ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos preceitos fundamentais da Carta de 88 que é apontado, na inicial da ADPF 153, como tendo sido descumprido pela anistia. Nos termos da inicial “força é reconhecer que o Estado instituído com a liquidação do regime militar nasceu em condições de grave desrespeito à pessoa humana, contrariamente ao texto expresso da nova Constituição Federal”. Em resposta, afirma o texto do Relator que tal linha de argumentação é “exclusivamente política, não jurídica, argumentação que entra em testilhas com a História e com o tempo” (Voto do Min. Eros Grau, p.18 ). Negar o caráter jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, abraçado pela Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático é negar a validade jurídica do próprio texto constitucional. Que aquele princípio tem um caráter político, não resta dúvida. Não apenas ele, mas todos os preceitos constitucionais, pois é a própria Constituição que é inegavelmente tanto política quanto jurídica. Tratar a dignidade da pessoa humana como argumento de ordem exclusivamente política é negar força normativa a princípio fundador da ordem constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana é tratado, desta forma, como um mero artifício da retórica constitucional.

A “deslegitimação” da Constituição Federal também pode ser observada na forma como o STF enxerga sua origem. Aqui, assim como em relação à dignidade da pessoa

humana, não há que se falar em argumentos de ordem política. Do ponto de vista estrito da dogmática constitucional, não procede a linha de argumentação adotada pelo STF, segundo a qual a Emenda Constitucional n. 26/85, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte, “livre e soberana”, é ela mesma fundamento da Constituição Federal de 88 e, por isso, a limitaria já em seu nascedouro. Esse ponto foi destacado não apenas pelo Ministro Relator da ADPF n. 153, mas também por outros, como o Ministro Gilmar Mendes. Afirma o Ministro Eros Grau que a Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura a nova ordem constitucional, incorporando a esta a reafirmação da Lei da Anistia de 1979: “Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, teremos que sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável”(GRAU, 2010: 63).

Ocorre que, a contrário do que afirma o Ministro Grau, a EC 26/85 não dá origem a Constituição Federal de 1988. Embora atípica a forma de convocação da Assembléia Nacional Constituinte<sup>5</sup> pela via de uma emenda constitucional à constituição anterior, o que insinua um certo continuísmo entre a ordem do antigo regime e a nova ordem constitucional e democrática, não se pode confundir o ato de convocação que resultou numa constituição legítima, numa forma de limitação ab initio do Poder Constituinte que, se soberano não for, também não está em grau de engendrar uma constituição. Numa palavra: ou a Constituição de 88 é produto de um poder constituinte originário e soberano ou esta não é, de fato, uma constituição. Consentir com essa segunda hipótese, ainda que num exercício de crítica do modo com que se deu a transição política no Brasil (a ser chamada hoje de “armistício” pelo STF), é negar toda a tradição do constitucionalismo moderno. A primeiro, porque a Constituição não nasce no ato de sua convocação, mas também porque o momento constituinte não se esgota com sua promulgação. Josaphat Marinho cit pelo Ayres Brito

A EC n. 26/85 não é o fundamento da Constituição Federal e, muito menos, a limita. A Constituição tem uma existência tautológica: funda a si mesma. Na bela formulação do texto da Constituição norte-americana o povo (“We the People...”) dá a si mesmo uma Constituição. A “soberania” do poder, ou do povo, neste passo, manifesta-se mediante sua ilimitada capacidade de auto-limitação. Esses vínculos, a contrário do que pensou Rousseau, não criam amarras para o futuro, posto que a constituição pode, e deve, sempre ser alterada, adequando-se aos novos tempos e às novas gerações. A Constituição lança o direito para o futuro: por isso ela não pode trair a si mesma, lendo-se como os olhos no passado; ao contrário, ela se reescreve a cada momento. O passado, na forma do direito preexistente,

---

<sup>5</sup> Sobre o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte ver PAIXÃO e BARBOSA, 2009.

adquire novo sentido ao ser recepcionado pela nova ordem constitucional, ensejando uma leitura constitucionalmente adequada. Desta forma, ainda que o texto da EC 26/88 reafirmasse a anistia política introduzida pela Lei 6683/79, ambas aquelas normas, Lei da Anistia e EC 26/88, carecem serem recebidas pela nova ordem constitucional - que se inaugura apenas com a promulgação da Constituição - e isso obviamente naquilo que não as contrariar. Ora, a Constituição Federal do Brasil rejeitou de forma veemente a tortura, afirmando esta como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, III e XLIII). Como pode uma ordem constitucional que repudia de tal modo a prática da tortura, subrepticamente admitir a impunidade em relação a tal crime, recepcionando os termos da anistia de 79 “armistício”? Não se trata aqui, como parece-nos evidente, de retroceder no tempo para punir alguém. Não se quer uma volta ao passado, o que se quer é impedir o retorno do passado, e para isso serve a Constituição.

Alega-se, em favor da impunidade daqueles que praticaram a tortura, o princípio da legalidade e o da anterioridade da lei penal. Aqui, um reducionismo penal de uma questão de estatura constitucional que enseja uma série de reparos: 1) o Estado autoritário que se instalou no período pós-64 no Brasil não era um Estado de Direito no sentido próprio da palavra; 2) a legalidade autoritária e de exceção não pode se impor como direito em face de uma Constituição democrática; 3) tratar tal tema desde a perspectiva da legalidade penal significa assumir que a tortura, quando praticada nos porões da ditadura militar, era juridicamente consentida e descriminalizada e 4) a tortura, prática política que desumaniza os indivíduos, que trata o homem como não-homem, não é uma conduta que pode ser qualificada como lícita ou ilícita desde a perspectiva da legalidade estrita, mas sim como uma prática que per se contraria toda e qualquer idéia de direito, ou um mínimo moral admitido por qualquer positivista de boa cepa (como Herbert Hart).

#### **IV. Anistia e Esquecimento**

Se o tema das transições político-jurídicas é dos mais delicados para a teoria do direito contemporânea, certo é que esta não é a primeira vez que este é enfrentado. Na verdade, todo o “giro hermenêutico” e sociológico da teoria jurídica, na segunda metade do século XX, foi impulsionado pela percepção de um certo “mal-estar do positivismo” em face da experiência trágica do nacional-socialismo e da necessidade de se impedir que esta se repetisse. Por isso mesmo, tornou-se necessário pensar o direito para além do positivismo jurídico, já que aquela teoria não “dava conta” do problema dos limites do direito. Tratava-se

de (re)afirmar que nem tudo pode ser praticado em nome do direito, sob o mando de uma legalidade apenas aparente. Passados 65 anos do fim da Segunda Guerra Mundial, a doutrina jurídica aprendeu com a experiência. Hoje, tanto a teoria do direito quanto a doutrina do direito internacional oferecem respostas consistentes para casos como o recentemente analisado pelo STF.

Neste contexto, ganha outro sentido o conceito de anistia. O termo, que originalmente atrelava-se à noção de esquecimento, *amnestie et oubli*, é confrontado com situações nas quais é imperativo não esquecer. Naquela formulação originária, que remonta ao século XVII, “anistia e esquecimento” era o pacto selado pelas partes em disputa, após o fim de uma guerra. Desta forma, no armistício, a paz se tornava possível mediante o perdão das faltas recíprocas. Essa idéia de que a paz seria possível por meio do esquecimento se transforma a partir da segunda metade do século XX, desde que se entendeu que determinados crimes não podem ser apagados da memória da humanidade. Como observa Harald Weinrich, “é moral e historicamente coerente que desde os processos de Nuremberg por crimes de guerra, cuja concepção jurídica também foi confirmada pelo Parlamento alemão e pelo Tribunal Internacional de Crimes de Guerra em Haia, todos os ‘crimes contra a humanidade’, especialmente na forma de assassinato ou genocídio, tenham sido excluídos de qualquer anistia e não possam prescrever”.

Outro aspecto da decisão do STF que merece ser observado é o apelo que se fez, nos votos, a textos literários. Deve-se atentar, aqui, para os riscos de uma estetização da decisão jurídica como mecanismo imunizador da mesma. Vários dos Ministros, ao fundamentarem seus votos, lançaram mão da leitura de poesias ou da referência à literatura. Nestes textos apoiavam-se ao fazer uma reprovação moral da ditadura e dos crimes nela e por ela perpetrados. Ao final de seu voto, o Ministro Grau anunciou a leitura de um poema “É necessário dizer, por fim, vigorosa e reiteradamente, que a decisão pela improcedência da presente ação não exclui o repúdio a todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinquentes. Há coisas que não podem ser esquecidas”. Em seguida leu o texto de Mario Benedetti, escritor uruguaio que foi vítima da ditadura naquele país. O poema narra a conversa de um homem preso com seu filho: “es bueno que conozcas/que tu viejo calló/o puteó como un loco/que es una linda forma de callar”; “y acordarse de vos --- prossegue ---/de tu carita/lo ayudaba a callar/una cosa es morirse de dolor/y otra cosa morirse de vergüenza”. E assim termina este lindo poema, que de quando em quando ressoa em minha memória: “llora nomás botija/son macanas/que los hombres no lloran/aquí lloramos todos/gritamos berreamos moqueamos chillamos maldecimos/porque es

mejor llorar que traicionar/porque es mejor llorar que traicionarse/llora/pero no olvides”. O belo poema de Mario Benedetti revela bem mais que o ensinamento de um pai a seu filho. Ao encerrar sua argumentação com esta justa homenagem a todos os que sofreram tortura, e a seus filhos que ainda aguardam pela Justiça, o Ministro Grau revelou a arquitetura de sua decisão, construída em dois lados: argumentação moral e argumentação jurídica. De um lado, uma argumentação jurídica que afasta uma revisão da Lei da Anistia; de outro, uma argumentação moral que repudia e condena a prática da tortura. Na verdade, revela o poema, tais argumentos não estavam tão dissociados como a conclusão dos votos faz sugerir, pois parece não se tratar apenas de justificar ante a sociedade que, não obstante não se aduza consequência jurídica efetiva ao repúdio moral à tortura, esta permanece sendo algo reprovável. Mais que isso: a reprovação literária e moral presta-se à justificação de uma decisão jurídica que, nos moldes da teoria jurídica contemporânea, não encontra justificação. Não podemos aceitar a interpretação de que a ordem constitucional brasileira é uma continuidade da "ordem" da ditadura militar. Não podemos achar plausível a idéia segundo a qual a CF/88 já nasce moldada e, portanto, limitada por um "pacto" político que se tornou possível, apenas, como porta de saída do regime autoritário. Determinadas coisas não são e não podem ser tratadas como passíveis de transação.

## **Bibliografia**

BATISTA, V. O. . **Cinema, direito e crítica ao totalitarismo: Sobre a Censura no Regime Militar e das Marcas Ideológicas do Filme Documentário na Produção Cinematográfica.** Diversitates International Journal, v. 1, p. 5, 2009.

\_\_\_\_\_. **BOITEUX, L. ; Hollanda, C. B. . Justiça de Transição e Direitos Humanos na América Latina e na África do Sul.** Revista OABRJ, v. 25, p. 55-75, 2010.

CAMARGO, Margarida M. Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação. Uma contribuição ao Estado de Direito.** 3a ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **“A Nova Hermenêutica”** in: SARMENTO, Daniel. (Org.) Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 347- 371.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **“Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada ‘transição**

**política brasileira”** in *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011. pp. 207-247

\_\_\_\_\_ e MEYER, Emilio P. Neder. “**Anistia, História Constitucional de Direitos Humanos: o Brasil entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos in Constitucionalismo e História do Direito**.” Belo Horizonte: Pergamum, 2011. pp. 249-288.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. **O preço de uma reconciliação extorquida**. In TELES, Edson e SAFATLE, Vladimir. *O que resta da Ditadura*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010. pp.177-186

GRAU, Eros. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/aplicação do direito**. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Voto do Relator na ADPF 153**, 28/04/2010,

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf> acesso em 30/03/2012.

FICO, Carlos. **Além do Golpe. Versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar**. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la Méthode Juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. “**Constituição e Diferença**”. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 347- 371.

PAIXÃO, Cristiano. **Modernidade Tempo e Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_ e BARBOSA, Leonardo. **Cidadania, democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988** In PEREIRA, Flávio Henrique Unes e DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.) *Cidadania e Inclusão Social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 121-132.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153/DF**. Ementa, disponível em

<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116> Acesso em

31/03/2012