

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

1. RELATO DO PROCESSO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), cujo objeto é o § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, que possui o seguinte teor:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao Poder Públicos, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Preliminarmente, o Conselho Federal da OAB sustenta o cabimento da presente ADPF, pois estariam presentes todos os pressupostos para o ajuizamento da ação. Aponta, nesse sentido, a relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre o dispositivo impugnado, anterior à Constituição de 1988, exemplificada pela transcrição de diversas reportagens e de manifestações de doutrinadores e agentes políticos sobre o tema.

A norma impugnada, segundo o arguente, teria sido recepcionada pela Constituição de 1988, mas careceria de interpretação e de aplicação à luz dos novos preceitos e princípios constitucionais.

Estariam atendidas, também, a necessidade de que o objeto da ADPF configure ato normativo geral e abstrato e a exigência de que haja violação a preceito fundamental.

Por fim, inexistiria outro meio eficaz para sanar a lesão aos preceitos fundamentais apontados, atendendo-se ao requisito da subsidiariedade.

No mérito, questiona-se a interpretação dada ao § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, no sentido de que a anistia estende-se aos crimes comuns praticados por agentes públicos contra opositores políticos durante o regime militar.

A referida interpretação seria inepta, pois, nos "crimes conexos", referidos no §º 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, não estariam abarcados aqueles crimes comuns - tortura, estupro, assassinato, etc. - cometidos pelos agentes públicos a serviço do regime militar.

A conexão criminal pode ser definida, segundo o arguente, nos seguintes termos:

A conexão criminal implica uma identidade ou comunhão de propósitos ou objetivos, nos vários crimes praticados. Em consequência, quando o agente é um só a lei reconhece a ocorrência de concurso material ou formal de crimes (Código Penal, artigos 69 e 70). É possível, no entanto, que os agentes sejam vários. Nessa hipótese, tendo em vista a comunhão de propósitos ou objetivos, há co-autoria (Código Penal, artigo 29).

É bem verdade que, no Código de Processo Penal (art. 76, I, *in fine*), reconhece-se também a conexão criminal, quando os atentes criminosos atuaram uns contra os outros. Trata-se, porém, de simples regra de unificação de competência, de modo a evitar julgamentos contraditórios. Não é norma de direito material.

Dessa maneira, os crimes comuns cometidos pelos agentes públicos a serviço do regime militar não se afigurariam conexos aos crimes políticos sob ângulo algum. Em primeiro lugar, tais agentes não poderiam ter cometido

crimes políticos - entendidos como aqueles contra a ordem política vigente ou a segurança nacional -, uma vez que eram incumbidos justamente de combatê-los.

Esses crimes políticos teriam sido praticados pelos opositores ao regime militar, os quais também não teriam agido em coautoria com os agentes públicos referidos. Não haveria, portanto, como se falar em conexão em razão de crimes praticados pelo mesmo sujeito ou em coautoria.

Por fim, afirma o arguente que tampouco se poderia afirmar tratar-se da conexão prevista no artigo 76 do Código de Processo Penal. Isso porque os crimes cometidos pelos opositores ao regime eram voltados contra a ordem política vigente e a segurança nacional, e não contra os agentes públicos, não cabendo se falar, portanto, em cometimento de crimes de uns contra os outros.

Ademais, o Conselho Federal da OAB assevera a violação aos preceitos constitucionais: da isonomia em matéria de segurança (art. 5º, *caput* e inciso XXXIX); do dever de não ocultar a verdade (art. 5º, XXXIII); dos princípios democrático e republicano (art. 1º); e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, e art. 5º, XLIII).

A isonomia em matéria de segurança é descrita como a fórmula do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição, segundo o qual "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*". Assim, o constituinte teria vedado a discriminação, no momento de tipificação de conduta e de cominação da pena, em razão de raça, sexo, gênero ou qualquer outra forma.

Nesse sentido, a anistia, por consistir descriminalização a *posteriori* de determinada conduta, deveria referir-se a crimes objetivamente definidos em lei,

abrangendo todo e qualquer sujeito que os houver praticado. Ocorre que, segundo argumenta o Conselho Federal da OAB, o § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, acaba por referir-se a pessoas determinadas.

A menção da norma impugnada a "*crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos*" confere ao Poder Judiciário a definição de tais delitos, violando a necessidade de previsão legal do inciso XXXIX do art. 5º.

Ademais, ao abranger os crimes "*praticados por motivação política*", o dispositivo impugnado vincula o instituto da anistia à motivação do agente, criando descriminalização de delito que só pode ser reconhecido como tal pelo juiz, no caso concreto, e com referência a pessoa determinada.

Também é apontado como violado o preceito fundamental segundo o qual a população tem direito de "*receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral*" (art. 5º, XXXIII, da Constituição da República). Esse preceito tutelaria o direito da população - titular do poder - de saber a identidade daqueles agentes públicos que, a serviço do regime militar, praticaram crimes contra os governados.

O descumprimento dos preceitos fundamentais dos princípios republicano e democrático residiria no fato de que a norma impugnada foi votada e aprovada pelo Congresso Nacional - composto, à época, por membros eleitos "*sob o placet dos comandantes militares*" - e sancionada por um Chefe de Estado que era General do Exército, ocupante do cargo não em decorrência de eleições democráticas, mas em razão do golpe militar. O Conselho Federal da OAB alega que, por esses motivos, a Lei 6.683/1979 deveria ter sido legitimada pelos Poderes Legislativo e Executivo após o restabelecimento da ordem democrática, o que não ocorreu.

Por último, o arguente sustenta violação ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal violação ocorreria na medida em que, a fim de possibilitar a transição do regime militar para a ordem democrática, teria sido firmado acordo para incluir, na Lei da Anistia, os crimes cometidos por funcionários do Estado contra presos políticos. Ocorre que a edição da referida Lei, com a interpretação extensiva aos agentes públicos, implicaria renúncia ao princípio da dignidade da pessoa humana, em especial por sancionar as práticas do crime de tortura por parte de tais agentes.

O pedido final é para que esta Corte "dê à Lei n.º 6.683, de 8 de agosto de 1979, uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)".

A Advocacia-Geral da União, ao prestar informações, manifesta-se pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, por sua improcedência.

Isso porque, preliminarmente, o Conselho Federal da OAB não teria logrado comprovar a existência de controvérsia judicial, requisito para o cabimento da ADPF. A controvérsia apresentada pelo arguente, no caso, cingir-se-ia a mero debate doutrinário, ausentes pronunciamentos jurisdicionais sobre o tema.

Outro pressuposto que não teria sido observado consiste na necessidade de impugnação de todo o complexo normativo do tema. O Conselho Federal da OAB teria impugnado apenas uma determinada interpretação do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, olvidando-se de atacar o § 1º do

art. 4º da Emenda Constitucional 26/1985, que também concede, em sua parte inicial, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos.

No mérito, a Advocacia-Geral da União sustenta a inviabilidade da pretensão veiculada na inicial, visto que restringir a interpretação conferida ao § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 seria desvirtuar por completo o sentido da norma, que pretendeu anistiar ampla, geral e irrestritamente a prática dos delitos que enuncia.

Ademais, por tratar-se de regra extintiva de punibilidade, a mudança de interpretação pretendida acarretaria o afastamento do benefício da anistia até então concedido a alguns sujeitos, o que atingiria situações jurídicas já consolidadas e acarretaria leitura mais gravosa da norma, contrariando o *caput* e o inciso XL do art. 5º da Constituição da República. Assim, o § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, em razão de sua compatibilidade com os novos preceitos, teria sido recepcionado pela Constituição de 1988. Tal posição seria reforçada pelo longo período de vigência da Lei 6.683/1979, apto a consolidar situações abrigadas pela segurança jurídica.

Assevera, também, que a própria OAB manifestou-se, à época da elaboração da norma impugnada, favoravelmente à sua edição, no parecer da lavra do então Conselheiro José Paulo Sepúlveda Pertence, de 15 de agosto de 1979, aprovado pelo Conselho Federal.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) manifesta-se pelo conhecimento da arguição e, no mérito, por sua improcedência.

Assim, ao contrário do que sustentado pela Advocacia-Geral da União, a Procuradoria-Geral da República afirma o cabimento da ADPF e a necessidade de comprovação de existência de controvérsia constitucional relevante - o

que foi atendido no caso -, e não de controvérsia judicial, por não se tratar de ADPF incidental.

Também em contraposição à manifestação da AGU, a PGR afirma a irrelevância da não impugnação do art. 4º, § 1º, da EC 26/85, por não ter substituído, ratificado nem alterado a norma questionada. Afirma, ainda, que a prescrição dos delitos não prejudica a análise da questão de fundo da arguição.

No mérito, assevera, na linha do que sustentado pela AGU, que a interpretação questionada não afronta preceitos fundamentais da Constituição de 1988.

Nesse ponto, seria imprescindível examinar a norma no contexto histórico em que foi editada, consistente na transição do regime militar para o democrático. Assim, por maior que seja a repulsa a acontecimentos degradantes de violência física e moral que marcaram aquele período de nossa história, não seria possível encobrir o sentido jurídico, político e simbólico da anistia.

Por fim, a Procuradoria-Geral da República aduz que, independentemente da improcedência da ADPF, deve ser preservado o "direito fundamental à verdade".

O Relator da ação, Ministro Eros Grau, admitiu a participação, na condição de *amicus curiae*, da Associação Brasileira de Anistiados Políticos. A entidade, em sua manifestação, reforça os pontos defendidos pelo Conselho Federal da OAB na petição inicial.

Ademais, foram aceitas as participações da Associação Juízes para a Democracia, do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e da Associação Democrática e Nacionalista de Militares, também na qualidade de *amici curiae*.

2. ANÁLISE DAS PRELIMINARES LEVANTADAS QUANTO AO CABIMENTO DA ADPF

De acordo com as razões da petição inicial, a presente arguição de descumprimento submetida a esta Corte refere-se à interpretação de dispositivo específico da lei de anistia, a qual evidenciaria relevante controvérsia jurídico-constitucional e representaria lesão a diversos preceitos fundamentais.

Nos termos da Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro 1999, cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar-se ou reparar-se lesão a preceito fundamental de ato do Poder Público (art. 1º, *caput*).

O parágrafo único do art. 1º explicita que caberá também arguição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive se anteriores à Constituição (leis pré-constitucionais).

Conforme consignei em voto proferido no julgamento da ADPF n.º 33, pode-se dizer que a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) poderão ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento.

Nesse sentido, destaquei, no julgamento da ADPF n.º 101, em lembrança à observação já feita pelo Ministro Pertence, que a arguição de descumprimento é uma esfinge que pouco a pouco vai sendo desvelada, desvendada pelo Tribunal na sua construtiva jurisprudência.

Feitas essas considerações, passo a analisar a existência de controvérsia constitucional relevante.

Verifico, inicialmente, que se impugna o parágrafo primeiro do artigo primeiro da Lei Federal n.º 6.683/1979, pretérito à ordem constitucional de 1988, que tem o seguinte teor:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao Poder Públicos, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

O arguente afirma tratar-se de ato normativo geral e abstrato e requer a confirmação de interpretação e aplicação do dispositivo questionado "*à luz dos preceitos e princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal*", de modo a possibilitar a modificação dos efeitos e do alcance da anistia concedida pela referida lei, à semelhança da discussão alemã relacionada não à validade (*Geltung*), mas à qualidade da norma (*Rang der Norm*).

Assim, constata-se a inexistência de outra medida judicial de controle de constitucionalidade eficaz, o que comprova o cabimento da arguição de descumprimento.

Além disso, o arguente afirma tratar-se de arguição de descumprimento "*incidental*" e assevera ser relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre

a interpretação do dispositivo impugnado, anterior à Constituição de 1988, conforme se colhe, por exemplo, da transcrição de diversas reportagens e manifestações de doutrinadores e de agentes políticos sobre o tema.

A Advocacia-Geral da União requer o não conhecimento da presente ação neste ponto, por não ter sido demonstrada controvérsia judicial alguma referente à ADPF "incidental", que seria necessária para caracterizar a relevância exigida pela Lei n.º 9.882/99 neste caso.

A Procuradoria-Geral da República, de forma diversa, reforça as alegações do arguente e refuta a manifestação da AGU, na medida em que: seria desnecessária a comprovação de controvérsia judicial no presente caso; não se trataria de modalidade incidental; e estaria comprovada a relevância do fundamento da controvérsia constitucional.

Ao se interpretar o artigo 1º da Lei n.º 9.882/99, em que se apontam o objeto e os parâmetros de controle da ADPF, não se exige expressamente a alegada necessidade de comprovação de controvérsia judicial da questão, nem se evidencia a necessidade de definição de uma modalidade autônoma ou incidental (ainda que parte da doutrina assim o faça). Neste último caso, ainda que assim o fosse, diante do princípio da fungibilidade, não haveria óbice, em princípio, em se conhecer como "autônoma" eventual ADPF ajuizada nominalmente como "incidental".

O que se ressalta, contudo, é a necessidade de se evitar ou de se reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1ª. *caput*), bem como de se demonstrar a relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à

Constituição.

Da análise do conjunto de razões apresentadas pelo arguente em sua petição inicial, complementada pela análise das manifestações da AGU e da Procuradoria-Geral da República, constata-se a existência de questão constitucional relevante, por envolver a interpretação sistêmica do conteúdo normativo de importantes preceitos fundamentais que conflitariam com o dispositivo impugnado da Lei de Anistia, tais como o preceito fundamental da isonomia jurídica (art. 5º, *caput* e inciso XXXIX); do princípio democrático e republicano (art. 1º, *caput*); e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Começo por ressaltar que a lesão a preceito fundamental não se configura apenas quando se verifica possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Ao mesmo tempo, colhe-se da própria manifestação da AGU e da PGR a informação de atual e notória controvérsia, no âmbito dos Ministérios da Justiça e da Defesa, quanto à interpretação e à aplicação do dispositivo impugnado, a evidenciar a existência de um estado institucional de incerteza interpretativa em relação à legitimidade do dispositivo legal impugnado, o que não se reduz a uma mera controvérsia doutrinária.

Nesse sentido, no mínimo, constata-se relevante controvérsia jurídica, ainda que não demonstrada na inicial a controvérsia judicial, na medida em que se fomentam posicionamentos conflitantes do Poder Público na interpretação do dispositivo impugnado, os quais repercutem negativamente não só na garantia de segurança jurídica dos

cidadãos direta e indiretamente envolvidos com a concessão de anistia, mas também no âmbito jurídico e político-institucional do Estado e da sociedade brasileira.

O contexto da referida discussão evidencia a complexidade do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, que são, num só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.

É inequívoca, pois, a relevância constitucional da controvérsia submetida a esta Corte, quanto à ofensa aos referidos preceitos fundamentais da Constituição, que, inevitavelmente, devem ser considerados na interpretação do dispositivo impugnado. Dessa forma, há o envolvimento de preceitos fundamentais de enunciação expressa na Constituição, bem como uma repercussão jurídica evidente na sociedade e no âmbito do Poder Público, no tocante às diferentes posições interpretativas decorrentes do art. 1º, §1º, da Lei n.º 6.683/79, adotadas em declarações institucionais oficiais de distintos Ministérios.

Também não prospera a preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União no sentido do não cabimento da presente ação de descumprimento de preceito fundamental, em virtude do suposto exaurimento da eficácia do dispositivo legal impugnado.

Em verdade, verifica-se que o dispositivo impugnado, não obstante se referir a atos pretéritos (crimes políticos e conexos praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979), revela-se apto à produção de efeitos válidos até os dias atuais, tendo em vista que impõe óbice à persecução penal relativamente às condutas delitivas a que faz menção.

Dessarte, toda e qualquer tentativa de imputação penal relativa aos mencionados delitos será obstada, ainda hoje, pela incidência da Lei n.º 6.683/1979.

Essa assertiva é corroborada pelo parecer do Procurador-Geral da República, que, sobre o tema, assim se manifestou:

A Lei n.º 6.683/79 tem por objeto a anistia relativa a *crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais* e infrações punidas *com fundamento em Atos Institucionais e Complementares* (art. 1º). Não é a vigência da lei que está condicionada a determinado período, e sim seu objeto. Sempre que se discutirem fatos supostamente tipificados como *crimes políticos ou conexos com estes* } *crimes eleitorais* e infrações punidas *com fundamento em Atos Institucionais e Complementares*, acontecidos no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, incidirá a Lei n.º 6.683/1979. Não se confunde, portanto, o tempo em que os crimes e infrações referidos pela Lei n.º 6.683/1979 foram cometidos (um tempo expressamente determinado pela própria lei), com o tempo de vigência da Lei n.º 6.683/79 (vigência indeterminada, conforme o regime ordinário das leis, de acordo com o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil-Decreto-Lei n.º 4.657/1942).

Ademais, mesmo que se considerasse norma de eficácia temporária o art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei n.º 6.683/1979, esse fato não seria óbice ao conhecimento da presente ação, haja vista que a ação de descumprimento de preceito fundamental, diversamente do que ocorre com os demais processos objetivos de controle abstrato de constitucionalidade, **pode ter por objeto direito revogado ou que tenha tido a sua eficácia exaurida no tempo, desde que subsista interesse jurídico no pronunciamento judicial.**

Nesse sentido, não se pode olvidar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi criada com o intuito de complementar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no

Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ADI e ADC) - caso das leis pré-constitucionais já revogadas ou de eficácia exaurida - tornaram-se suscetíveis de apreciação no âmbito dessa nova modalidade de processo objetivo.

No caso em apreço, consoante anteriormente afirmado, não há dúvida quanto à existência de interesse jurídico na solução da controvérsia constitucional, tendo em vista, inclusive, a divergência existente no âmbito do próprio Poder Executivo Federal acerca da correta interpretação do mencionado dispositivo legal. Ademais, nenhum outro mecanismo revelar-se-ia apto a solver a controvérsia constitucional de forma ampla, geral e imediata.

No tocante à preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União, segundo a qual o autor careceria de interesse de agir, em virtude do fato de que os crimes já estariam prescritos, cumpre salientar, inicialmente, que não se exige, no direito brasileiro, a demonstração do interesse jurídico específico como pressuposto da instauração de controle concentrado de normas.

Registre-se que esse entendimento foi adotado por esta Corte, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, quando se ressaltou que a representação de inconstitucionalidade não era uma ação no sentido clássico, mas um instituto de natureza política (cf. voto do Ministro Aliomar Baleeiro, Rp. 700, Rel. Amaral Santos, *RTJ*, 45:690).

Em 3 de fevereiro de 1986, ressaltou o Tribunal, uma vez mais, a natureza política do controle abstrato de normas. O processo judicial deveria, por isso, ser

considerado simples forma (cf. Embargos na Rp. 1.092, Rel. Djacir Falcão, *RTJ*, 117:921 (952)). Essa orientação tornou-se ainda mais nítida no acórdão de 18 de maio de 1988. O Supremo Tribunal ressaltou a objetividade desse processo, que não conhece partes e outorga ao Tribunal um instrumento político de controle de normas (cf. Rp. 1.405, Rel. Moreira Alves, *RTJ*, 395:415 e s.).

Desde então, afigura-se pacífico o entendimento sobre a natureza do controle concentrado de normas como controle objetivo, para cuja instauração parece suficiente a existência de um interesse público de controle.

A outorga do direito de propositura a diferentes órgãos estatais e a organizações sociais ressalta o caráter objetivo do controle concentrado de normas, uma vez que o autor não alega a existência de lesão a direitos, próprios ou alheios, atuando como representante do interesse público.

Desse modo, evidencia-se a finalidade imediata dessas ações, consubstanciada na defesa da ordem constitucional, de sua integridade e eficácia, e não de interesses particulares ou específicos.

Nesse contexto, a suposta prescrição das condutas delitivas a que se refere a Lei n.º 6.683/1979 em nada interfere na apreciação desta ação de descumprimento de preceito fundamental, que tem por objeto, em verdade, a aferição da compatibilidade com o texto constitucional de interpretação que fora atribuída a dispositivo do referido diploma legal.

Como bem ressaltado pelo Procurador-Geral da República, "a matéria da prescrição não prejudica a apreciação da ADPF. Ao contrário, apenas se ultrapassada a

controvérsia sobre a previsão abstrata da anistia, é que se abrirá a oportunidade para a verificação da prescrição”.

Em outras palavras, a ocorrência, ou não, da prescrição somente deverá ser analisada, caso a caso, se, e somente se, for declarada inconstitucional (ou não recepcionada) a referida interpretação do dispositivo constitucional.

Nestes autos, trata-se de solucionar controvérsia constitucional relevante - medida necessária à promoção da paz social e à garantia da segurança jurídica.

A última questão preliminar de não conhecimento se refere à alegação de que esta ação de descumprimento de preceito fundamental não deveria ser conhecida, em virtude da não impugnação, pelo autor, do art. 4º, § 1º, da Emenda Constitucional n.º 26/1985.

Segundo a Procuradoria-Geral da República, a “Emenda Constitucional n.º 26/85, embora tenha reafirmado genericamente a anistia instituída em 1979, pela Lei n.º 6.683, em favor dos autores de crimes políticos e anexos, não repetiu a norma diretamente questionada pelo arguente (§1º do art. 1º da lei)”.

Não obstante tenha a chamada EC n.º 26/85 novamente previsto anistia para os autores de crimes políticos e conexos, ela não faz expressa menção aos crimes supostamente perpetrados pelos agentes públicos responsáveis pela repressão dos opositores ao regime (os quais, alega-se, teriam sido contemplados pelo mencionado art. 1º, § 1º, da Lei n.º 6.683).

Indica-se como objeto expresso da presente ADPF norma infraconstitucional pré-constitucional e não, necessariamente, normas da Constituição pretérita.

Entretanto, a discussão referente à Emenda Constitucional n.º 26/85 e sua relação com o disposto no art. 1º, § 1º, da Lei n.º 6.683, em princípio, confunde-se com o próprio mérito desta arguição de descumprimento e deverá ser apreciada a seguir.

Portanto, evidenciada a adequação da solução da controvérsia por meio da presente ação, conheço desta arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3. ANÁLISE DO PEDIDO E DE SEUS FUNDAMENTOS

A tese levantada pelo Conselho Federal da OAB na presente ADPF é a de que o significado da expressão "crimes conexos", presente no § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, não abrangeria os crimes comuns - tais como a tortura, o estupro, o assassinato, etc. - cometidos pelos agentes públicos a serviço do regime militar. Consoante descrito na petição inicial, o arguente pede a esta Corte que "dê à Lei n.º 6.683, de 8 de agosto de 1979, uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)".

Em outros termos, a arguente defende que, entre os sentidos possíveis do texto do § 1º do art. 1º da Lei da Anistia, aquele que considera como crimes políticos anistiados alguns crimes comuns praticados pelos agentes governamentais seria contrário a determinados preceitos fundamentais da Constituição de 1988.

Assim, traduzindo o pedido formulado nesta ADPF, é possível verificar que se trata, na verdade, de pedido de declaração de não recepção, pela Constituição de 1988, de

um sentido normativo (uma norma) do texto do § 1º do art. 1º da Lei n.º 6.683/1979. Tem-se, no caso, o que tecnicamente se costuma denominar de declaração de inconstitucionalidade (ou de não recepção) sem redução de texto.

Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação do programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal.

O pedido do arguente, portanto, deve ser entendido dessa perspectiva. Há um claro pedido de restrição do âmbito de aplicação do art. 1º, e seu parágrafo primeiro, da Lei n.º 6.683/1979.

Assim, a questão reside em saber se esse tipo de delimitação do domínio normativo do referido dispositivo é compatível com os fundamentos da ordem Constitucional de 1988.

Passemos então à análise dessa questão.

3.1. O CARÁTER POLÍTICO DA ANISTIA

O principal fundamento do pedido do Conselho Federal da OAB é que os crimes comuns cometidos pelos agentes públicos a serviço do regime militar não se afigurariam conexos aos crimes políticos ou àqueles cometidos com motivação política.

Antes de tratar desse ponto específico da fundamentação do arguente, abra-se parêntese para ressaltar que esta Corte, no recente julgamento do caso Cesare Battisti (EXT 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 16.4.2010), discutiu justamente a respeito da dificuldade teórica e prática de se definir o que seja crime político e de distingui-lo de crimes comuns conexos ou cometidos com motivação política.

Mas a questão não reside na conceituação do que seja crime político, e sim na própria característica do ato de anistia.

Dessarte, a anistia é ato revestido de caráter eminentemente político e sua amplitude é definida de forma política. A competência extraordinária do Congresso Nacional para conceder anistia foi inaugurada pela Constituição de 1891 (art. 34), a nossa primeira Constituição Republicana. No tocante ao tema da anistia, lembro as lições de JOÃO BARBALHO, em comentários ao art. 34, 27, da Constituição de 1891:

"Decretando anistia, o Congresso Nacional exerce atribuição sua privativa, de **caráter eminentemente político**, e **nenhum dos outros ramos do poder público tem autoridade para entrar na apreciação da justiça ou conveniência e motivos da lei promulgada consagrando tal medida**, que é um ato solene de clemência autorizada por motivos de ordem superior." (CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Brasília: Senado Federal; 2002, p. 133).

Em razão desse caráter eminentemente político da anistia, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, já teve a oportunidade de deixar consignado o entendimento segundo o qual o Congresso Nacional pode conceder anistia a seus próprios membros. Entender o contrário seria negar qualquer eficácia ao art. 48, inciso VIII, da Constituição. Assim ocorreu no julgamento da ADI n.º 2.306 (Rel. Min. Ellen

Gracie, DJ 31.10.2002), no qual foi reafirmada a competência do Congresso Nacional para conceder anistia, inclusive a seus membros. Cite-se, ainda, no mesmo sentido, o julgamento da ADI n.º 1.231, Rel. Min. Carlos Velloso.

Não obstante essas considerações, o ponto fundamental a ser levado em conta é o fato de que a anistia ampla e geral representa o resultado de um compromisso constitucional que tornou possível a própria fundação e a construção da ordem constitucional de 1988.

3.2. PODER CONSTITUINTE E COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS QUE FUNDAM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

É preciso atentar para a peculiaridade do movimento que levou ao processo de anistia e, posteriormente, a esse nosso processo de redemocratização. Chamo a atenção - e isso é um pouco lugar-comum na literatura do constitucionalismo universal - para o fato de que talvez os modelos a que nos aferramos (principalmente esse modelo dualista ou binômio entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado) estejam, na prática, sendo superados por soluções de compromisso, as quais abrem espaço para transações políticas que levam a uma determinada solução.

Nos dias recentes, estamos a acompanhar, no plano internacional, a grave crise que está a envolver o Judiciário espanhol, com o Juiz Baltazar Garzón, suspenso cautelarmente de suas funções na Espanha por investigar crimes anistiados. E, de alguma forma, é esse o debate que se coloca: se, ao investigar os crimes anteriores do regime franquista, não teria ele rompido com os seus deveres de juiz, isto é, não teria prevaricado. Desse modo, colocando em xeque esse modelo de pacto ou de compromisso que as Constituições (e, neste caso também, a Constituição espanhola de 1978) traduzem. No nosso caso específico, a

própria Ordem dos Advogados do Brasil, e disse isso com tintas muito fortes o Ministro Eros Grau, foi uma protagonista da construção desta solução.

Lembro-me de que, ainda jovem estudante de Direito, participei daquele célebre Congresso da Ordem dos Advogados do Brasil, de Curitiba, em 1977. Ali pontificava nada mais nada menos do que a célebre figura de Raimundo Faoro, que conduzia o país rumo a uma conciliação. Recordo-me das discussões sobre o modelo de anistia, as discussões, por exemplo, sobre estado de defesa. Lembro-me também de que o nosso saudoso colega Oscar Corrêa apresentou, naquele congresso, talvez o primeiro estudo sobre o estado de emergência, o estado de defesa (cf. CORRÊA, Oscar Dias. *A Defesa do Estado de Direito e a Emergência Constitucional*. Rio de Janeiro: presença, 1980). E houve muitas dificuldades para apresentá-lo, porque muitos advogados, naquele momento de clamor por democracia, entendiam que a proposta constituía a manifestação de um autoritarismo, ou aquilo estava a se traduzir numa positivação de uma postura autoritária.

Quem hoje puder ler o trabalho do Konrad Hesse sobre "*A força normativa da Constituição*" verá que entendia carecer a Constituição Alemã de força normativa, por não conter, naquele momento, elementos de um modelo de estado de defesa, de estado de emergência. E, por isso, dependia, para situações especiais, da tutela do sistema oferecido pelos aliados.

Portanto, Oscar Corrêa percebia a delicadeza desse momento. E Faoro fez enfática defesa da tese sustentada por Oscar Corrêa, ressaltando que ele estava a defender, na verdade, uma solução constitucional adequada. As Constituições precisavam ter elementos mínimos de defesa

para não caírem no princípio de necessidade, de que fala Konrad Hesse. Konrad Hesse chama atenção exatamente para esse aspecto. Se as Constituições não regulam o estado de necessidade, este acabará por se impor de qualquer forma. A expressão em alemão é "*Not kennt kein Gebot*": necessidade não conhece princípio, dizia Hesse. Daí a sua defesa enfática para que o texto constitucional contemple uma disciplina adequada do estado de necessidade ou do estado de emergência (cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24-27).

Assim, observo, neste ponto, que é necessário atentar-se para a natureza pactual da Carta Constitucional de 1988, e verificar-se a amplitude dos compromissos políticos firmados por ocasião da Assembléia Nacional Constituinte, que promulgou a Constituição ora vigente.

A nova ordem constitucional pode ser compreendida como resultado de um pacto firmado entre forças plurais e, de alguma forma, antagônicas, o que lhe dá a natureza de *Constituição Compromisso*, encartada no grupo das Cartas ocidentais que foram geradas após períodos de crise, como foi o caso da Constituição portuguesa de 1830. (cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 147-151)

Não é por outra razão que a crise que gerou o movimento de unificação dos Estados Nacionais adveio das guerras religiosas, cuja superação alterou a esfera de legitimidade do poder e permitiu a criação das pré-condições para a busca futura de legitimidade não mais na força, mas na Constituição. A superação do estado de beligerância acompanha a história das sociedades ocidentais

e está presente, na qualidade de objetivo, de todas as ordens constitucionais pactuadas.

O período de ditadura militar no Brasil gerou diversas lutas internas, e o exame das situações ocorridas naquele momento histórico permite constatar a existência de grupos contrapostos, uns a serviço do Estado, que se legitimava de maneira formal, e outros a serviço de núcleos paraestatais que exerciam posicionamentos políticos divergentes da linha política adotada pelo Estado brasileiro, controlado por militares.

A simples análise dos fatos que ocorreram durante o período deixa claro que a força do Estado subjuguou e oprimiu a sociedade civil, que se organizava, da forma como podia, para se contrapor ao regime de exceção.

A contraposição ideológica permitiu a realização de diversas agressões, que se constituíram em fatos típicos criminais, praticados, de um lado, pelo Estado forte e monopolizador do aparelho organizatório e, de outro, por núcleos de cidadãos ideologicamente contrários.

Não obstante o desnível de potencialidade ofensiva exercida durante os tempos de beligerância, é preciso observar que tanto houve agressões praticadas pelo Estado, por meio de seus agentes repressores, quanto por intermédio de cidadãos organizados politicamente, em derredor de um direcionamento político.

Sequestros, torturas e homicídios foram praticados de parte a parte, muito embora se possa reconhecer que, quantitativamente, mais atos ilícitos foram realizados pelo Estado e seus diversos agentes, do que pelos militantes opositores do Estado.

Embora seja razoável admitir que a grande maioria das ofensas foi praticada pelos militares, não é razoável introduzir, no campo da análise política e no campo das definições jurídicas, compreensões morais acerca da natureza justificadora da violência.

Não é possível conferir a ilicitude criminal a alguns atos e, ao mesmo tempo, reconhecer que outros de igual repercussão possuem natureza distinta e podem ser justificados em razão do objetivo político ideológico que os geraram. Não é juridicamente razoável compreender que o objetivo moralmente considerado define a juridicidade da ação, fazendo com que outros atos - com motor condutor diverso - deixem de ser admitidos em razão da diversidade de escopo.

Assim, a perspectiva ideológica não justifica o cometimento de atrocidades como sequestros, torturas e homicídios cruéis. Ademais, ainda que fosse possível justificá-las - e não é possível -, é certo que muitos dos que recorreram a estes delitos não buscavam a normalidade democrática, mas a defender sistemas políticos autoritários, seja para manter o regime de exceção, seja para instalar novas formas de administração de cunho totalitário, com bases stalinistas, castristas ou maoístas. É notório que, em muitos casos, os autores desses tipos de crimes violentos pretendiam estabelecer sistema de governo totalitário, inclusive com apoio, financiamento e treinamento concedidos por ditaduras estrangeiras.

Demais disso, as compreensões morais possuem uma relatividade natural, e é própria de sua natureza a ausência de universalidade de seus juízos particulares. Apenas uma análise normativa é apta a qualificar os atos praticados pelo Estado repressor e pelos movimentos

opositores. Essa observação jurídica permite a aplicação dos conceitos de crime político e de crime comum, trazendo à baila conceitos normatizados e inseridos na ordem jurídica, aptos ao enfrentamento da questão.

O fortalecimento da Democracia enquanto regime se dá na sua capacidade de resolver os conflitos. E um dos instrumentos de fortalecimento desse ideário é exatamente a formação de uma Constituição pactuada, que proceda à superação de determinado momento crítico.

Saliento aqui a importância de homenagear as pessoas que acreditaram na política como o caminho para a superação de impasses, guiando, por meio de uma atuação segura e constante, o nosso "processo de abertura".

Entre aqueles que optaram pelas vias institucionais para lutar pela democracia, destaco, ainda, Raymundo Faoro, que, como Presidente do Conselho Federal da OAB, desempenhou um papel fundamental para o fim do AI-5, o que, à custa de muitas vitórias e derrotas, finalmente aconteceria em dezembro de 1978.

Uma abertura conquistada por meio do embate político e marcada por vitórias, como a das eleições de 1974, em que o MDB conquista 59% dos votos para o Senado, 48% para a Câmara dos Deputados, e a prefeitura da maioria das grandes cidades; marcada, também, por duros golpes, como quando, em abril de 1977, foi editado o "Pacote de Abril" - composto por uma emenda constitucional e seis decretos-leis -, que, entre outras medidas, fechava temporariamente o Congresso Nacional, determinava que um terço dos senadores não mais seria eleito por voto direto, mas, sim, indicado pelo presidente da República, estabelecia a manutenção de eleições indiretas para governador e a diminuição da representação dos estados mais

populosos no Congresso Nacional. Enfim, uma abertura marcada por uma árdua luta política para que o AI-5 finalmente chegasse ao fim, dando início à redemocratização do país.

O regime de exceção, no entanto, só se encerraria realmente em 1985, com a aprovação da Emenda Constitucional (EC 26/85), que permitiria a realização da Assembléia Nacional Constituinte, e com a promulgação, em 5 de outubro de 1988, da chamada "Constituição Cidadã".

Neste momento é importante destacar o trabalho realizado por nossas lideranças políticas, especialmente por nossos parlamentares, na construção desse processo constituinte complexo, que resultou na Constituição de 1988.

Têm caído no esquecimento aqueles que, fazendo das palavras as suas armas, travaram, por meio do diálogo, o combate na árdua luta parlamentar. Pessoas que tinham um compromisso, acima de tudo, com a implantação da democracia. Vencedoras que foram, neste momento em que lembramos os 40 anos do Ato Institucional n. 5, neste ano em que também celebramos 22 anos da Constituição de 1988, essas pessoas devem ser devidamente homenageadas.

Independentemente das posições políticas, temos de reconhecer que, graças aos avanços feitos por essas pessoas - não de armas, mas do diálogo -, podemos vivenciar nosso processo de evolução democrática, o que nos faz positivamente diferentes em relação aos nossos irmãos latino-americanos, que ainda hoje estão atolados num processo de refazimento institucional sem fim.

De outra sorte, o exemplo da África do Sul, que concedeu anistia ampla inclusive quanto aos horríveis

crimes ocorridos sob o regime do *apartheid*, demonstra o valor deste instrumento na pacificação institucional.

A ideia de anistia, como integrante deste pacto político constitucionalizado, não pode ser tomada de forma restritiva - ao contrário -, perderia sentido a própria ideia de pacto, ou de constituição pactuada!

Aníbal Bruno lembra que o instituto não se destina propriamente a beneficiar pessoas especificamente, mas, sim, a apagar determinado delito, excluindo-se a punibilidade daqueles que o cometeram. É a sua natureza de instrumento global que lhe dá o tom, fazendo as vezes de elemento inserto em pactos específicos travados em sociedade (BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Tomo 3º. 3ªed. Forense: São Paulo, p. 202-203).

No caso em tela, a anistia serviu de instrumento à Constituição pactuada, apresentando-se como meio de superação da dicotomia amigo/inimigo que havia sido potencializada no período de crise precedente.

3.3. ANISTIA AMPLA E GERAL

A anistia não teria o alcance que lhe deu o legislador nem o alcance que pretendeu conferir a ela o constituinte de 1985-1988, se fosse o caso de nós a aceitarmos fracionada, mitigada, retalhada.

A anistia ampla e geral, inculpada na lei 6.683/1979, é abrangente o bastante para abarcar todas as posições político-ideológicas existentes na contraposição amigo/inimigo estabelecidas no regime político precedente, não havendo qualquer incompatibilidade da sua amplitude, insita ao parágrafo primeiro do artigo primeiro, com a Constituição pactuada de 1988.

Ao revés, a amplitude do processo de anistia é insita ao conteúdo pactual do próprio texto, não se afigurando incompatível com a ordem constitucional vigente.

E, no que se refere à amplitude da anistia concedida pela Lei n.º 6.683/1979, ressalte-se que o próprio arguente sustentou ativamente e zelou pela amplíssima abrangência, à época das discussões legislativas.

Com efeito, em parecer apresentado pelo então Conselheiro Federal José Paulo Sepúlveda Pertence, aprovado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na sessão plenária de 24 de julho de 1979, a crítica do arguente ao então projeto de lei procurava estender ainda mais o âmbito da anistia. Na oportunidade, destacou o mencionado parecer:

"Quem venha testemunhando a coerência da Ordem dos Advogados do Brasil, no desdobramento do seu compromisso com a aspiração de um Estado de Direito Democrático, não pode ter dúvidas quanto á posição do Conselho Federal, em face do projeto de lei de anistia que o Governo encaminhou ao Congresso. O pronunciamento que nos cabe, em nome dos advogados brasileiros, haverá de somar-se ao das críticas logo endereçadas à mesquinha das discriminações e ressalvas que apequenam, desfiguram e desqualificam a proposição governamental.

(...)

04. Mais que a forma de lei (que decorre de sua essência, mas com ela não se confunde), o que caracteriza a anistia é sua *objetividade*. Isso sabidamente significa, como se lê, por exemplo, em Aníbal Bruno (Direito Penal, III/201), que *'a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime e, em conseqüência, ficam excluídas de punição os que o cometerem'*. A ideia já estava presente no célebre arrazoado de Rui Barbosa (in Comentário à Constituição, 2/441), quando se mostrava que, pela anistia, *'remontando-se ao delito, se lhe elimina o caráter criminoso, suprimindo-se a própria infração'*. Por isso, a observação de Pontes de Miranda (Comentários à Const. De 1946, I/343-344), de que a finalidade da anistia é a mesma da lei criminal com sinais trocados'; e acrescenta: com ela *'olvida-se o ato criminal, com a*

conseqüência de se lhe não poderem atribuir efeitos de direito material ou processual. Aconteceu o ato; agora, indo-se ao passado, mesmo onde ele está, acontece juridicamente desaparecer, deixar de ser, não ser'. Na mesma linha, Raimundo Macedo (Extinção da punibilidade, p.), a enfatizar que a anistia 'é como lei nova que deixou de considerar o fato como crime'.

(...)

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

15. Aliás, não é sem propósito indagar se não será a preocupação de anistiar as violências do regime o que explica que, do benefício, se tenham excluído apenas os já condenados pelos crimes de oposição violenta. Com a relativa liberdade de imprensa que já se alcançou, não há dúvida, como acentua a justificação do projeto, que, se tivessem continuidade, os processos contra os não condenados iriam 'traumatizar a sociedade com o conhecimento de eventos que devem ser sepultados em nome da paz': entre eles, em primeiro lugar, os relativos á institucionalização da tortura aos presos políticos.

16. Note-se que, sob esse prisma, o projeto rompe duplamente com a tradição brasileira. Restringe-se, de um lado, contra os precedentes, o alcance da anistia com relação à criminalidade política, para dela excluir - à vista da circunstância fortuita da existência de condenação - parte dos autores de alguns delitos caracterizadamente políticos, objetiva e subjetivamente. E, de outro lado, amplia-se ineditamente o conceito de crime comum conexo a crimes políticos, para beneficiar com a anistia, não apenas os delitos comuns de motivação política (o que encontra respaldo nos precedentes), mas também, com o sentido já mencionado, os que tenham, com os políticos, qualquer tipo de relação.

17. Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia.

18. De outro lado, de tal modo a violência da repressão política foi tolerada - quando não estimulada, em certos períodos, pelos altos escalões do poder - que uma eventual persecução penal dos seus

executores materiais poderá vir a ganhar certo colorido de farisaísmo.

(...)

20. Se assim se chega, no entanto, a impor à sociedade civil a anistia da tortura oficial - em nome do esquecimento do passado para aplainar o caminho do futuro Estado de Direito - não é admissível que o ódio repressivo continue a manter no cárcere umas poucas dezenas de moços, a quem a insensatez da luta armada pareceu, em anos de desespero, a única alternativa para a alienação política a que a nação fora reduzida." (Processo CP 2164/79, Relator Conselheiro José Paulo Sepúlveda Pertence).

Ressalte-se que esse parecer, aprovado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, foi encaminhado ao Senador Luiz Viana Filho, em ofício de 15.8.1979, pelo então presidente do Conselho Federal, Dr. Eduardo Seabra Fagundes.

Na mesma data, 15 de agosto de 1979, o Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) à época, Dr. Reginaldo de Souza Aguiar, remeteu o parecer de autoria do Dr. Sérgio Tostes, aprovado por unanimidade do Plenário do IAB, em 30 de maio de 1979. O resumo final do parecer afirmou:

"A Anistia, representando reconciliação da nação consigo mesma, deve ser ampla, deve ser geral e deve ser irrestrita. Deve abranger todos aqueles que de uma forma ou de outra praticaram os atos políticos contrários a uma orientação então prevalecente. Não deve ter limites, já que as características do ato político, se variaram de caso a caso tiveram um mesmo fator motivante. Sendo ato de conciliação da nação consigo mesma, não deve ser feita nenhuma gradação ou consideração da natureza do ato político. Significa esquecer o passado e viver o presente, com vistas para o futuro."

Esse entendimento voltou a ser destacado pelo Min. Sepúlveda Pertence em recente entrevista concedida à revista Carta Maior, que consiste em verdadeiro depoimento histórico:

"Carta Maior: *Qual sua opinião sobre a "acusação" de revanchismo, levantada pelos adversários da proposta de criação de uma Comissão da Verdade para avaliar fatos ocorridos durante a ditadura?*

Sepúlveda Pertence: Para cuidar do tema da pergunta, é preciso, de início, desfazer a confusão -, difundida largamente por veículos da grande imprensa -, entre ela - a proposta, desenvolvida no PNDH-3, de criação da Comissão Nacional da Verdade, destinada, não a 'avaliar', mas, sim à reconstituição histórica dos anos de chumbo - e a suposta pretensão de rever os termos da concessão da anistia pela Lei 6.683, de 1979, de modo a excluir do seu alcance os abusos criminosos cometidos na repressão, aos crimes políticos dos adversários da ditadura militar, conforme a odienta Lei de Segurança Nacional. (...)

Fui no entanto, modesto participe e testemunha privilegiada da luta pela anistia.

Relator, no Conselho Federal, da manifestação unânime da OAB sobre o projeto de lei da anistia - reivindicação pioneira da Ordem - afinal extraído do governo do General Figueiredo, nada tenho a alterar no parecer que então submeti aos meus pares

No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o § 1º do art. 1º, que, definindo, com amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos 'porões do regime' -, como então se dizia - pelos agentes civis e militares da repressão.

Meu parecer reconheceu abertamente que esse era o significado inequívoco do dispositivo. E sem alimentar esperanças vãs de que pudesse ele ser eliminado pelo Congresso, concentrava a impugnação ao projeto governamental no § 2º do art. 1º, que excluía da anistia os já condenados por atos de violência contra o regime autoritário.

A circunstância me transformou em assessor informal, na companhia de Raphael de Almeida Magalhães, do ícone da campanha da anistia, o indomável Senador Teotônio Vilela. Teotônio foi um tipo singular daqueles tempos, que a incurável amnésia histórica dos Brasileiros começa a esquecer.

Acompanhei, por isso, cada passo da tramitação legislativa do projeto, pois Teotônio presidiu a comissão especial que o discutiu.

É expressivo recordar que, no curso de todo processo legislativo - que constituiu um marco incomum de intenso debate parlamentar sobre um projeto dos governos militares -, nenhuma voz se tenha levantado para pôr em dúvida a interpretação de que o art.1º, § 1º, se aprovado, como foi, implicava a anistia da tortura praticada e dos assassinios perpetrados por servidores públicos, sobre o manto da imunidade de fato do regime de arbítrio. O que houve foram propostas de emenda - não muitas, porque de antemão condenado à derrota sumária - para excluir da anistia os torturadores e os assassinos da repressão desenfreada.

É que - na linha do parecer que redigira, e que a Ordem, sem discrepância, aprovara -, também no Congresso Nacional, a batalha efetivamente se concentrou na ampliação da anistia, de modo a retirar do projeto governamental, a execrável regra de exclusão dos já condenados por ações violentas de oposição à ditadura. Exclusão tão mais odiosa na medida em que - contrariando o caráter objetivo do conceito de anistia - discriminava entre agentes do mesmo fato, conforme já estivessem ou não condenados.

A orientação de Teotônio - que Raphael e eu municivamos - foi espargir emendas para todos os gostos, até identificar uma, de aprovação viável. A eleita - pelo conteúdo e pela respeitabilidade do subscritor, o Deputado Djalma Marinho - um ex-udenista que continuou fiel ao discurso libertário da UDN: nela além de suprimir a odiosa regra de exclusão do §2º, ampliava-se o raio de compreensão do § 1º, de modo a tornar indiscutível que a anistia - malgrado beneficiasse os torturadores também alcançaria que a linguagem oficial rotulava de 'terroristas', já condenados ou não.

A Emenda Djalma Marinho - sustentada pelo discurso candente de Teotônio - contra toda força ainda esmagadora do governo autoritário -, dividiu literalmente a Câmara dos Deputados: foi rejeitada por 206 contra 202 votos!

A derrota sofrida no processo legislativo se converteu em vitória, vinda de onde menos se esperava: à base do princípio da igualdade, o Superior Tribunal Militar estendeu aos já condenados a anistia concedida aos acusados, mas ainda não julgados, dos mesmos crimes políticos.

Desculpem-me pelo tom de antecipadas 'memórias póstumas' deste depoimento.

Se não pude evitá-lo, é por que a minha convicção

jurídica continua a mesma do parecer apresentado à Ordem, em 1979: não obstante toda nossa repulsa à tortura estatal, os torturadores foram, sim, anistiados pela lei de 1979.

E lei de anistia é essencialmente irreversível, porque implica, na lição dos mestres, tornar não criminosos atos criminosos ao tempo de sua prática. E, por isso, sua eficácia jurídica se exaure e se faz definitiva, no momento mesmo em que entra em vigor.

É certo que a anistia se restringe a elidir caracterização penal do fato. Resta íntegra, quando se refere à ação de agentes públicos, a responsabilidade patrimonial do Estado pelos danos causados aos cidadãos. Mas essa, a responsabilidade civil - cujos efeitos a prescrição quinquenal poderia extinguir - as leis editadas sob o governo Fernando Henrique reassumiu.

Li e reli, com a veneração intelectual e o respeito pessoal por seu redator, o amigo Fábio Konder Comparato, a petição da OAB de hoje, de retratação da posição assumida em 1979. Mas dela não me convenci.

Não superei a impressão inicial de que a maestria do autor não logrou livrar a tese do pecado do anacronismo: ela pretende reler, à luz da Constituição de hoje, que fez da tortura crime 'insusceptível de graça e anistia', e de convenções internacionais que ditam a sua imprescritibilidade, a inequívoca interpretação de uma lei de 1979, editada sob a égide do autoritarismo da Carta de 1969, outorgada pela junta militar que assaltara o Poder. Para aceitar a tese, de minha parte, teria de repudiar convicções acendradas.

Por outro lado, hoje, é cômodo tachar de 'posição imediatista e visão curta sobre direitos humanos' - como está em importante revista da semana o parecer que - submeti à OAB, em 1979, e que o Conselho Federal acolheu por unanimidade: afinal, hoje, não se tem presos políticos a libertar, nem processos a trancar, preocupações inadiáveis para os que então lutávamos pela anistia. E o crítico feroz de agora sequer fora escorraçado dos quadros da magistratura que - é justo dizê-lo - exerceu com brilho e dignidade. "E la nave và"... (Carta Maior, edição de 18.1.2010, http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16339)

Esse verdadeiro depoimento de "testemunha privilegiada" expõe com precisão a abrangência da anistia

concedida pela Lei n.º 6.683/1979. Outra não foi a conclusão do então Senador Paulo Brossard - que posteriormente teve assento neste Supremo Tribunal Federal -, em famoso e irônico discurso proferido em 17 de março de 1981:

"Inequivocamente ilegal terá sido o ato da autoridade que consistiu em maltratar pessoa presa, não importa o delito a ela imputado, ou a prova contra ela acumulada, qualquer que tenham sido as circunstâncias; e anistiada que tenha sido a autoridade, violenta ou cruel, pela forma amplíssima dos 'crimes conexos', assim entendidos os 'de qualquer natureza' simplesmente porque relacionados com crimes políticos, ou porque praticados por motivos políticos, essa autoridade terá se livrado da responsabilidade criminal, mas não estará exonerada e muito menos isenta de reparar o dano que tenha causado à vítima da violência ou crueldade.

(...)

Estejam tranqüilos os torturadores, O caráter bilateral da anistia os beneficiou: estão eles a salvo da lei penal pelos crimes que tenham cometido. O fato da tortura, porém, é inapagável. É uma nódoa histórica que a anistia desgraçadamente não apaga. Antes apagasse."

Na lição de Aníbal Bruno, a anistia é a forma de indulgência estatal mais enérgica e de mais amplas consequências jurídicas:

"Ela não se limita a excluir a pena, extingue o próprio crime e com ele todos seus efeitos penais.
(...)

É uma medida de interesse público, motivada, de ordinário, por considerações de ordem política, inspiradas na necessidade da paz social. Dirige-se propriamente a determinados fatos, não a determinados indivíduos. Dela se aproveitarão todos aqueles que tenham participado de tais acontecimentos, salvo os que dela tenham sido excluídos, geralmente por circunstâncias particulares que agravam a sua situação em face do Direito. Em suma, a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime, e, em consequência, ficam excluídos de punição aqueles que o cometeram.

(...) Visa, como diziam os antigos, ao esquecimento desses fatos no que eles representam" (BRUNO, Aníbal.

Direito Penal. Tomo 3º. 3ªed. Forense: São Paulo, p. 202-203)

Daí que, "uma vez concedida, não pode ser revogada". Mesmo a imposição de condições deve se esgotar e consumir-se na anistia, "porque então já o próprio crime cessou de existir e nada pode ser admitido, do ponto de vista penal, que venha recordá-lo". (BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Tomo 3º. 3ªed. Forense: São Paulo, p. 203-204).

Frise-se que este contexto especialmente amplo acabou por ser demonstrado pelos próprios valores empregados na reparação dos anistiados. Com efeito, segundo dados do SIAFI, de 2003 a 2010, a União gastou mais de 2,8 bilhões de reais em indenizações e pensões aos anistiados. Este valor coloca, provavelmente, o Brasil entre as nações que mais reparações ofereceram a anistiados políticos.

Aqui faço um parêntese para ressaltar que não tem curso a tese - e o Ministro Eros Grau o demonstrou muito bem - da imprescritibilidade em razão de tratados que vieram a ser subscritos posteriormente. Inclusive, diferentemente do que ocorre em outros países, a jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que as normas sobre prescrição são normas de Direito material. Portanto, se houver uma alteração para tornar os crimes imprescritíveis, como ocorreu na Alemanha pós-nazismo, ela não se aplica aos crimes já praticados. Nós temos uma farta jurisprudência a propósito desse tema. (e.g. AI-AgR 139.004, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 2.2.1996; AI-AgR 208124, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 5.6.1998; AI-AgR 137.195, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 17.5.1996).

3.4. A EC N.º 26, DE 1985

Chamo a atenção para outro aspecto - sobre o qual falarei brevemente: parte dessa desejada ampliação da anistia vai se consumir, como foi destacado no voto do Ministro Eros Grau, com a Emenda n.º 26/1985.

Antes de avançar, faço um registro histórico. Quando nós falamos dessa fase histórica e importante do Brasil e mencionamos nomes como esses - José Paulo Sepúlveda Pertence, Teotônio Vilela, Djalma Marinho e Paulo Brossard -, estamos a falar de pessoas que souberam construir uma solução política para um problema político grave, gravíssimo, por meio de atuação política no sentido exato dos termos.

Entre aqueles que optaram pelas vias institucionais para lutar pela democracia, já foi destacada aqui a figura de Faoro, como Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, que desempenhou papel fundamental para o fim do AI-5, contando também, do lado governamental, com parcerias institucionais importantes, como a de Petrônio Portela e outras figuras da oposição e do Governo.

Todo esse processo, que tem como marca já o resultado das eleições de 1974, contou com a participação ativa de brasileiros ilustres atuando na esfera política.

Talvez o Brasil seja devedor - seguindo um pouco as considerações de José Paulo - das pessoas que travaram a luta, pela via pacífica, e que acreditaram, inclusive, na via parlamentar. Muitos foram cassados. Lembro-me do meu tempo de estudante, de Lysâneas Maciel, Alencar Furtado, e de tantos outros nomes que podem ser referidos por conta da atuação como parlamentares. Pessoas que travaram essa luta e que conseguiram - porque nós não temos, talvez, tido a exata dimensão, a partir dessas várias conquistas que

culminam na Constituição de 1988 - produzir um modelo de democracia estável.

O Brasil é devedor desses companheiros, não das armas, mas da política, especialmente da política parlamentar, daqueles que realmente acreditaram na via do diálogo e na política como forma de construir soluções para impasses seriíssimos - e nós não temos feito essa devida homenagem.

José Paulo Sepúlveda Pertence lembrava isso em relação a Teotônio Vilela. Mas são tantas as figuras, em todos os partidos, em todos os quadrantes partidários, que se esforçaram para encontrar uma solução institucional que iria ter o seu desate, o seu desenho, no Governo Sarney, com a Emenda Constitucional n.º 26, que, conforme todos sabem, é de elaboração, de autoria intelectual de outro notável jurista e político, Célio Borja, que é um dos autores desse texto que resulta na Emenda n.º 26.

Nesse contexto, não se pode olvidar que a EC n.º 26, de 1985, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte e deu início ao processo constituinte, incorporou a anistia, expressamente em seu art. 4º, como um dos pressupostos de possibilidade da construção da nova ordem constitucional. Assim dispôs o art. 4º dessa Emenda:

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

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

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no "caput" deste artigo, praticados no período

compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

§ 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.

§ 4º A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado.

§ 5º O disposto no "caput" deste artigo somente gera efeitos financeiros a partir da promulgação da presente Emenda, vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo.

§ 6º Excluem-se das presentes disposições os servidores civis ou militares que já se encontravam aposentados, na reserva ou reformados, quando atingidos pelas medidas constantes do "caput" deste artigo.

§ 7º Os dependentes dos servidores civis e militares abrangidos pelas disposições deste artigo já falecidos farão jus às vantagens pecuniárias da pensão correspondente ao cargo, função, emprego, posto ou graduação que teria sido assegurado a cada beneficiário da anistia, até a data de sua morte, observada a legislação específica.

§ 8º A Administração Pública aplicará as disposições deste artigo, respeitadas as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis e militares, e observados os respectivos regimes jurídicos.

É bem verdade que não podemos falar, nos termos estritos da tradicional dogmática constitucional, na instauração de um Poder Constituinte originário no Brasil em 1985. Houve, sim, um processo de transição constitucional e de fundação de uma nova ordem, mas que foi, do ponto de vista histórico-político, paulatinamente previsto e controlado pelas forças políticas e sociais dominantes à época.

A EC n.º 26, de 1985, constitui um peculiar ato constitucional, que não tem natureza própria de emenda constitucional. Em verdade, trata-se de um ato político que

rompe com a Constituição anterior e, por isso, não pode dela fazer parte, formal ou materialmente. Ela traz as novas bases para a construção de outra ordem constitucional.

Se fizermos uma análise rigorosa da EC n.º 26/85, do ponto de vista teórico, teremos então que revolver conceitos e concepções da dogmática constitucional quanto ao processo de revisão da Constituição.

Do prisma teórico, a questão foi seriamente contemplada por Carl Schmitt, no seu *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição). A problemática assentar-se-ia, segundo Schmitt, na distinção entre *constituente* (*Verfassungsgeber = Schöpfer der Verfassung*) e *legislador constituinte* (*Verfassungsgezetzegeber = Gesetzgeber über die Verfassung*). Schmitt enfatizava que a modificação de uma constituição não se confunde com sua abolição, acrescentando, com base no exemplo colhido do art. 2º da Lei Constitucional francesa, de 14 de agosto de 1884 (*La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d "une proposition de revision"*):

"Se uma determinada modificação da Constituição é vedada por uma disposição constitucional, se trata apenas de uma confirmação da diferença entre revisão e abolição da Constituição" (*Teoría de la Constitución, Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 121*).

Portanto, para Schmitt, não se fazia mister que a Constituição declarasse a imutabilidade de determinados princípios. É que a revisão não poderia, de modo algum, afetar a continuidade e a identidade da Constituição:

"Os limites da faculdade de reformar a Constituição resultam do bom entendimento do conceito de reforma constitucional. Uma faculdade de reformar a Constituição atribuída por uma normatização constitucional, significa que uma ou

várias regulações constitucionais podem ser substituídas por outras regulações constitucionais, mas apenas sob o pressuposto de que permaneçam garantidas a identidade e a continuidade da Constituição considerada como um todo. A faculdade de reformar a Constituição contém, pois, tão-somente a faculdade de praticar, nas disposições constitucionais, reformas, adições, refundições, supressões, etc.; porém mantendo a Constituição (...)" (*Teoría de la Constitución, Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 121*).

Assim, para Carl Schmitt, "reforma constitucional não é, pois, destruição da Constituição", de forma que devem ser proibidas "expressamente as reformas que vulnerem o espírito e os princípios da Constituição" (*Teoría de la Constitución, Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 119/121*).

A alteração de elementos essenciais da Constituição configuraria, assim, não uma simples revisão, mas, verdadeiramente, a sua própria supressão (*cf.*, também, BRYDE, Otto-Brun. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982, p. 233).

A concepção de Schmitt relativiza um pouco o valor exclusivo da declaração do constituinte originário sobre a imutabilidade de determinados princípios ou disposições, quase atribuindo-lhe conteúdo declaratório.

Tais cláusulas devem impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional [*BVerfGE, 30:1(24)*], mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1982, cit., p. 262*). É verdade que importantes autores consideram risíveis os resultados práticos de tais cláusulas, diante de sua falta de

eficácia em face de eventos históricos como os golpes e as revoluções (cf. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, tradução espanhola, 2a. edição, Barcelona, 1976, p. 192).

Isso não deve impedir, porém, que o constituinte e os órgãos constitucionais procurem evitar a ocorrência desses golpes. Certo é que tais proibições dirigidas ao poder de revisão constituem um dos instrumentos de proteção da Constituição (BRYDE, Otto-Brun, op. cit., 1982, p. 227).

Otto-Brun Bryde destaca que as ideias de *limites materiais de revisão* e de *cláusulas pétreas* expressamente consagradas na Constituição podem estar muito próximas. Se o constituinte considerou determinados elementos de sua obra tão fundamentais que os gravou com cláusulas de imutabilidade, é legítimo supor que nelas foram contemplados os princípios fundamentais (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 236). Nesse sentido, a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental de Bonn, poderia ser considerada, em grande parte, de caráter declaratório.

Em qualquer hipótese, os limites do poder de revisão não se restringem, necessariamente, aos casos expressamente elencados nas *garantias de eternidade*. Como observado por Bryde, a decisão sobre a imutabilidade de determinado princípio não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 237).

O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na praxis constitucional não está imune a controvérsias. Caso se entenda que elas contêm uma "proibição de ruptura de

determinados princípios constitucionais" (Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot), tem-se de admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição (Revolutions - und Verfassungsbeseitigungsverbot).

É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 242).

A Corte constitucional alemã confrontou-se com essa questão na controvérsia sobre a constitucionalidade de emenda que introduzia restrição à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, à revelia do eventual atingido, vedando, nesses casos, o recurso ao Poder Judiciário (Lei Fundamental, art. 10, II, c/c o art. 19, IV). A questão foi submetida ao *Bundesverfassungsgericht*, em processo de controle abstrato, pelo Governo do Estado de Hessen, e em *recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde)*, formulado, entre outros, por advogados e juízes, sob a alegação de que a restrição à garantia judicial (arts. 10, par. 2º, e 19, par. 4º) não se mostrava compatível com o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*).

Nessa decisão do *Bundesverfassungsgericht*, de 1970, sustentou-se que a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental, visa a impedir que "a ordem constitucional vigente seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário" (*BVerfGE*, 30:1(24); *BVerfGE*, 34:9(19); HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 262-4).

Essa interpretação minimalista das *garantias de eternidade* foi amplamente criticada na doutrina, uma vez que, na prática, o Tribunal acabou por consagrar uma atitude demissionária, que retira quase toda a eficácia daquelas disposições. A propósito dessa decisão, vale registrar a observação de Bryde:

"Enquanto a ordem constitucional subsistir, não será necessário que o Bundesverfassungsgericht suspenda decisões dos órgãos de representação popular tomadas por 2/3 de votos. Já não terá relevância a opinião do Tribunal numa situação política em que princípios fundamentais contidos no art. 79, III sejam derogados" (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 240).

Não há dúvida, outrossim, de que a tese que vislumbra nas garantias de eternidade uma "proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais" (*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*) não parece merecer reparos do prisma estritamente teórico. Não se cuida de uma autovinculação (*Selbstbindung*) do constituinte, até porque esta somente poderia ser admitida no caso de identidade entre o constituinte e o legislador constituinte ou, em outros termos, entre o detentor do poder constituinte originário e o do derivado. Ao revés, é a distinção entre os poderes constituintes originário e derivado que permite afirmar a legitimidade do estabelecimento dessa proibição (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 242).

Não se pode negar, porém, que a aplicação ortodoxa dessas cláusulas, em vez de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade.

Aí reside o grande desafio da jurisdição constitucional: *não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.*

Na linha da argumentação desenvolvida por Carl Schmitt, a doutrina constitucional alemã admite que o princípio de continuidade e identidade da Constituição não protege apenas os princípios contemplados pelas *garantias de eternidade*. Afirma-se, quase sem contestação, que também a cláusula de eternidade é insuscetível de alteração. Tal como realçado por Maunz, "*constitui imperativo de uma norma de lógica (Normlogik) que, além dos princípios declarados intocáveis, também a própria cláusula pétrea que declara a imutabilidade deve ser considerada intangível*" (Maunz-Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. III, art. 79, n.º 50). Frustra-se, assim, a possibilidade de o legislador constituinte proceder à *dupla revisão*, eliminando a cláusula pétrea e, posteriormente, os princípios por ela protegidos.

Na mesma linha de raciocínio, afirma Konrad Hesse que a proteção de imutabilidade há de abranger o próprio art. 79 na sua substância (*wesentlicher Bestandteil*) (Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 265). Em outros termos, seria ilegítima não só a supressão da cláusula pétrea, como também a alteração significativa de pressupostos relativos à maioria qualificada contida no art. 79, II, da Lei Fundamental (Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 265).

Com uma fundamentação diferenciada, afirma Bryde que devem ser consideradas intangíveis as próprias garantias de eternidade, se se entender que elas não só asseguram ou protegem a identidade da Constituição, mas também integram essa identidade (*Gegen die Änderbarkeit des Art. 79, III durch den verfassungsändernden Gesetzgeber würde es jedoch sprechen, wenn man diese Vorschrift nicht nur als Schutz der Identität der Verfassung, sondern selbst als Teil dieser Identität anzusehen hätte*) (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 249).

Também no que concerne às disposições relativas ao processo de revisão constitucional, desenvolve Bryde uma fundamentação específica para admitir a impossibilidade de alteração que implique maior facilidade de aprovação de emenda constitucional, como se pode ler na seguinte passagem de sua obra:

"Indaga-se se o legislador constituinte estaria legitimado a proceder à atualização do processo constituinte que poderia colocar em perigo as limitações a ele impostas pelo art. 79, III. Suscita-se, pois, questão relativa à admissibilidade de alteração do processo de revisão constitucional. A resposta a essa questão há de ser obtida da vinculação do legislador constituinte à identidade da Constituição, uma vez que a organização da revisão é significativa para a conformação concreta da Constituição. Isto não deve significar uma servil imutabilidade do art. 79, mas sim vinculação a seu núcleo essencial. (...) Também o postulado estabelecido no art. 79, II, pertinente à rigidez da Constituição, é intangível, tal como resulta do art. 79, III (garantias de eternidade) c/c art. 20, III (vinculação do legislador). Em outros termos, os pressupostos do art. 79, II, que já se encontram em patamares toleráveis no que toca à facilidade de revisão, não podem ser tornados ainda mais flexíveis. (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 249)

Portanto, essas colocações levam a admitir que o princípio da imutabilidade das cláusulas pétreas se estende, fundamentalmente, às suas próprias disposições e ao processo de revisão constitucional.

De toda forma, as *cláusulas pétreas* ou as *garantias de eternidade* não asseguram, de forma infalível, a continuidade ou a permanência de determinada ordem constitucional, nem excluem a possibilidade de que essa ordem contenha uma cláusula de transição para outro regime ou modelo. A própria Constituição alemã de 1949 prevê, no seu art. 146, a possibilidade de dissolução da ordem fundada pela Lei Fundamental de Bonn em decorrência de decisão a ser tomada após o processo de reunificação.

Em outros termos, o limite da revisão não reside, necessariamente, na fronteira entre legitimidade e revolução (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, pág. 233).

É possível, pois, proceder-se à transição de uma Constituição para outra em um processo ordenado e sem quebra da legitimidade.

Por isso, observa Bryde, que se pode substituir a tradicional dicotomia entre poder constituinte originário e poder de revisão por uma fórmula tricotômica, que conceba a revisão total como modelo intermediário.

Convém registrar, a propósito, o seu magistério:

"A substituição da democracia parlamentar, na França, por um sistema presidencial-parlamentar misto, em 1958, não representou uma revolução se se entender esta expressão não só no seu sentido natural, mas também no sentido de uma diferenciação entre o desenvolvimento legítimo e ilegítimo da comunidade. Isso significa que nós podemos substituir a tradicional dicotomia entre processo constituinte originário (*verfahrensungebundener: pouvoir constituant*) e o processo de revisão (*verfasster Revisionsgewalt*) por um modelo tricotômico no qual a

possibilidade da legítima substituição da ordem constitucional por outra (revisão total: *Totalrevision*) seja contemplada como uma forma intermediária. A revisão total pode ser disciplinada juridicamente, de modo a ampliar os limites dos métodos ordenados e regulados de desenvolvimento constitucional (*Verfassungsentwicklung*) à custa da Revolução.

Esse problema foi resolvido de forma particularmente feliz em algumas constituições estrangeiras, que distinguem expressamente a revisão parcial da revisão total. Isto se aplica, v.g., à Constituição suíça (arts. 118-123) e à Constituição austríaca (art. 44). Além disso, os pressupostos da revisão total são mais restritivos do que aqueles aplicáveis à revisão parcial. Tal fato resulta mais evidente na Constituição austríaca, que exige um referendo para a revisão total (*Gesamtänderung*) (art. 44, II). Portanto, não se afigura possível uma revisão total sem a participação do titular do poder constituinte. A Constituição suíça exige a participação do povo e de seus representantes tanto para a revisão parcial, quanto para a revisão total (...). Se nesse processo se der a substituição de uma Constituição por outra, já não se terá, certamente, do ponto de vista conceitual, simples revisão constitucional, mas, tendo em vista a identidade entre o titular do poder constituinte originário e derivado, dever-se-á considerar tal processo como legítimo processo constituinte sob a roupagem de um processo de revisão" (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, pág. 234).

A Constituição espanhola de 1978 - que também rompeu com um anterior regime autoritário - consagrou, em seu art. 168, expressa previsão de revisão total da Constituição ou de revisão parcial que afete as cláusulas pétreas:

"Art. 168. I - Quando for proposta a revisão total da Constituição ou uma revisão parcial que afete o título preliminar, a seção I do capítulo II do título I ou o título II, proceder-se-á à aprovação do princípio da revisão por maioria de dois terços de cada Câmara e à dissolução das Cortes.

2 - As Cortes que vierem a ser eleitas deverão ratificar a decisão e proceder ao estudo do novo texto constitucional, que deverá ser aprovado por maioria de dois terços de ambas as Câmaras.

3. Aprovada a reforma pelas Cortes Gerais, será submetida a referendo para ratificação".

Portanto, o processo de revisão total da Constituição caracteriza-se não só pela necessidade de participação do efetivo titular do poder constituinte, o povo, seja mediante plebiscito ou referendo, como também pela fixação de procedimento mais restritivo em relação ao processo de emenda.

Essa abordagem teórica permite introduzir reflexão sobre a adoção, num processo de revisão, de uma ressalva expressa às cláusulas pétreas, contemplando não só a eventual alteração dos princípios gravados com as chamadas *garantias de eternidade*, mas também a possibilidade de transição ordenada da ordem vigente para outro sistema constitucional (revisão total).

Se se entendesse - o que pareceria bastante razoável - que a revisão total ou a revisão parcial das cláusulas pétreas está implícita na própria Constituição, poder-se-ia cogitar - mediante a utilização de um processo especial que contasse com a participação do povo - até mesmo de alteração das disposições constitucionais referentes ao processo de emenda constitucional com o escopo de explicitar a ideia de revisão total ou de revisão específica das cláusulas pétreas, permitindo, assim, que se disciplinasse, juridicamente, a alteração das cláusulas pétreas ou mesmo a substituição ou a superação da ordem constitucional vigente por outra.

Essas breves considerações são fundamentais para uma melhor reflexão sobre as questões suscitadas no presente caso. Talvez num futuro próximo venhamos a analisar melhor como se deu o processo histórico-político que culminou na edição desse peculiar ato que é a EC n.º 26/85. E, nesse passo, tenhamos de reconsiderar muitos dos

tradicionais conceitos de poder constituinte originário e derivado.

A EC 26/85 muito se aproxima de um modelo de revisão total instaurado pela própria ordem constitucional, sem maiores rupturas do ponto de vista histórico-político.

Devemos refletir, então, sobre a própria legitimidade constitucional de qualquer ato tendente a revisar ou restringir a anistia incorporada à EC n.º 26/85. Parece certo que estamos, dessa forma, diante de uma hipótese na qual estão em jogo os próprios fundamentos de nossa ordem constitucional.

Enfim, a EC n.º 26/85 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988.

4. CONCLUSÕES

Com essas considerações, acompanho o relator e voto pela total improcedência desta arguição de descumprimento de preceito fundamental.