

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OS MISTÉRIOS DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 153/DF

TRANSITIONAL JUSTICE IN BRAZILIAN SUPREME COURT: THE MYSTERIES OF COMPLAINT OF BREACH OF FUNDAMENTAL PRECEPT 153

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS*

RESUMO

No julgamento da ADPF 153, o Supremo Tribunal Federal enfrentou uma questão delicada: é constitucional a disposição da Lei de 1979, que anistiou crimes políticos e conexos praticados no período de 1961 a 1979? O resultado desse julgamento gerou muita polêmica e o tema poderá, em um futuro próximo, voltar à pauta de julgamentos da Corte. Uma reavaliação crítica e aprofundada de tal julgamento é, por isso, necessária. Essa é a proposta deste texto.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade. Anistia. Justiça de transição.

ABSTRACT

At trial of ADPF 153, the Brazilian Supreme Court faced a delicate question: it is to consider as valid the provision of the Law of 1979, which granted political amnesty to crimes committed in the period 1961-1979? The result of this trial generated much controversy and this subject may, in the near future, come back to Courts agenda. A critical and thorough review of such judgment is therefore required. That is the purpose of this text.

KEYWORDS: Control of constitutionality. Amnesty. Justice transition.

“Fechar temporariamente as portas e janelas da consciência; um pouco de sossego, um pouco de tabula rasa da consciência, para que novamente haja lugar para o novo, sobretudo para as funções e os funcionários mais nobres, para o reger, prever, predeterminar (pois nosso organismo é disposto hierarquicamente) – eis a utilidade do esquecimento, ativo, como disse, espécie de guardião da porta, de zelador da ordem psíquica, da paz, da etiqueta: com o que logo se

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo e pela Albert-Ludwigs Universität Freiburg. Pesquisador, orientador e professor da Sociedade Brasileira de Direito Público. Professor convidado nos cursos de pós-graduação da PUC-SP e FESPSP. E-mail: lucas.laurentiis@gmail.com.

vê que não poderia haver felicidade, jovialidade, esperança, orgulho, presente, sem o esquecimento” (Friedrich Nietzsche, Genealogia da Moral).

1 INTRODUÇÃO

Luta e conflito. Essas são dimensões inseparáveis da afirmação, não só dos direitos, mas da individualidade.¹ O enfrentamento e a afirmação de ideais são passos necessários desse processo. Equacionar tais conflitos, reparar os danos passados e, com isso, abrir caminho para o desenvolvimento de reconciliações futuras, esses são os principais objetivos de uma justiça de transição axiologicamente neutra e consciente de suas limitações.²

A transição representa um processo contínuo de consolidação democrática, que envolve esses múltiplos aspectos.³ A memória resgatada por publicações, estudos, obras, relatos. A educação cívica e não dogmática, voltada para a valorização da liberdade de pensamento e expressão. Políticas públicas de distribuição de renda, por meio das quais privilégios hereditários sejam compensados.⁴ O fortalecimento de instituições, que impeçam a emergência de novos regimes totalitários. As múltiplas faces do conceito de justiça de transição indicam sua relevância, mas também o seu maior perigo: um conceito tão amplo pode, com muita facilidade, abarcar todo o tipo de reivindicação. E é sob o rótulo e a exigência da realização

-
- 1 HONNETH, Axel **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Edição 34, 2003, p. 69.
 - 2 TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix. **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a justiça de transição, 2011, p. 147.
 - 3 ARTHUR, Paige. Como as “Transições” Reconfiguraram os Direitos Humanos: Uma História Conceitual da Justiça de Transição. In: REÁTEGUI, Félix (Org.), **Justiça de Transição**: Manual para a América Latina. Brasília; Nova Iorque: Ministério da Justiça; ICTJ, 2011, p. 85.
 - 4 DIMITRI, Dimoulis. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil: hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. DIMITRI, Dimitri; MARTINS, Antônio; SWENSON Jr., Lauro Jaupert (org.). **Justiça de transição no Brasil**: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

de um ideal abstrato de justiça que tais demandas surgem. A promessa e a esperança de redenção de todos os males que assolaram sociedades durante longos períodos de regimes ditatoriais sempre são acompanhadas por fórmulas mágicas e, porque não dizer, místicas.⁵

Há muitas evidências dessa correlação íntima dos mecanismos de justiça de transição com ideais sacros. Blumenson apontou que, para muitos, a necessidade de incriminar autoridades acusadas de práticas atrozes está relacionada a um profundo sentimento de salvação e fé.⁶ Teitel apresentou um diagnóstico ainda mais contundente. Ao seu ver, “considerando a amplitude com a qual a justiça transicional foi exportada durante o paradigma do pós-Guerra Fria, pode-se compará-la a uma religião secularizada e sem lei”.⁷ O texto em que Radbruch propõe sua conhecida fórmula da injustiça, instrumento esse que serviu de base para a condenação dos atiradores do Muro de Berlin,⁸ cita os evangelhos para ilustrar

-
- 5 Não é a oportunidade para discorrer sobre a relação e as diferenças entre magia e mística. Vale simplesmente registrar: místico e misticismo indicam tanto uma relação direta com o absoluto e o inefável, quanto uma busca que ultrapassa as capacidades cognitivas da razão. Por isso, Bergson identifica o misticismo “com o amor de Deus por sua obra, amor que criou todas as coisas e é capaz de revelar a quem souber interrogá-lo o mistério da criação” (*Les deux sources de la morale et de la religion*. Paris: Presses Universitaires de France, 2008, p. 256). Em outras palavras, o misticismo é a tentativa de alcançar um significado global da existência. Os rituais sacros de iniciação e magia são manifestações dessa busca. Para uma descrição de diferentes rituais com tal finalidade, ver: ELIANE, Mircea. *O Sagrado e o profano*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 25 e ss. No contexto da justiça de transição e dos comentários que se seguem, o místico e o misticismo têm um sentido similar: a busca da redenção dos males passados e da realização de um ideal de justiça absoluto formam o horizonte, não só da peça inicial da ADPF 153, como também das discussões que se seguiram no Supremo Tribunal Federal. Não é de se espantar que muitos pontos e questões desse processo ainda desafiem uma explicação racional. A busca dessa explicação é, em si mesma, problemática, pois ela exige do místico algo que ele, por definição, não pode dar: a explicitação das razões que o fundamentam.
- 6 BLUMENSON, Eric. *National amnesties and international justice*. Eyes on the ICC, Vol. 2, No. 1, 2005, p. 4.
- 7 TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix. *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a justiça de transição, 2011, p. 154.
- 8 BGHSt 41, 101 (11).

o conflito dos deveres provenientes do Estado e Deus.⁹ As sessões presididas por Desmond Tutu na comissão de reconciliação e verdade da África do Sul eram frequentemente precedidas de preces.¹⁰

Mística e mistério acompanham os debates da justiça de transição. Não foi diferente no Brasil. Nilo Batista identificou essa característica ao comentar a pretensão de punição dos agentes do regime militar. Em suas palavras: “Outorgada uma função positiva, ainda que um pouco mística, à pena, inicia-se paradoxalmente a corrosão dos próprios direitos humanos”.¹¹

As analogias e identidades são variadas. Aqui também a justiça de transição foi e ainda é caracterizada por um processo de ampliação da efetivação das expectativas reprimidas no passado. Da mesma forma, sofre com graves paradoxos, que geram outros males. O excesso de expectativas reprimidas depositado em conceitos indefinidos como a busca incessante da verdade, a punição a todo custo dos acusados da prática de “crimes de Estado”¹² o poder judiciário como *locus* apropriado para a responsabilização de indistintas pessoas,¹³ a moral e os direitos humanos como valores

9 RADBRUCH, Gustav. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. *Süddeutsche Juristenzeitung*, v. 1 (1946): 105-108.

10 TELES, Edson Luís de Almeida. *Brasil e África do Sul: rupturas e continuidades nas transições políticas*. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Shimada (coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2009; GIBSON, J. L. *The Contributions of Truth to Reconciliation: Lessons from South Africa*, *The Journal of Conflict Resolution*, v. 50, n. 3, jun. 2006, p. 409-432.

11 BATISTA, Nilo. *Nota introdutória*. In: DIMOULIS, Dimitri et al. (orgs.). *Justiça de transição no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.13.

12 Para uma análise crítica do conceito de criminalidade Estatal, ver: SWENSON JR., Lauro Jaupert. *Anistia penal*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 65 e ss; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Anistia para quem?* In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 114.

13 Uma defesa dessa concepção altamente ativista do poder judiciário é encontrada em: TORELLY, Marcelo D. *Justiça de transição e Estado constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 300.

metafísicos¹⁴ e incontestáveis na luta contra as iniquidades do passado,¹⁵ sobrecarregam o processo de transição democrática e geram uma perplexidade prática: que devem fazer os magistrados ao serem confrontados, de forma até desumana, com exigências tão altas?

A ausência de respostas satisfatórias a essa questão indica dois fatos elementares. Primeiro. Nesse caso, qualquer que seja a decisão jurisdicional, ela será insatisfatória. O modelo Africano, por exemplo, priorizou a busca da verdade e reconciliação e não a punição. Na Alemanha, por outro lado, uma série de decisões condenaram os agentes da antiga República Democrática Alemã (RDA), que, cumprindo ordens superiores, abateram aqueles que pretendiam transpor o muro de Berlim.¹⁶ A seletividade desta última solução é patente,¹⁷ mas, frente a esse fato, um defensor do modelo de punição poderia perfeitamente dizer: melhor buscar a justiça em casos particulares do que abdicar dela por inteiro. Essa afirmação esconde uma valoração subjetiva e uma distorção dos fatos. Afinal qualquer que seja a solução da justiça de transição, ela será, sob certo aspecto, criticável, seletiva e, portanto, injusta.¹⁸ O

14 SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. *Anistia: a política além da justiça e da verdade*. *Revista acervo*, v. 24, n.1, Rio de Janeiro, jan./jun. (2011): 79-102, p. 95.

15 Essas evocações superlativas ao valor dos direitos humanos são encontradas nos textos de Weichert e Favero (WEICHERT, Marlon Alberto; FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. A responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009); e também Piovesan (PIOVESAN, Flávia. *Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro*. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Shimada (coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2009).

16 A esse respeito, ver: ALEXY, Robert. *Derecho injusto, retroatividade y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicídios cometidos por los centinelas del Muro de Berlin*. *DOXA*, n. 23 (2000): pp. 197 a 230.

17 Uma análise crítica a nesse sentido é encontrada em: QUINT, Peter E. Judging the past: the prosecution of east german border guards. *The Review of Politics*, v. 61, n. 2 (1999): 303-329.

18 SWENSON Jr., Lauro Jaupert. *Punição para os crimes da ditadura militar: contornos*

defensor da justiça de transição dirigida a alguns poucos agentes não vê exatamente isso: a “justiça pontual” por ele defendida para a solução de um caso é facilmente convertida em “injustiça global”, seja porque não se sabe o critério que norteia a seletividade da punição, seja porque a seleção em si mesma não pode ser justificada.

Segundo. Mais grave do que hipostasiar¹⁹ o valor e as potencialidades da justiça de transição, é transferir para ela os conflitos e rancores latentes na sociedade. Se finalidades tão altas quanto as buscadas pelos processos transicionais não podem ser satisfeitas em um “passe de mágica”, processos judiciais que demandem pura e simplesmente por “justiça” certamente redundarão em maiores insatisfações e conflitos. É justamente esse o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153/DF. Por isso mesmo, o sentimento de incompletude e desorientação causados por essa decisão devem ser vistos como naturais. Não é de se espantar que ele ainda gere acalorados debates acadêmicos e judiciais. Seja porque uma Corte internacional pouco tempo depois teve entendimento diverso,²⁰ seja em virtude do recurso (embargos de declaração) manejado pelo autor da ação, seja, enfim, porque instituições públicas têm abertamente desafiado a autoridade dessa decisão,²¹ o sentimento que permanece é o de

do debate. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antônio; SWENSON Jr., Lauro Jaupert (org.). **Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

- 19 O termo foi utilizado em: DIMOULIS, Dimitri. *Justiça de transição e função anistiantes no Brasil: hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização*. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antônio; SWENSON Jr., Lauro Jaupert (org.). **Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- 20 CIDH, *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, sentença de 24 de novembro de 2010.
- 21 As ações movidas pelo Ministério Público Federal para punir militares que tenham participado do “sequestro de civis” são exemplos emblemáticos de tal desafio. É interessante o argumento utilizado pelos procuradores que promovem essas ações. Dizem que, mesmo que a lei de anistia seja constitucional, tal qual afirmou o Supremo, sua abrangência vai somente até 1979, enquanto o sequestro perdura até hoje. A originalidade da situação decorre dos efeitos da anistia, que, segundo a doutrina penal “faz desaparecer o crime, de tal modo que os favorecidos por ela readquirem

uma incompletude nebulosa. Tudo isso justifica o tema deste artigo ser a mística da ADPF 153/DF.

Salta aos olhos, então, a dificuldade da análise de tal julgamento: ele continua, misticamente, em suspenso. Mas esse é só um, de seus muitos mistérios. Pretendo aqui analisar outros deles. Para tanto, optei por seguir uma linha evidente, mas que em alguns momentos se mostrará pouco lógica. O percurso será o mesmo da decisão. Início com a análise dos pressupostos de admissibilidade da ação e abordo os principais pontos que fundamentaram o voto do Ministro relator, Eros Grau.²² Imediatamente surge um problema. Alguns dos argumentos apresentados por esse Ministro foram solenemente desconsiderados pelos demais. São os casos dos argumentos relativos às “leis-medida” e à “tirania dos valores”. De toda forma, como os votos de praticamente todos os Ministros²³, que negam provimento ao pedido formulado pelo autor, sempre formulam a ressalva final “acompanho o relator”, pressuponho que não há omissão nos votos. Até porque, a meu ver, a fundamentação não é um elemento vinculante da decisão.²⁴ Penso também que

a condição de primários, cessando todos os efeitos penais” (FRAGOSO, Fernando. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 401). Ou seja, se a pretensão punitiva do MPF estiver correta, teremos aqui um tipo peculiar de crime, que, no ato de primeira e fundamental consumação, inexistente, mas, depois de trinta anos, volta a existir. Isso sem nenhuma alteração no ânimo ou ação do criminoso. Se essa nova categoria penal realmente existe, poderemos chamá-la de crime “em parte” permanente. É importante alertar o Legislador da existência desses crimes, pois eles nunca poderão ser anistiados. Afinal, logo após a edição da lei que os anistia, eles voltam a se consumir.

- 22 Uma análise similar é encontrada em: TORELLY, Marcelo D. **Justiça de transição e Estado constitucional de Direito**: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 309.
- 23 A única exceção é o voto do Ministro Celso de Mello, que simplesmente afirma: “julgo improcedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental” (STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 46)
- 24 Nesse sentido, ver: RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010; LAURENTIIS, Lucas Catib De. **Interpretação conforme a Constituição**: conceito, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros, 2012; DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle abstrato de constitucionalidade**: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo: Saraiva, 2012.

essa estrutura traz maior contribuição para a compreensão deste complexo e controvertido julgamento.

Finalmente, uma observação: o objetivo deste texto não é só informar e descrever, mas também debater. Isso porque, penso, a verdadeira contribuição da discussão acadêmica está na análise crítica, livre e, tanto quanto possível, imparcial de argumentos. É ilusório pensar que a opinião, mesmo gestada após longo processo de pesquisa, seja totalmente asséptica. Contudo, me parece temerária a defesa cega de um ponto de vista, que simplesmente desconsidera o argumento contrário.²⁵ Essa postura é característica daquele que busca se afastar do diálogo e do debate público e aberto das ideias. Que essa também seja a porta aberta para a desqualificação pessoal daqueles que discordam da opinião comum, é só mais um indício de que a guerra, não só de ideias, ainda é o tema latente e presente desse julgamento. A razão da permanência desse confronto é mais uma de suas místicas.

2 O MISTÉRIO DA ADMISSIBILIDADE

A alta carga de julgamentos²⁶ e o caráter excepcional do acesso à jurisdição constitucional fizeram com que o Supremo Tribunal Federal desenvolvesse um amplo rol de filtros procedimentais, que condicionam o juízo de admissibilidade das demandas a ele dirigidas. Com isso, a descrição minuciosa desses requisitos processuais passou a ser parte de todo e qualquer estudo criterioso das técnicas de controle concentrado existentes no direito brasileiro.²⁷ A

25 No mesmo sentido: SWENSON Jr., Lauro Jaupert. **Punição para os crimes da ditadura militar**: contornos do debate, ob. cit., p. 24.

26 Mesmo com a criação do filtro da repercussão geral, a carga de julgamentos do STF em 2013 foi de 89.993 processos.

27 Dentre as obras que realizaram essa análise, ver: CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2.ed. rev., São Paulo: RT, 2000; BARROSSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2007.

importância da análise desses filtros é ainda mais evidente quando o instrumento processual gera polêmicas e opiniões discordantes. É justamente esse o caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental. As dúvidas doutrinárias acerca das características e requisitos de admissão dessa ação tiveram reflexo direto no julgamento da ADPF 153/DF. Essa constatação decorre diretamente do exame das preliminares analisadas no julgamento, sustentadas sobretudo pela Advocacia Geral da União e pelo Senado Federal em suas manifestações. Foram elas: a ausência de comprovação de controvérsia constitucional ou judicial relacionada ao ato contestado; a não impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema; a impossibilidade da arguição de inconstitucionalidade de normas cujos efeitos foram esgotados; a não indicação das autoridades que teriam lesado o preceito fundamental; enfim, a inutilidade da demanda, vez que os crimes eventualmente acobertados pela anistia de 1979 estariam prescritos. Nos parágrafos seguintes, atendo-me ao primeiro desses pontos. O segundo deles será o tema da análise do item 4 deste estudo.²⁸

Grande parte do debate acerca da admissibilidade da ADPF 153 decorreu da compreensão do autor da ação quanto ao regime jurídico da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A peça inicial parte do seguinte pressuposto: existem duas modalidades de arguição de descumprimento. A primeira delas, denominada arguição autônoma, seria aquela regulada pelo art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/99.²⁹ Já a segunda modalidade, doutrinariamente denominada incidental ou paralela,³⁰ poderia ser encontrada no inciso I, do

28 A restrição dos pontos da exposição segue a dinâmica dos debates dos Ministros do STF. As questões que receberam maior atenção no julgamento foram destacadas na exposição deste artigo.

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

30 Como observa André Ramos Tavares, não temos aqui um verdadeiro incidente processual, mas uma ação autônoma e paralela à principal (TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001 p. 393).

parágrafo único, do mesmo artigo.³¹ O pressuposto que fundamenta essa conclusão é elementar. Como só nesse último dispositivo encontramos a referência às normas anteriores à promulgação da Constituição e a norma impugnada foi criada em 1979, o autor infere a necessidade de utilizar a segunda modalidade de arguição.³² Aqui está a origem da primeira dúvida procedimental.

Segundo essa interpretação, a arguição incidental tem requisitos específicos em relação à modalidade autônoma: caberia ao autor comprovar a “relevância do fundamento ou controvérsia constitucional” e o “cunho normativo”³³ do ato impugnado. Surgem dois problemas, que tiveram de ser enfrentados pela Corte. O primeiro é a parca fundamentação da controvérsia apresentada pelo autor. Na inicial encontramos citações de entrevistas e notícias relacionadas ao tema debatido na ação. Não há nenhuma referência a demandas judiciais concretas. O contrassenso é evidente, pois se o dispositivo em questão cuida, como pressupõe o autor da ação, de uma ação incidente em processos concretos, haveria de se demonstrar que a controvérsia debatida na arguição não é só relevante, mas também judicial. Caso contrário, seria possível cogitar de uma arguição incidental que prescindisse do processo em que há o incidente. Bastaria que o autor listasse as demandas judiciais em que a questão por ele trazida foi debatida, para que a dúvida quanto à admissibilidade da ação fosse afastada.

Como tal comprovação inexistente, o parecer apresentado pela Procuradoria da República buscou embasamento teórico para solucionar esse problema. Segundo tal peça “a ADPF direta cujo objeto repousa sobre atos normativos tem suporte na combinação das regras matrizes, ou seja, do *caput* e do parágrafo único, I, do

31 Na redação de tal dispositivo: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental (...) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

32 Utilizo aqui como referência a numeração dos autos da arguição em comento: STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 4.

33 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, ob. cit., 2007, p. 257.

artigo 1º, da Lei n. 9.882/99”. Devemos ter cuidado na análise desse argumento. O que diz aqui a PGR não é que não exista a modalidade incidental de arguição.³⁴ Fosse esse o caminho trilhado pela Procuradoria, não lhe restaria outra alternativa senão considerar que a demanda era inadmissível, por ter utilizado uma técnica de controle – ADPF incidental – que não existe. Mas não foi essa sua conclusão. O argumento da PGR não nega a existência de duas formas de ADPF. Ele simplesmente nega que a forma incidental seja aquela regulada pelo art. 1º da Lei 9.882/99. Disso, duas conclusões são inferidas. Primeiro: que, apesar de existirem duas modalidades de ADPF, elas são submetidas a um regime única. Segundo: isso afastaria a necessidade de comprovar a relevância judicial do tema da ADPF 153.

O fundamento dogmático que subjaz essa conclusão estaria na disparidade de regimes jurídicos criada pela interpretação defendida pelo autor da ação: se o embasamento da ADPF incidental está no inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, da Lei da ADPF, os atos normativos sujeitos à impugnação por essa via seriam os previstos nesse dispositivo: leis de todos os níveis federados, inclusive os anteriores à Constituição.³⁵ O resultado paradoxal, que a PGR pretende, com razão, evitar é que, comparada à arguição incidental, a modalidade autônoma teria espectro mais amplo de hipóteses de cabimento. Em si mesma, essa disparidade de regimes dificilmente pode ser justificada: a diferença entre o modo processual do exercício

34 Parecer n. 1218-PGR-RG, ADPF 153/DF, p. 4. Há aqui uma pequena contradição na fundamentação da Procuradoria da República. Nessa passagem um texto de Walter Claudius Rothenburg é citado como fundamentação da interpretação adotada na peça. Ocorre que este autor tem um entendimento bem diverso do apresentado. Para ele, a modalidade incidental da arguição de descumprimento é inconstitucional, pelo que não há mesmo outra saída senão reconhecer que o regime jurídico dessa ação é único. Nesse sentido, ver: ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito constitucional*. São Paulo: Verbatin, 2010, p. 151.

35 *Verbis*: Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição

de controle – principal, ou incidental – não tem qualquer relação com o objeto da impugnação. Por que então distinguir o objeto da ADPF em função do modo como esse instrumento é exercido. E não é tudo. A interpretação defendida pelo autor dessa ADPF 153 gera também o problema de que justamente os atos do poder público mais importantes para dirimir controvérsias concretas – aqueles atos desprovidos de abstração – seriam suprimidos das hipóteses de cabimento da arguição incidental, pois o art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/99 silencia acerca do cabimento da ADPF nessas situações. Essas contradições levariam à conclusão de que o “regime jurídico das ADPFs (diretas ou incidentais) é único, devendo, em qualquer caso, estar lastreadas em controvérsia constitucional relevante”.³⁶

Até esse ponto, não há o que criticar no parecer do Ministério Público. Os problemas surgem quando esse parecer analisa a necessidade da comprovação da controvérsia judicial relevante. Rememorando: no entender da PGR, tal requisito, que encontra previsão no art. 3º, V, da Lei de ADPF, teria aplicação não só nos casos de arguições de descumprimento incidentais.³⁷ Ou seja, tanto a arguição autônoma, quanto a incidental seriam condicionadas à demonstração da relevância de controvérsia constitucional relevante. Ocorre que o parecer da PGR afirma existirem duas formas de se encarar o requisito da “relevância”. O primeiro, aplicável à arguição autônoma, prescindiria da verificação de controvérsia judicial; o segundo, que condiciona o cabimento da modalidade incidental, exigiria tal comprovação. É perceptível a contradição do argumento, pois, se a intenção da Procuradoria era demonstrar que a arguição de descumprimento segue um regime único, sua conclusão afirma justamente o contrário. Mais: ao aceitarmos esses pressupostos, a arguição de descumprimento autônoma se tornará uma via de controle concentrado em que discussões meramente doutrinárias,

36 Parecer n. 1218-PGR-RG, ADPF 153/DF, p. 8.

37 O entendimento predominante na literatura constitucional, seguido, dentre muitos outros, por Luiz Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, ob. cit., 2007, p. 258) é justamente o contrário, pois restringe esse requisito de admissibilidade às arguições incidentais.

desde que relevantes, deverão ser analisadas pelo Supremo Tribunal Federal. Há dois problemas aqui.

Primeiro: o julgamento da ADC n. 1/DF,³⁸ em que se debateu acerca do sentido de filtro procedimental similar, indica a não disposição da Corte para realizar tarefas como essa. Segundo: a aceitação do cabimento da ADPF em casos desprovidos de controvérsia constitucional³⁹ e judicial relevante implica admitir a existência não de duas, mas de três modalidades de arguição – a autônoma, a incidental e a arguição de relevância.⁴⁰ Isso representa não só a ressurreição da famigerada avocatória⁴¹ – é no mínimo irônico que, em um processo que discute as mazelas da ditadura militar brasileira, um dos fundamentos que leva à admissão do conhecimento da ação seja justamente esse – mas também uma ampliação indevida, pois desprovida de fundamento constitucional, da competência do Supremo Tribunal Federal, a quem foi conferida a atribuição para aferir o “descumprimento” (art. 102, §1º, CF/1988), não a “relevância” de um preceito fundamental.⁴²

Tudo isso explica porque os Ministros, apesar de citarem o parecer elaborado pela PGE, dele se distanciam. As manifestações foram dissonantes. A visão do Ministro Eros Grau é a que mais se aproxima da defendida pela Procuradoria. Para ele, a arguição analisada amolda-se tanto à hipótese do *caput*, quanto do inciso

38 RTJ 157/371.

39 Na verdade, o adjetivo “constitucional” é desnecessário e repetitivo, pois a exigência do *caput* do art. 1º da Lei de ADPF – lesão a preceito fundamental, que necessariamente é constitucional – já pressupõe que a controvérsia seja constitucional

40 Nessa linha, Alexandre de Moraes entende que existem três formas de ADPF, uma delas condicionada simplesmente à demonstração da “controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluindo os anteriores à constituição” (**Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**, São Paulo: Atlas, 2000, p. 263).

41 Na doutrina, apontando esse perigo, cf.: **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**, ob. cit., p. 336.

42 Com os mesmos fundamentos e também afastando a possibilidade da admissão de arguições de descumprimento desprovidas da demonstração de controvérsia judicial relevante, cf.: TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**, ob. cit., p. 294.

I, do parágrafo único, do art. 1º, da Lei 9.882. Afirma ainda o Ministro que tal arguição é autônoma e não incidental, como propõe o autor da ação. Por fim, conclui não ser necessária a comprovação de controvérsia judicial na arguição autônoma. Uma variante de tal entendimento é encontrada no voto do Ministro Gilmar Mendes, para quem o art. 1º da Lei 9.882/99 não especifica se a controvérsia relevante deve ou não ser judicial.⁴³ A Ministra Ellen Gracie adotou o mesmo entendimento do Ministro Eros Grau. Já o argumento utilizado pelos Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia para afastar a preliminar foi: a própria Lei da ADPF indicaria a desnecessidade de comprovar a controvérsia judicial, vez que seu art. 3º, V, que exige a comprovação desse requisito, tem início com a locução condicional “se for o caso”. Por fim, os Ministros Celso de Mello, Ayres Brito e Cesar Peluso,⁴⁴ distanciam-se dos argumentos defendidos pela PGR, pois entendem que as arguições autônomas prescindem da comprovação da relevância da questão.

Ao menos dois paradoxos emergem dessas manifestações. Primeiro, tal qual já foi aqui afirmado, se a admissibilidade da ADPF, seja ela incidental ou autônoma, não está condicionada à existência de controvérsia jurisdicional, está aberta a porta para demandar que

43 O Ministro Gilmar Mendes apresenta um argumento adicional. Para ele, nada impede que uma arguição incidental seja convertida em autônoma. Em suas palavras “diante do princípio da fungibilidade, não haveria óbice, em princípio, em se conhecer como autônoma eventual ADPF ajuizada nominalmente como incidental” (STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 225). Essa conclusão depende da validade da seguinte premissa: o objeto e os requisitos procedimentais das duas modalidades de arguição são compatíveis. Por isso, se considerarmos, tal qual o faz André Ramos Tavares, que a arguição incidental tem uma legitimidade ativa mais ampla do que as ações de controle concentrado, a adoção de dito “princípio da fungibilidade” não seria admissível. Nesse sentido, ver: TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*, ob. cit., p. 411.

44 Há dois problemas nessa passagem dos votos dos Ministros Cesar Peluso e Ayres Brito. Este último, considera que os requisitos, tanto da modalidade incidental, que em seu entender exige a comprovação de controvérsia, quanto da autônoma estão cumpridos. Contudo, o Ministro não desenvolve nenhum argumento para fundamentar essa conclusão. Já o Ministro Peluso afirma que adota a orientação apresentada pela PGR, mas dela se distancia ao afirmar que a modalidade de arguição autônoma prescinde da comprovação da relevância da questão jurídica (Cf. STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, pp. 49 e 71).

o Supremo exerça o papel de intérprete autêntico de toda e qualquer querela doutrinária que considere relevante. E como foi antes dito, isso é simplesmente a ressurreição da advocatória.⁴⁵

Segue-se daí um problema adicional, pois, se a própria contagem dos fundamentos decisórios indica que a interpretação defendida pela PGR foi afastada – interpretação essa, lembre-se, embasava a admissibilidade da arguição na desnecessidade da comprovação da controvérsia judicial – só restaria ao Supremo Tribunal Federal uma saída para que a ADPF 153 fosse admitida: seria necessário verificar a existência de efetiva comprovação da relevância da controvérsia judicial em questão. E a questão volta a ser: como foi comprovada, nesse caso, a relevância jurídica da questão debatida?

Aqui, uma observação. Ao contrário do que faz parecer a leitura da inicial da ação, havia sim uma controvérsia judicial bastante relevante acerca do tema debatido na ação. A primeira oportunidade em que a justiça brasileira analisou a amplitude da anistia concedida pela Lei 6.683/79 envolveu a tortura de Milton Coelho de Carvalho. Mesmo frente às evidências, que indicavam que três agentes do governo o haviam cegado em fevereiro de 1976 em um presídio de Aracajú, em 1980 o Superior Tribunal Militar extinguiu o processo com fundamento na Lei de anistia.⁴⁶ Já em 1992, foi reaberta a análise do assassinato de Vladimir Herzog. Requisitado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, o inquérito foi trancado por decisão do Tribunal de Justiça paulista, justamente com base na causa de extinção da punibilidade presente na Lei de anistia.⁴⁷ No próprio parecer apresentado pela Advocacia

45 A possibilidade de o STF, a pedido do PGR, avocar demandas em trâmite perante quaisquer juízos do país, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 3, de 1977, que integrou o conjunto de reformas centralizadoras conhecidas como “o pacote de abril”.

46 Referências a esse respeito são encontradas em: MAZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003, p. 156.

47 SWENSON Jr., Lauro Jaupert. **Punição para os crimes da ditadura militar**: contornos do debate, ob. cit., p. 27.

Geral da União há a indicação de processos julgados pelo Superior Tribunal Militar em 1987 e pelo Superior Tribunal de Justiça em 1992, nos quais a interpretação ampla da Lei de Anistia, combatida pela peça inicial, era aplicada.⁴⁸

Havia, portanto, controvérsia judicial antiga e relevante acerca do tema de fundo debatido na arguição. Ocorre que isso foi completamente desconsiderado na inicial. Resta saber então se o Supremo podia fechar os olhos a essa omissão e, com isso, passar ao exame do mérito da arguição. A excepcionalidade do exercício dos meios de controle de constitucionalidade concentrados⁴⁹ parece levar a uma resposta negativa: a abertura dessa via não pode ser pressuposta; tem que ser comprovada.

Voltam a ter importância, então, as considerações que iniciaram a discussão desse ponto. A legislação e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal são particularmente minuciosas ao descreverem os requisitos para a propositura de demandas de controle de constitucionalidade pela via principal.⁵⁰ Por isso, afastar tais exigências sem apresentar fundamentação convincente para tanto é um ato que tem dois significados possíveis: ou tais requisitos são desnecessários ou sua aplicação está condicionada à conveniência do Tribunal. Ao que parece, aqui está a solução para este mistério da ADPF 153/DF: aos olhos do STF, a importância do tema discutido nessa arguição tem o poder de afastar qualquer dúvida que paire sobre sua admissibilidade.

Este “pressuposto” estava implícito desde a manifestação da Procuradoria da República: “a extrema relevância do tema proposto recomenda afastar-se na espécie visão reducionista do

48 Os processos são: STM, Recurso criminal n. 5751-7/MG, rel. Min. José Luiz Ramalho Barbosa Clerot, j. 19 de março de 1987; STJ, Resp., 23757/DF, rel. Min. Peçanha Martins, j. 4 de novembro de 1992.

49 A via de controle concentrada é dita excepcional, pois, ao contrário do controle incidental, exige previsão expressa constitucional. E deste o julgamento do RE 109.098, relatado pelo Ministro Moreira Alves, esse é um dos pressupostos elementares da configuração sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

50 A esse respeito, dentre muitos outros julgamentos, consultar: ADI 587/MG, RTJ 138/436.

instituto que inviabilize a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal”.⁵¹ De forma semelhante, o voto da Ministra Ellen Gracie vai direto ao ponto: “a matéria de fundo é de tal relevância que importa sobrelevarmos eventuais dúvidas meramente processuais para atingirmos o mérito”.⁵²

Se essas assertivas forem seriamente consideradas, parece ser possível afirmar que estamos diante de algo que pode ser identificado com um “princípio da disponibilidade das formas processuais” aplicado no modo de controle principal de constitucionalidade. Isso quer dizer que, a depender da importância atribuída pelos Ministros ao mérito da ação, questões “meramente” processuais poderão ser afastadas pela Corte. O problema é que a avaliação da importância de um dado tema requer um juízo de valor pessoal de difícil expressão jurídica. Um tribunal que leve em consideração o valor da segurança jurídica⁵³ deve ter isso em conta quando afasta requisitos procedimentais, cuja finalidade é justamente possibilitar que suas decisões sejam previsíveis, aferíveis e seguras. Sem isso, a abertura das portas da jurisdição constitucional sempre será um misterioso segredo, tal qual o que circunda o entendimento do Supremo na análise da admissão da ADPF 153/DF. Passo à análise do segundo ponto.

3 O MISTÉRIO DOS CRIMES POLÍTICOS E CONEXOS

O núcleo do pedido de interpretação conforme a Constituição foi este: na visão do autor da ação a anistia concedida em 1979 aos crimes políticos e conexos não abrangeria os crimes comuns, praticados por agentes da repressão estatal contra opositores políticos. Nesse ponto, a peça inicial também apresenta problemas significativos. A manifestação da Associação dos juízes para a

51 Parecer n. 1218-PGR-RG, ADPF 153/DF, p. 3.

52 STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 51.

53 Para uma exposição do polêmico conceito de “segurança jurídica”, ver: Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 253.

democracia (AJD), que atuou como *amicus curiae* no processo, descreveu esse ponto: “Coloca-se a questão da abrangência da excludente de punibilidade estabelecida em relação aos atos praticados pelos agentes do regime militar contra seus opositores no período assinalado”.⁵⁴

A inicial trabalha com dois fundamentos para sustar tal conclusão. O primeiro tem base penal. Como a Lei de anistia delimita seu campo de abrangência aos “crimes políticos e ou conexos com estes” (art. 1º, *caput*, Lei. 6.683/79), o autor busca na legislação penal os sentidos possíveis do termo “conexos”. Encontra dois: a conexão material e a processual.⁵⁵ A primeira dessas formas de conexão ocorre se houver um liame entre vários crimes praticados por um único agente. Sob o aspecto processual, a conexão é um fator de modificação da competência, cuja incidência está condicionada à existência de uma pluralidade de infrações e agentes.⁵⁶ Do confronto de tal classificação com o que dispõe a Lei de anistia deflui o inconformismo apresentado pelo autor da ADPF 153: “Não houve conexão entre os crimes políticos, cometidos pelos opositores do regime militar, e os crimes comuns contra eles praticados pelos agentes da repressão e seus mandantes do governo”.⁵⁷ O segundo fundamento apresentado pelo autor da arguição decorre de tal constatação: sem a referência às hipóteses de conexão criminal listadas pela legislação penal, o dispositivo

54 Informações do *amicus curiae* Associação dos juízes para a democracia (ADJ) na ADPF 153, p. 3. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/informacoes.pdf>.

55 Utilizo aqui o termo processual para que não se confunda essa modalidade de conexão com a hipótese disciplinada pelo art. 70 do CP, denominada pela doutrina de conexão “ideal” ou “formal”. A esse respeito: FRAGOSO, Fernando. *Lições de Direito Penal*, ob. cit., p. 348.

56 Os casos de conexão instrumental, apresentadas pelo art. 76 do CPP, são as seguintes: a conexão intersubjetiva, que ocorre nas hipóteses de simultaneidade, concurso ou reciprocidade de ações; a conexão objetiva, que ocorre quando duas ou mais ações são realizadas para facilitar ou ocultar outras; por fim, a conexão instrumental ou teleológica definida como aquela em que a prova de uma infração influi na comprovação de outra. Acerca desse tema, conferir: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. I, p. 131.

57 STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 15.

impugnado deixaria de ter sentido. Nas palavras do autor da arguição, seria uma norma “inepta”.⁵⁸

A fundamentação dos votos apresentou uma análise considerável a esse respeito. O relator da ADPF, ministro Eros Grau, afasta o argumento com base no que diz a própria Lei de anistia, cujo art. 1º, § 1º, afirma que: “Considera-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. Ao decompor as hipóteses de anistia presentes nessa norma, o relator chega à conclusão de que, para os estritos efeitos da lei de anistia, consideram-se conexos os crimes (i) de qualquer natureza, relacionados com crimes políticos ou (ii) os praticados por motivação política. Foi o quanto bastou para levar à conclusão de que a conexão disciplinada pela Lei de anistia foi de “natureza *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia”,⁵⁹ abrangendo, portanto, a conduta das duas partes em conflito. Essa foi a corrente vencedora no Tribunal.⁶⁰

O tema foi retomado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que, após apresentar os diversos sentidos penais do termo “conexão”, afasta a possibilidade de se tratar de uma espécie de conexão material, pois inexistiria em tal figura a unidade de desígnios criminosos. Tampouco se trataria de uma forma de conexão processual, vez que tais regras são destinadas unicamente “à unificação de processos, objetivando facilitar a instrução e evitar decisões conflitantes”.⁶¹

Afastada a possibilidade de conexão, só resta ao Ministro Lewandowski considerar a hipótese de os atos de repressão se enquadrarem na categoria “crime político”. Com base no que diz a jurisprudência do Supremo, essa figura comporta duas subclasses: o crime político impróprio o crime político puro. Aplicada em processos de extradição, tal distinção está relacionada

58 STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 18.

59 STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 26.

60 Dos nove presentes, só os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Brito divergiram.

61 STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 122.

à diferenciação de duas espécies de infração: a comum e a política. A segunda delas afasta o pedido de extradição, a primeira, fundamenta. O critério adotado pelo STF para realizar essa distinção leva em conta a prevalência dos elementos do caso: se o caráter político da infração preponderar e os meios empregados não forem atroz, a infração é considerada política, o que leva ao juízo de improcedência do pedido de extradição.⁶² Feitas essas considerações, o Ministro Lewandowski formula a conclusão de seu voto:

Como a Lei de Anistia não cogita de crimes comuns e emprega, de forma tecnicamente equivocada, o conceito de conexão, segue-se que a possibilidade de abertura de persecução penal contra os agentes do Estado que tenham eventualmente cometido os delitos capitulados na legislação penal ordinária, pode, sim, ser desencadeada, desde que se descarte, caso a caso, a prática de um delito de natureza política ou cometido por motivação política.⁶³

Para se chegar a essa conclusão, conclui o Ministro, bastaria seguir a orientação adotada pelo Tribunal para determinar a concessão do pedido de extradição: preponderância dos meios e fins políticos da ação e ausência de atos atroz.⁶⁴ Duas questões devem ser aqui analisadas. A primeira delas foi formulada pelo Ministro Cezar Peluso, logo após a exposição do voto do Ministro Lewandowski – “Se Vossa Excelência está excluindo da anistia a prática, por agentes do Estado, de crime comum, a minha pergunta é: qual o alcance que Vossa Excelência dá à referencia a *crimes de qualquer natureza*, que está no texto legal?”⁶⁵

A pergunta não é retórica. Afinal, se o efeito do voto do Ministro Lewandowski for a inaplicabilidade ou a supressão dos sentidos possíveis da referida expressão, estaremos diante de uma

62 A esse respeito, dentre os muitos julgamentos do STF, ver: Ext. 794/PG, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17 de dezembro de 2001; Ext. 855/CL, rel. Min. Celso de Mello, j. 26 de agosto de 2004; Ext. 1085/IT, rel. Min. Cezar Peluso, j. 16 de dezembro de 2009.

63 STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 127.

64 STF, Ext. 339, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 14 de outubro de 1983.

65 STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 131.

declaração de inconstitucionalidade revestida de interpretação conforme a Constituição. Há ao menos duas razões que impedem que tal resultado ocorra. Primeiro, a jurisprudência do Supremo define a interpretação conforme a Constituição como a técnica decisória em que, frente a uma pluralidade de sentidos normativos possíveis, ao menos um é declarado constitucional.⁶⁶ A declaração de interpretação conforme a Constituição que não salve um dos sentidos possíveis da lei subverte tal orientação jurisprudencial. Mais: um dos requisitos da utilização dessa técnica é a distinção entre texto normativo e norma.⁶⁷ A declaração de interpretação conforme a Constituição que suprima todos os sentidos possíveis de um dispositivo legal desconsidera tal requisito, pois, sob o ângulo da eficácia, tal decisão equivale à declaração da inconstitucionalidade pura do texto normativo. A resposta do Ministro Lewandowski a tais questionamentos foi:

Os votos dos eminentes Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia entenderam que os agentes políticos que atuaram na época do regime autoritário estavam todos automaticamente de forma indistinta e genérica incluídos pela Lei de Anistia (...) segundo o que eu entendo, esse automatismo não existe e será possível a abertura de uma eventual persecução penal contra esses agentes se o juiz ou o tribunal, numa ponderação feita caso a caso, chegarem à conclusão, pelos critérios de preponderância e atrocidade dos meios, segundo a qual, em uma determinada situação preponderam os crimes comuns.⁶⁸

Esse argumento enfrenta sérios obstáculos. Primeiro. A aferição caso a caso da incidência da lei contrasta com o caráter objetivo da anistia. Isso porque, mesmo que ela não seja geral e irrestrita, como se propunha em 1979, essa causa de extinção da punibilidade dirige-se a fatos criminosos, não pessoas. Aliás, se a concessão é realizada para cada caso concreto, a anistia converte-se em graça, ou indulto individual.⁶⁹

66 STF, Rp. 1417/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 9 de dezembro de 1987.

67 A esse respeito, na doutrina estrangeira: ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bolonha: Il Mulino, 1988.

68 STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 132.

69 Sobre tal variação terminológica, ver: SWENSON Jr., Lauro Jaupert. *Anistia penal*,

Segundo. O raciocínio defendido pelo Ministro Lewandowski deve ser analisado globalmente. Duas premissas sustentam sua conclusão. A primeira delas encontra-se na rejeição da conexão dos crimes praticados pelos opositores e agentes do regime de 1964. O afastamento dessa possibilidade de conexão criminal deixaria só uma alternativa àqueles que pretendem ver os apoiadores da ditadura anistiados: enquadrar seus atos na categoria de crimes políticos.

Surge então o segundo pressuposto do argumento defendido pelo Ministro Lewandowski: a análise do conceito de crime político não deveria abarcar atos que atentem contra a vida ou a integridade física de pessoas. A conclusão inevitável que se segue da combinação dessas premissas é aquela defendida pelo autor da ADPF 153/DF: a anistia da Lei 6.883/1979 não teria alcançado os atos daqueles que torturaram ou assassinaram pessoas durante o regime militar brasileiro.

Mas nenhum desses pressupostos é evidente. O primeiro deles não explica porque as hipóteses de conexão previstas na legislação penal devem ser aplicadas ao caso. Ditas normas penais foram criadas por regras infraconstitucionais e podem ser alteradas a qualquer tempo pelo legislador. E sendo a Lei de anistia uma lei da mesma hierarquia do Código Penal, por que ela não poderia criar uma hipótese de conexão não listada nas hipóteses desse último diploma?

Uma das respostas possíveis desse questionamento seria afirmar que o Código Penal revogou a hipótese de conexão contemplada pela Lei de anistia. Porém, como se trata de norma posterior gravosa, essa alteração não poderia suprimir o benefício concedido anteriormente. Uma vez que esse argumento não é explicitado, quer na inicial da arguição, quer no voto do Ministro Lewandowski, é possível concluir que a aplicação ao caso das hipóteses de conexão da legislação penal atual esconde uma forma de retroatividade encoberta, que é mais grave do que a explícita, da lei penal mais gravosa.⁷⁰

ob. cit. p. 145.

70 Acerca da penalização retroativa em processos de justiça de transição e da noção de

Ao que parece, a pretensão dos defensores dessa tese é ainda mais audaciosa: eles pretendem erigir as hipóteses de conexão contempladas pela Lei penal à condição de parâmetro constitucional e, com isso, afastar qualquer extensão de seu sentido ou aplicação. Contudo, não há, quer na Constituição atual, quer na anterior, nenhuma menção às espécies de conexão criminal contempladas pela legislação penal. Na falta de tal parâmetro expresso, caberia ao autor demonstrar qual norma constitucional impede a alteração das espécies de conexão da legislação penal. Mas essa comprovação em nenhum momento ocorreu.

A análise do segundo argumento do Ministro Lewandowski, que busca fundamento na própria concepção de crime político, é mais complexa. Para compreendê-la, é necessário não perder de vista a diferença entre os chamados crimes políticos próprios e impróprios. Quanto à primeira categoria, na falta de legislação que defina o que se entende por crime político,⁷¹ a definição aceita pelo Supremo Tribunal Federal utiliza dois critérios: crime político é aquele que, com finalidade política, atenta contra a organização ou estrutura do Estado. Finalidade política e meio de execução; esses são os elementos que delimitam a categoria dos crimes políticos.

retroatividade encoberta, ver: ALEXY, Robert. *Derecho injusto, retroatividade y principio de legalidad penal*, ob. cit., p. 202; SCHLINK, Bernhard. *Vergangenheitsschuld: Beiträge zu einnem deutschen Thema*. Diogenes Verlag, 2007, p. 49; JAKOBS, Günther. *Crímenes del Estado – ilegalidade en el Estado*. DOXA, n. 17-18 (1995): 445-467, 1995, p. 461; NEUMANN, Ulfred. *Positivismo, realismo e moralismo jurídicos no debate sobre a contribuição do direito penal para a transição de sistemas políticos*. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antônio; SWENSON Jr., Lauro Jaupert (org.). *Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131. Acerca da impossibilidade de decisões interpretativas, com efeitos retroativos, de leis penais que agravem a situação do acusado, ver: MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 107.

71 No direito comparado, encontramos a definição de crime político na legislação penal italiana, segundo a qual: “*Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici*” (art. 8º, CP italiano).

A subdivisão dessa categoria em crimes políticos puros e impróprios decorre da existência de hipóteses em que o pedido de extradição se funda na prática de infrações políticas e comuns. Nesses casos, para se determinar o sentido do juízo de extradição, o Tribunal utiliza dois critérios: a predominância dos motivos políticos frente aos comuns e a ausência da prática de “atos atrozés”.⁷²

Há duas questões nesse ponto. A primeira é definir o que significa “motivação política”. Uma concepção restritiva desse conceito, tal qual a defendida pelo autor da ADPF 153, leva à seguinte conclusão: os atos dos agentes que trabalhavam para o regime de 1964 não se enquadram na categoria “crime político”, pois não visavam atingir, ou subverter, a organização do Estado. Nessa linha, Weichert e Fávero sustentaram que “os crimes praticados pelos agentes estatais na repressão à dissidência política não visavam atingir o Estado. Ao contrário, objetivavam protegê-lo contra os que pretendiam abalar o seu poder”.⁷³

A história existe para comprovar que nem sempre é isso o que ocorre. Na década de 40, o general Raoul Salan fazia parte do Estado-Maior francês sediado na África e em 1951 tornou-se o alto comissário da república francesa no Vietnã. Contudo, após desentendimentos com o General De Gaulle em 1960, fundou uma organização secreta que realizou atentados contra o Governo e a população francesa sediados em Argel e até na França. Antes de sua condenação à pena de morte pelo alto Tribunal Militar francês, suas últimas palavras foram: “Só abrirei a boca para clamar: *Vive la France*”.⁷⁴ No Brasil, o embate entre os Generais Ernesto Geisel e Sylvio Frota em torno da proposta de distensão do regime culminou na tentativa de golpe de 12 de outubro de 1977, na qual o último acusou o primeiro de “complacência criminosa com a infiltração comunista” e convocou os comandos do exército de Porto Alegre,

72 Tais requisitos estão previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 7.170/83.

73 WEICHERT, Marlon Alberto; FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *A responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar*, ob. cit., p. 550.

74 SCHMITT, Carl. *O conceito do político/Teoria do partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 214.

São Paulo, Rio de Janeiro e Recife a auxiliarem na tomada do palácio do planalto.⁷⁵ O conflito foi gestado anos antes, quando do embate entre o General Ednardo D'Ávila e o Governador Paulo Egídio Martins desaguou na morte de Vladimir Herzog. O caso também resultou em um confronto de Frota, então cotado para a sucessão da presidência, e Geisel, em que esse teria dito: “Escolham lá um presidente e venham me substituir”.⁷⁶

Os dois eventos mostram que em um regime de exceção, o inimigo nem sempre é ostensivo. Ao contrário, ele muitas vezes está no colaborador mais próximo. Como se não bastasse essa oposição entre aliados políticos, a completa falta de transparência, a burocracia excessiva e incompreensível e a retórica ilusória dos regimes ditatoriais são catalizadores de uma anarquia institucional generalizada. Tudo isso faz com que a negação da prática da tortura pelo governo militar brasileiro tenha um duplo efeito.

Primeiro, como esse discurso não correspondia à prática dos quartéis, a linha que separa o permitido do condenado se dissolve. Com isso, “o porão ganha o privilégio de uma legitimidade excepcional”.⁷⁷ Por outro lado, o torturador vê o hierarca que nega o suplício dos interrogados como um potencial oponente. Nada lhe garante que, em uma reviravolta do regime, os apoiadores da nova ordem façam cumprir as falsas promessas humanitárias do antigo comandante.⁷⁸ Esse jogo de oposições e desconfianças leva à conclusão apresentada por Hannah Arendt: “Nas condições do regime totalitário, a categoria dos suspeitos compreende toda a população, todo pensamento que se desvia da linha oficialmente

75 GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Cia das Letras, 2002, p. 25.

76 GASPARI, Elio. *A ditadura encurradala*. São Paulo: Cia das Letras, 2004, p. 191.

77 GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Cia das Letras, 2002, p. 23.

78 GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Cia das Letras, 2002, p. 23. De forma semelhante, ver artigo do mesmo autor publicado na Folha de São Paulo no dia 10 de março de 2013, intitulado *O quartel da PE e a morte de Rubens Paiva*, onde se afirma que “o silêncio dos comandantes militares em torno dos crimes cometidos em quartéis por oficiais da ditadura teve três efeitos sucessivos: No primeiro, negando que as torturas e os assassinatos tenham ocorrido, contaminaram as instituições militares nacionais”.

prescrita e permanentemente mutável já é suspeito, não importa o campo de atividade humana em que isso ocorra”.⁷⁹

Nessas condições, o combate não tem oponentes definidos e o aliado do governo de hoje sempre pode ser o oponente de amanhã. Não se pode dizer, portanto, que atos de tortura não possam também ser contrários à ordem estabelecida. Sendo assim, o torturador e o terrorista podem ser apresentados como verso e reverso de uma mesma relação de poder de exceção. Não que ambos tenham a mesma força bélica e política, nem que a atitude de um justifique a do outro. Mas ambos estão localizados em um limiar em que a força se confunde com a legalidade e em que o inimigo potencial é desconhecido.⁸⁰ Se esses pressupostos forem aceitos, parece ser difícil negar que atos criminosos praticados nos porões da ditadura também possam em tese ser considerados crimes praticados por motivação política.⁸¹

De toda forma, não é aceitável a interpretação que vê no art. 1º, § 1º, da Lei de anistia única e tão somente as figuras dos crimes políticos próprios e impróprios.⁸² O dispositivo fala em crimes políticos, sem especificar se próprios ou impróprios, e crimes de qualquer natureza praticados com motivação política. Para os efeitos dessa Lei, tratam-se de categorias distintas. E o crime político impróprio não deixa de ser um crime político, até porque, no que diz respeito ao processo de extradição, não há nenhuma distinção de efeitos entre eles. Não tem sentido, portanto, afirmar que o crime com motivação política identifica-se com o crime político impróprio, pois essa última categoria já está compreendida no conceito de crime político em geral.

79 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 2007, p. 481.

80 A esse respeito: AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

81 Nesse sentido: SWENSON Jr., Lauro Jaupert. *Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate*, ob. cit., p. 138.

82 Defendendo esse argumento: WEICHERT, Marlon Alberto; FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *A responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar*, ob. cit., p. 552.

A afirmação de que o agente estatal nunca se opõe ao regime ditatorial é duvidosa e, no limite, historicamente ingênua. Ela também esconde uma opção do analista por um dos lados do conflito. Essas opções existem e são válidas em um debate moral e ético. Mas quando o julgamento jurídico exige do observador um mínimo de neutralidade, temos de nos afastar de pré-compreensões subjetivas e buscar construir um raciocínio objetivo. Com isso, a referência à “tirania dos valores”, que consta da ementa da decisão da ADPF 153/DF e foi um dos fundamentos do voto do relator, pode ser compreendida:

Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas tem preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quanto participam do gênero humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor.⁸³

Valores estão sempre em conflito. Isso faz com que toda afirmação de um valor seja também a tomada de posição política, pois a valorização de um ponto de vista implica sempre na desvalorização do oponente.⁸⁴ Essa tensão de valores está pressuposta no voto do Ministro Ayres Brito: “O torturador é um monstro, é um desnaturado”.⁸⁵ A afirmação é exemplar, pois nela o Ministro não ataca os atos praticados pelos agentes do regime militar. A desvalorização dirige-se ao agente que se opõe ao valor defendido pelo julgador. Mas trata-se de um desvalor seletivo, pois esconde que “a maioria dos brasileiros apoiou ativa ou passivamente a ditadura”.⁸⁶

83 STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 23.

84 Na língua alemã, esse jogo de oposições envolve o contraste dos termos *Wert* (valor), *Unwert* (desvalor). Schmitt se vale dessa proximidade semântica para descrever o conflito dos valores: “Niemand kann werten ohne abzuwerten, aufzuwerten und zu verwerten. Wer Werte setzt, hat sich damit gegen Unwerte abgesetzt” (*Die Tyrannie der Werte*. 3. Auflage, Berlin: Duncker und Humblot, 2011, p. 46).

85 STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 140.

86 SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. *Anistia*: a política além da justiça e da verdade, ob. cit., p. 95.

Não que esse apoio justifique a prática de quaisquer atos, por mais condenáveis e atrozes que sejam. Todavia, como a condenação seletiva e apelativa⁸⁷ dos acusados de tais práticas não pode fundamentar sua parcialidade, resta somente concluir que a essa tomada de posição estão implícitas a perpetuação do conflito e a dimensão da luta. Taxar os atos praticados por agentes da ditadura de perversos, atrozes e desumanos não é uma simples constatação. É também um juízo de seleção e depreciação, que envolve a valorização de um dos lados do conflito em detrimento do outro. Cidadãos, políticos e ativistas podem e devem tomar posição nesse conflito. É duvidoso que um juiz deva ter a mesma postura.

A tentativa de assimilar o conceito de crime de motivação política ao conceito de crime político encerra, portanto, mais que uma tentativa dissimulada de declarar a inconstitucionalidade de parte, ou de uma das possibilidades de interpretação, do dispositivo em questão sem indicar um fundamento constitucional convincente para tanto. Ela pressupõe também a retomada do confronto ideológico e o sepultamento de toda a pretensão de pacificação. Esse é mais um dos mistérios que circunda o pedido de interpretação conforme a Constituição da Lei 6.883/79: a pretexto de reinterpretar a Lei de Anistia de 1979, o autor da arguição subverte a principal finalidade dessa norma. Outro, ao meu ver mais grave, é: detalhes e discussões técnicas e complexas como essas devem ser objeto de discussão em nosso modelo de justiça de transição? Minha resposta é negativa.

Ao concentrarmos nossas atenções e esforços na interpretação de regras jurídicas específicas e técnicas, que necessariamente deverão ser analisadas em um processo judicial, a visão global dos fins que devem ser alcançados com a justiça de transição se esvai. E essa é uma triste contradição: grandes esforços são empreendidos em discussões jurídicas, enquanto a maior parte da população não mostra interesse em saber o que ocorreu nos mais de vinte anos de

87 Aqui a apelação está na referência jusnaturalista a valores de superior hierarquia. Para uma explicitação dessa terminologia, ver: NEUMANN, Ulfrid. *Positivismo, realismo e moralismo jurídicos no debate sobre a contribuição do direito penal para a transição de sistemas políticos*, ob. cit., p. 144.

ditadura militar brasileira. Seria necessário criar uma campanha de conscientização e educação pública, não só para que a população reconheça o sofrimento das vítimas do regime, mas também para que a visão dos horrores do passado previna sua repetição no futuro. Enquanto isso não ocorrer, não só nosso passado, mas também o futuro será um grande mistério.

4 O MISTÉRIO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Um dos fundamentos apresentados pela AGU visando impedir o conhecimento da ADPF n. 153/DF relacionava-se com a amplitude do objeto impugnado na referida arguição. A inicial dirige-se contra a Lei n. 6.883/79, contudo a Emenda constitucional n. 26/85 à Constituição de 1969 também contém dispositivo – artigo 4º – que trata da anistia dos crimes políticos e conexos cometidos entre 2 setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A primeira consequência de tal incompletude seria a inadmissibilidade da demanda, vez que a declaração da invalidade da lei questionada não teria os efeitos práticos pretendidos pelo autor. Isso porque o Tribunal não pode agir *ex officio* para incluir no objeto da ação outras normas ligadas à impugnada, mas omitidas pelo requerente.⁸⁸ Disso resultaria também a impossibilidade de se atacar a validade da Lei de anistia, vez que tal Emenda constitucional convocou a Assembleia constituinte instalada em 1987. Haveriam, portanto, duas alternativas excludentes, ambas levando à improcedência da arguição: o objeto da impugnação foi insuficiente e deve ser integrado pelo Tribunal, mas suprir tal omissão significa questionar a validade da norma que convocou a manifestação do Poder constituinte originário, do qual resultou a Constituição atual.

O parecer apresentado pela Procuradoria da República busca contornar essa dificuldade com duas observações. Primeiro, diz a PGR, as redações dos dispositivos impugnados da Lei de anistia

88 Na doutrina, a esse respeito, ver: Dutra, 2012, p. 134. Quanto a esse tema, jurisprudência do Supremo é farta, como se observa nos seguintes julgados: ADI 1187/DF, rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 27 de março de 1996; ADI 1622/DF, rel. Min. Nelson Jobim, j. 30 de outubro de 1997.

e da EC 26/85 são diversas e, portanto, a impugnação de uma delas não pressupõe a da outra. Já a segunda observação diz que o “texto constitucional reforçou apenas a previsão da anistia para os autores de crimes políticos e conexos, mas não tratou, sequer indiretamente, da definição dos crimes dos agentes públicos que reprimiram os opositores do regime militar”.⁸⁹

Os argumentos são inaceitáveis. O primeiro deles desconsidera que a norma veiculada em um texto normativo independe de sua redação. É perfeitamente possível que o mesmo conteúdo normativo seja veiculado por duas normas com redações diversas. De outro lado, um mesmo texto legal pode comportar inúmeras interpretações e, conseqüentemente, albergar diversas normas.⁹⁰ Se isso é certo, não é a expressão textual de dois dispositivos que faz que com eles contenham normas diversas. Ao contrário, mesmo a diversidade de textos, pode remeter ao mesmo conteúdo normativo.

A segunda observação da PGR enfrenta dois inconvenientes. Ambos decorrem de sua própria constatação: o texto da EC 26/85 teria “apenas” reforçado a previsão da anistia para os crimes políticos e conexos. Se é assim, temos de confrontar a norma “reforçada” com a norma “reforçadora”.

Desse confronto, segue-se primeiramente que a anistia concedida pela Emenda não apresenta as exceções da Lei. Efetivamente, o texto constitucional nada diz acerca dos condenados pela prática de terrorismo, assalto, sequestro ou atentado pessoal. Nesse sentido, a abrangência da anistia constitucional é maior do que a legal. Mas ambos os textos falam em “crimes conexos” e aqui se abre uma disjunção de possibilidades interpretativas: ou a norma constitucional se refere à noção de conexão da Lei de anistia, ou ela remete às hipóteses do Código Penal. A primeira hipótese leva à conclusão apresentada pela AGU – a arguição não era admissível pois há duas normas, uma constitucional e outra legal, que anistiam

89 Parecer n. 1218-PGR-RG, ADPF 153/DF, p. 13.

90 Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1024; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

os crimes cometidos durante o regime militar, mas só uma delas foi impugnada. A segunda hipótese – remissão da Emenda ao Código Penal, cuja parte geral foi alterada em 1984 – poderia levar à conclusão pretendida pelo autor da ação, mas teria ainda de superar o problema do efeito retroativo da incidência da Lei penal posterior mais gravosa. Não parece ser esse o caso.

Mas não precisamos ir tão longe nas abstrações. O exame da história demonstra que tal alternativa de interpretações é apenas hipotética, pois a discussão dessa matéria na assembleia constituinte sempre teve como pano de fundo a Lei de anistia de 1979. O texto da referida Emenda constitucional foi enviado ao Congresso no primeiro semestre 1985 pelo então presidente da República José Sarney. Concomitantemente, foi apresentada uma proposta de revisão da Lei de anistia para atender as reivindicações da Associação democrática e nacionalista dos militares (ADNM). Ao justificar a tramitação desse projeto, o Deputado Alencar Furtado (PMDB-PR) sustentou que a anistia de 1979 não foi ampla e irrestrita no que diz respeito ao direito de reintegração e indenização dos oficiais demitidos durante o regime. Disso resultou uma proposta que vinculava a reformulação da anistia à convocação da Assembleia constituinte.

A defesa do Governo de uma anistia menos abrangente foi contrastada com as críticas da oposição, que resultaram no envio de um substitutivo elaborado pelo deputado Jorge Uequet (PMDB-RG). A proposta da oposição desvinculava as votações da anistia e da convocação constituinte e em um primeiro momento obteve apoio incondicional dos parlamentares filiados ao PMDB e daqueles que foram de alguma forma perseguidos pela ditadura.⁹¹

Sob pressão dos ministros do Exército, Marinha e Aeronáutica, o presidente José Sarney passou a defender a proposta mais restrita de anistia. A oposição ainda apresentou um texto substitutivo, relatado pelo deputado Flávio Bierrembach (PMDB-SP), mas a proposta foi rejeitada com amplo apoio da própria base oposicionista. O próprio Ulisses Guimarães, que antes se declarara

91 Referências e dados a esse respeito são encontrados em: HORTA, Rui Machado. *Direito constitucional*, 5ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 20 e ss.

contrário à proposta do Governo, votou contra a emenda Uequed. Alegou que a aprovação da proposta da oposição comprometeria a estabilidade institucional. Foi então aprovada a proposta governista, encampada pela proposição do deputado Valmor Giavarina (PMDB-PR), que estendia a anistia de 1979 e reconhecia o direito dos servidores afastados, como promoções a que fariam direito. Por outro lado, condicionava a readmissão dos servidores à iniciativa e necessidade da Administração Pública e afastava a possibilidade de indenização pelo período de afastamento. Foi exatamente essa composição de interesses que deu origem ao art. 4º, da EC n. 26/85.⁹²

Vê-se então que a possibilidade de interpretação que desvincula a Lei de anistia e a EC 26/85 tem poucos fundamentos históricos. Assim, para afastar as conclusões apresentadas pela AGU seriam necessárias outras vias argumentativas que não as desenvolvidas pela Procuradoria da República. Foi o que pretenderam fazer os Ministros Cármen Lúcia e Ayres Brito. Para tal Ministra, duas observações poderiam afastar o problema. Primeiro, diz ela, é a incidência da Lei de anistia, não da Emenda constitucional, que causa a controvérsia relevante debatida nos autos. Fora isso, ainda no entender da Ministra, mesmo que se admita que a EC 26/85 substitui a Lei de anistia, a controvérsia acerca dos crimes políticos e conexos terá de ser solucionada.⁹³

Ocorre que tal controvérsia não foi comprovada pelo autor da arguição.⁹⁴ Mais: há sim precedentes, alguns deles citados no próprio parecer da AGU, que vinculam a Lei de anistia à EC 26/85. A primeira das observações da Ministra é, portanto, incorreta. A segunda é um contrassenso. Isso porque, uma vez que se admita que a mesma norma consta da Lei e da Emenda, segue-se que a própria aferição da constitucionalidade de tal interpretação normativa está vedada. A não ser que se reconheça a possibilidade de o confronto de

92 A descrição detalhada desse processo é encontrada em MACHADO, Flávia Burlamaqui. *As Forças Armadas, a anistia de 1979 e os militares cassados*. Militares e Política, n.º 6 jan./jun. 2010, pp. 130 e seguintes.

93 STF, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 83.

94 Ver a esse respeito o item 1 deste estudo.

normas do mesmo escalão normativo – constitucionais – acarretar a invalidade de uma delas.

Isso mostra que a questão a ser aqui desvendada está, na verdade, na relação da EC 26/85 com a nova ordem constitucional. Essa questão foi apresentada na seguinte passagem do voto do Ministro relator:

A Emenda constitucional n. 26/85 inaugura a nova ordem constitucional. Consubstancia a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988. Consubstancia, nesse sentido, a *revolução branca*, que a essa confere legitimidade. Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental.⁹⁵

A razão encontrada pelo Ministro Ayres Brito para atacar tal conclusão encontra-se em uma das características do Poder constituinte originário: a incondicionalidade. Em suas palavras: “Ninguém pode impor sua vontade a uma Assembleia nacional constituinte, nem mesmo o autor do ato de sua convocação, tampouco o ato em si de tal convocação, porque uma Assembleia nacional constituinte tem o poder de tudo poder”.⁹⁶ Em outros termos: o raciocínio apresentado pelo Ministro Aires Brito sustenta que, apesar de dispositivos que tratam da anistia de 1979 efetivamente constarem da EC 26/85 e a despeito de essa última efetivamente representar a quebra da ordem constitucional anterior, a Assembleia constituinte poderia a qualquer momento alterar o ato de sua convocação e, com isso, afastar a constitucionalidade daquela norma.

Aqui não é o lugar apropriado para aprofundar a análise da teoria do poder constituinte e dos seus limites.⁹⁷ Basta observar que duas ideias são comumente apresentadas para indicar os limites ao poder constituinte originário. Por um lado, pode-se afirmar que nem

95 STE, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 44.

96 STE, ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29 de abril de 2010, p. 145.

97 Uma crítica da visão acerca da doutrina da incondicionalidade do poder constituinte originário pode ser encontrada em MÜLLER, Friedrich. **Fragmento Sobre o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 119 e ss.

todo conteúdo pode ser constitucionalizado e, dessa forma, haveriam matérias que, mesmo após deliberação do poder constituinte originário, não poderiam ser inseridas em constituições. Haveria um conjunto de normas que condicionam a atuação do próprio órgão constituinte.⁹⁸ De outro lado, como toda e qualquer manifestação complexa de um conjunto de vontades e visões de mundo, o poder constituinte é realizado por uma série encadeada de atos e acordos. Pode-se então falar em processo, e não ato, constituinte e também em limitações formais ao poder constituinte originário.

A história do Brasil conheceu alguns desses exemplos. A convocação da manifestação do poder constituinte que criaria a Constituição Federal de 1934 impunha a manutenção da forma republicana e federativa de Estado, a não restrição das competências municipais e das garantias individuais constantes da Constituição de 24 de fevereiro de 1891 (art. 12, Decreto n. 19.398/30). A assembleia convocada em 1945 também conheceu limites: a legitimidade da eleição do Presidente da República não podia ser contestada. No direito estrangeiro, na Itália e Portugal também houve casos de limitação originária do poder constituinte. Parece ser o bastante para se chegar à conclusão de que o pressuposto de que parte o raciocínio do Ministro Ayres Brito é historicamente infundado.

De toda forma, esse ponto poderia ser enfrentado de maneira muito simples, pois a hipótese aventada pelo Ministro Ayres Brito não se concretizou: a Assembleia constituinte instalada em 1987 em nenhum momento afastou os limites da EC 26/85. Ao contrário, o fato de que as votações para a aprovação de normas constitucionais na Assembleia constituinte foram por maioria simples, quórum exigido pelo art. 3º da referida Emenda, indica a vinculação dos trabalhos a essa norma. Não há notícia de uma manifestação expressa dos constituintes no sentido da rejeição do

98 A esse respeito, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 81. Hans Kelsen tratou do tema em seu parecer acerca dos limites da atuação da assembleia constituinte de 1933. Tal texto foi publicado em: KELSEN, Hans. A competência da Assembléia Nacional Constituinte de 1933/34 (Parecer). In: SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 215-219.

que diz qualquer das normas de tal Emenda. E houve oportunidade e lugar para isso: o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais concede anistia aos atingidos por atos de exceção desde 1946 até a data da promulgação da nova Constituição. Seria possível afirmar que tal dispositivo cita os atingidos pelo Decreto Legislativo 18 de 1961, pelo Decreto-Lei 864 de 1969, pelo Decreto-Lei 1.632 de 1978, mas silencia acerca da Lei 6.683 de 1979. Mas é muito difícil extrair disso que essa Lei tenha sido tacitamente revogada pela Constituição vigente. Interpretar esse silêncio como um ato de revogação é inverter completamente a ordem dos fatos, pois se há alguma certeza nesse processo todo é que a Constituição de 1988 é o resultado dos trabalhos da Assembleia constituinte de 1987, que, por sua vez, foi convocada pela EC 26/85. Se essa cadeia foi quebrada em algum momento, como pressupõe o Ministro Ayres Brito, esse fato deve ser provado. Mas cabe a quem impugna a validade da Lei de anistia (Lei 6.683/79) demonstrar que isso ocorreu. Sem isso, as afirmações de que o poder constituinte originário é um poder incondicionado e de que a assembleia constituinte poderia a qualquer momento alterar o estatuto de sua convocação, não são nada além de frutos de uma teoria razoavelmente fundamentada, mas sem nenhuma aplicação ao caso em questão.

A única forma de contornar esse problema é inverter completamente os termos da discussão e afirmar que a própria Emenda que convocou a assembleia constituinte é inconstitucional por afrontar normas internacionais.⁹⁹ A inversão de perspectivas é bem clara: enquanto no argumento anterior se afirmava, com bons fundamentos teóricos, mas com pouca base fática, que, por ser livre, o constituinte poderia teoricamente ter alterado as condições de seu ato de convocação, o argumento é agora inverso e pretende demonstrar que, desde o início e mesmo sem a EC 26/85, os trabalhos constituintes eram condicionados por normas criadas por outras instâncias de decisão.

99 Para uma utilização de tal argumentação, cf.: TORELLY, Marcelo D. **Justiça de transição e Estado constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

Essa argumentação é ousada em todos os sentidos. Por meio da observação de seus pressupostos e efeitos, tal ousadia pode ser percebida com facilidade. O pressuposto evidente de tal argumento é que sobre e acima da manifestação do poder constituinte há um outro poder, que impõe deveres e condiciona a conduta da assembleia constituinte. Dois problemas surgem. Primeiro. Se o poder constituinte originário está sujeito à observância de outras normas e tais normas emanam de outra instituição, teremos de concluir que o poder constituinte originário foi transferido e não mais pertence à Assembleia constituinte. Mas nada impediria que o próprio poder que condiciona a atuação da Assembleia também tenha de observar outras regras, caso em que ele também transferirá o exercício do poder constituinte.¹⁰⁰ Não há fim possível em uma cadeia de pressuposições como essa. A pergunta que deve ser respondida por aqueles que defendem a invalidade da própria EC 26/85 é então: se essa norma estava condicionada a um poder constituinte superior, que poder é esse e de onde vem a sua legitimidade? Sem que essa questão seja respondida, a validade desse ato de convocação permanece intacta.

Sob o ponto de vista dos efeitos, a ousadia da defesa da inconstitucionalidade da EC 26/85 fica inda mais evidente. Se essa tese for verdadeira, toda a ordem constitucional iniciada em 1988 nada mais é do que um arremedo de democracia que esconde a invalidade de seu próprio ato de convocação. Mais grave seria saber que, com base em parâmetros indefinidos e abstratos acerca do que é ou não correto em uma transição democrática, todo o sistema constitucional construído durante quase trinta anos e com grandes esforços intelectuais e humanos irá repentinamente por água abaixo. É um mistério saber se os defensores da revisão da interpretação da Lei de anistia pretendem chegar a tanto na defesa de sua pretensão. Mas todo esse cenário seria ainda mais incerto e

100 Temos aqui um problema de cadeia infinita de normas de legitimação e validade. A esse respeito, na doutrina, ver: SILVA, Virgílio Afonso. **Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado**: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão de da alteração do *quorum* de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. RDA 226 (2001): p. 11-32, p. 23; ROSS, Alf. **On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law**, Mind, 78, 1969, 1969.

perigoso se o Supremo não considerasse que sua decisão poderia surtir tais efeitos. E nesse ponto, a mensagem da Corte não tem mistério: para nós, é mais importante garantir estabilidade do futuro que reviver a luta do passado.

5 CONCLUSÕES

Chego à conclusão deste estudo sem ter abordado algumas questões que foram debatidas na ADPF 153/DF. Penso que, em geral, essas questões tiveram pouca importância na definição do resultado do julgamento. Há uma só que, mesmo desconsiderada pelos votos de quase todos os Ministros,¹⁰¹ deve ser comentada. O argumento é o seguinte: a Lei de anistia brasileira é inválida, vez que aprovada enquanto ainda vigia o governo militar. Dessa constatação segue-se a conclusão que busca fundamento em julgamentos de Cortes internacionais, nas quais a validade das chamadas leis de auto-anistia é fulminada.¹⁰² Essa conclusão enfrenta ao menos dois graves inconvenientes.

Primeiro, mesmo que se abstraia que os partidos de oposição participaram ativamente no processo de aprovação da Lei de anistia,¹⁰³ o fato de a anistia ter sido rediscutida e votada durante a convocação da Assembleia constituinte afasta a pecha da auto-anistia. Tal discussão ocorreu em 1985, quando o pluripartidarismo já havia sido reestabelecido e a liberdade do congresso, garantida. Afirmar que nessa data o Congresso não tinha a necessária independência e imparcialidade para examinar o tema da anistia é atacar não só a impunidade dos colaboradores do regime militar, mas também a legitimidade de todo o processo constituinte. Tal

101 O único que enfrentou esse problema foi o Ministro Celso de Mello.

102 Nesse sentido: PIOVESAN, Flávia. **Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro**, ob. cit., 2009. Exemplo jurisprudencial desse entendimento é encontrada na sentença do caso Barrios Altos, julgado pela Corte interamericana de Direitos Humanos (Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001).

103 Para um detalhamento dessa participação, ver: SWENSON Jr., Lauro Jaupert. **Anistia penal**, ob. cit. p. 170.

argumento nada mais é, portanto, do que uma variante da tese da invalidade da convocação constituinte. Da mesma forma que essa tese não pode ser aceita sem dissolver toda a ordem constitucional, não se pode dizer que a anistia brasileira seja uma auto-anistia, tal qual as praticadas em outros países da América latina.

Finalizo com duas observações. A primeira: já é passada a hora de se tratar a decisão da ADPF 153/DF com o devido respeito, não só porque os argumentos da corrente vencedora são plausíveis, o que não desqualifica o valor das razões contrárias, mas também pelos efeitos e pelas mensagens que se encontram implícitas em tal decisão. A todo momento, os Ministros, sejam os que votaram a favor seja os que votaram contra a revogação da lei de anistia, fizeram questão de salientar que o julgamento de tal arguição não tem qualquer relação com a questão apuração da “verdade histórica” e do resgate da memória do período ditatorial. Seriam mais explícitos se tivessem dito que o julgamento em questão trata simplesmente da possibilidade de responsabilização penal de eventuais colaboradores da ditadura militar, que é uma das muitas finalidades dos processos de transição democrática. Fora isso, poderiam também ter dito que a não punibilidade dos referidos agentes no âmbito jurídico nada tem a ver com a reprobabilidade moral e ética de atos que atentaram contra a integridade física e psíquica de opositores políticos. O juízo da atrocidade moral independe das consequências jurídicas desses atos.

Dessa observação decorre uma segunda conclusão. A busca incansável pela penalização criminal, que alguns denominam fetiche da pena,¹⁰⁴ faz com que outras possibilidades da justiça de transição brasileira sejam esquecidas. Há aqui um duplo equívoco. Primeiro. Casos como o da África do sul, onde a anistia foi concedida àqueles que contribuísssem com a apuração dos fatos ocorridos no regime de *apartheid*, indicam que a punição não é o único caminho para a superação dos traumas do passado. Mas tais diretrizes do processo de transição democrática só podem ser definidas por um planejamento global, que necessariamente deve ser debatido com

104 O termo é utilizado por Dimoulis e Sabatel em: SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. *Anistia: a política além da justiça e da verdade*, ob. cit., 2009.

base em pesquisa, cautela e racionalidade. Pensar que um grupo de homens, reunidos no plenário de um Tribunal, seja ele nacional ou internacional, possa dar conta de uma tarefa que envolve tantos elementos sociológicos, políticos, jurídicos e emocionais, nada mais é do que uma misteriosa ilusão.

Não se trata aqui de afirmar que o Supremo Tribunal Federal não possa abordar questões controvertidas e de cunho político. Esse é um problema mais amplo, cuja análise ultrapassa as pretensões deste texto. Mas se o que efetivamente está em questão é a tomada de posição em uma luta ideológica, optar por um dos lados da disputa não é só um julgamento, mas uma declaração de inimizade e, no limite, de guerra. Se o Supremo presa pela estabilidade institucional, esses aspectos devem ser considerados no julgamento e na interpretação da Lei de anistia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroatividade y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicídios cometidos por los centinelas del Muro de Berlin. **DOXA**, n. 23 (2000): pp. 197 a 230.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. I.

BARROSSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BATISTA, Nilo. Nota introdutória, In: DIMOULIS, Dimitri et al. (orgs.). **Justiça de transição no Brasil**, São Paulo: Saraiva, 2010.

BERGSON, Henri. **Les deux sources de la morale et de la religion**. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

BLUMENSON, Eric. **National amnesties and international justice**. Eyes on the ICC, Vol. 2, No. 1, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

CRUZ, Gabriel Dias Marques. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Anistia para quem? In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil: hipostasias indevidas e caminhos de responsabilização. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antônio; SWENSON Jr., Lauro Jaupert (org.). **Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ELIANE, Mircea. **O Sagrado e o profano**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELSTER, Jon. Redemption for wrongdoing: the fate of collaborators after 1945. **Transitional justice** (jun. 2006): pp. 324-338.

FRAGOSO, Fernando. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

____. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

____. **A ditadura encurralada**. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

GIBSON, J. L. **The Contributions of Truth to Reconciliation: Lessons from South Africa**, *The Journal of Conflict Resolution*, v. 50, n. 3, jun. 2006. p. 409-432.

HART, H. L. A. **Positivism and the separation of law and morals**. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4 (1958): 592-629.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Edição 34, 2003.

HORTA, Rui Machado. **Direito constitucional**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JAKOBS, Günther. **Crímenes del Estado – ilegalidade en el Estado**. *DOXA*, n. 17-18 (1995): 445-467.

KELSEN, Hans. **A competência da Assembléia Nacional Constituinte de 1933/34 (Parecer)**. In: SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997

LAURENTIIS, Lucas Catib De. **Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MACHADO, Flávia Burlamaqui. **As Forças Armadas, a anistia de 1979 e os militares cassados**. *Militares e Política*, n.º 6 (jan.-jun. 2010), pp. 114-140.

MAZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro I: a anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

MERTENS, Thomas. **Radbruch and Hart an the grudge informer: a reconsideration**. *Ratio juris*, v. 15, n. 2 (2002): 186-205.

MORAIS, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009, 13-115.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento Sobre o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEUMANN, Ulfried. Positivismo, realismo e moralismo jurídicos no debate sobre a contribuição do direito penal para a transição de sistemas políticos. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antônio; SWENSON Jr., Lauro Jaupert (org.). **Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Shimada (coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

QUINT, Peter E. Judging the past: the prosecution of east german border guards and the GDR chain of command. **The review of politics**, v. 61, n. 2 (1999): 303-329.

RADBRUCH, Gustav. Gesetliches Unrecht und übergesetzliches Recht. **Süddeutsche Juristenzeitung**, v. 1 (1946): 105-108.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito constitucional**. São Paulo: Verbatin, 2010.

ROSS, Alf. On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law, **Mind**, 78, 1969.

SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. Anistia: a política além da justiça e da verdade. **Revista acervo**, v. 24, n.1, Rio de Janeiro, jan./jun. (2011): 79-102.

SCHLINK, Bernhard. **Vergangenheitsschuld: Beiträge zu einnem deutschen Thema**. Diogenes Verlag, 2007.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político/Teoria do partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Die Tyrannei der Werte**. 3. Auflage, Berlin: Duncker und Humblot, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. Transição e direito: culpa, punição, memória. In: Helmut Galle/ Reiner Schmidt (orgs.). **A memória e as ciências humanas**. São Paulo: Humanitas, 2011: 87-116.

_____. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão de da alteração do *quorum* de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. **RD** 226 (2001): p. 11-32.

SWENSON Jr., Lauro Jaupert. **Anistia penal**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antônio; SWENSON Jr., Lauro Jaupert (org.). **Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix. **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a justiça de transição, 2011.

TELES, Edson Luís de Almeida. Brasil e África do Sul: rupturas e continuidades nas transições políticas. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Shimada (coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

TORELLY, Marcelo D. **Justiça de transição e Estado constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

WEICHERT, Marlon Alberto; FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. A responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar. SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel;

BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bolonha: Il Mulino, 1988.

Meus sinceros agradecimentos aos amigos Guilherme Forma Klafke e Rodrigo Cadore pela leitura, as observações e as críticas às primeiras versões deste texto.

Recebido em 03/12/2013.

Aprovado em 26/05/2014.