

## A Constitucionalidade Da Lei Da Anistia E As Implicações Do Julgamento Do Caso Gomes Lund

**Henrique Breda Cavalcanti**

Mestrando em Direito na Universidade Federal da Bahia.

Email: henriquebreda10@hotmail.com

**Nelson Cerqueira**

Doutor em Literatura Comparada - Indiana University. Professor Adjunto da Faculdade Helio Rocha e professor colaborador do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA.

Email: nelsoncerqueira1@gmail.com

**Resumo:** O presente trabalho visa analisar a constitucionalidade da Lei da Anistia (Lei 6.683/1979) e as potenciais repercussões do julgamento do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Promulgada quando da transição do Regime Militar brasileiro para a Nova República, a referida lei anistiou graves violações de direitos humanos cometidas contra militares e civis durante o período ditatorial. O STF confirmou em 2010 a validade dessa lei em face da Constituição Federal de 1988, mas naquele mesmo ano a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) julgou-a incompatível com o Pacto de San José da Costa Rica. O estudo deste tema visa, através do método hipotético-dedutivo, analisar os argumentos apresentados pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) contra a Lei da Anistia para constatar ou não sua validade e, em seguida, refletir sobre as possíveis implicações da decisão da Corte IDH no que tange especificamente ao ordenamento jurídico interno brasileiro. Conclui-se que a Lei da Anistia é constitucional e que invalidá-la com base na jurisprudência superveniente da Corte IDH violaria o princípio da segurança jurídica, razão pela qual o veredito internacional não pode ter repercussões jurídicas internas no Brasil.

**Palavras-chave:** Anistia. Constitucionalidade. Convencionalidade. Ditadura. Direitos humanos. Justiça de transição. Jurisdição internacional.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **A Constitucionalidade Da Lei Da Anistia E As Implicações Do Julgamento Do Caso Gomes Lund**

Henrique Breda Cavalcanti

Nelson Cerqueira

### **1 INTRODUÇÃO**

Em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) 153 (Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2010, DJe 05/08/2010), na qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) questionava a validade da Lei da Anistia (Lei 6.683/1979) em face da Constituição Federal de 1988.

Promulgada em 1979, no contexto da transição do Regime Militar para o atual período democrático, essa lei fora responsável por conceder a anistia a todos os que haviam praticado “crimes políticos” ou com estes conexos no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Tal anistia caracterizou-se como “ampla, geral e irrestrita”, incluindo tanto os agentes da repressão estatal como os militantes de esquerda que pegaram em armas contra o regime; e abrangeu todas as formas de delitos políticos ou praticados com motivação política, incluindo-se aí graves violações de direitos humanos como tortura, estupro e homicídio qualificado.

O STF julgou improcedente a ação por folgada maioria de votos, entendendo não haver incompatibilidade entre a anistia promulgada em 1979 e a nova ordem constitucional representada

pela CF/88. No entanto, apenas sete meses depois, em novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o Tribunal internacional da Organização dos Estados Americanos (OEA), decidiu por unanimidade que a referida lei é incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica – um tratado internacional do qual o Brasil é signatário. O país foi condenado pela Corte no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, no qual se entendeu que a interpretação dada à Lei da Anistia viola direitos humanos das vítimas da ditadura militar e vai de encontro a obrigações internacionais assumidas pelo Brasil:

A OAB, então, interpôs embargos de declaração em face do julgamento da ADPF 153, dando ao STF a oportunidade de pronunciar-se novamente acerca do caso e do aparente estranhamento entre sua decisão positiva sobre a constitucionalidade da Lei da Anistia e a decisão negativa da Corte IDH sobre a convencionalidade da mesma.

O trabalho busca primeiramente analisar, um a um, os argumentos inicialmente levantados pela OAB em prol da inconstitucionalidade da Lei da Anistia, para constatar ou não a sua procedência. Em seguida, busca-se averiguar se a decisão condenatória da Corte IDH pode ou não produzir efeitos no âmbito interno do ordenamento jurídico brasileiro.

O método empregado, assim, é o hipotético-dedutivo, estabelecendo-se hipóteses para então submetê-las a testes de validação, visando concluir-se pela sua veracidade ou falsidade aos olhos do ordenamento jurídico. Para se atingir tal objetivo, foram utilizados como fontes de pesquisa o texto literal da Lei da Anistia, as considerações dos ministros do STF no julgamento da ADPF 153 e os ensinamentos das doutrinas constitucionalista e internacionalista sobre a matéria.

## **2 A ADPF 153 E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA ANISTIA**

A ADPF 153 foi proposta pelo Conselho Federal da OAB, a qual, por ironia, havia sido uma das entidades a encampar a aprovação do projeto de lei que deu origem à anistia no final da década de 70.

Em sua peça vestibular, a OAB atacava a Lei da Anistia por duas linhas argumentativas. Inicialmente, questionava-se o sentido atribuído à expressão “crimes conexos”, denominação que, segundo a autora, não poderia ser estendida aos crimes comuns praticados por agentes do Estado contra os opositores do regime:

**Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes**, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.  
**§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política** (BRASIL, 1979, grifo nosso).

Argumentava-se que políticos seriam os crimes praticados contra a ordem política, a segurança nacional ou o Estado e suas instituições, ao passo que os delitos perpetrados pelos militares seriam justamente o contrário disso: eram crimes praticados a serviço do Estado, com o propósito de defender a ordem política vigente contra aqueles acusados de subvertê-la.

Dessa forma, impossível seria reconhecer uma “conexão” material entre os delitos dos guerrilheiros e os dos militares, pela ausência de uma comunhão de propósitos e objetivos entre eles. De um lado, os guerrilheiros teriam praticado crimes políticos contra o regime castrense visando derrubá-lo, crimes estes que, por serem

políticos, estariam cobertos pela anistia; do outro lado, os agentes do regime teriam incorrido em crimes comuns no combate a seus opositores, crimes estes que não seriam conexos em relação aos delitos dos guerrilheiros e que por isso não teriam sido abarcados pela anistia.

Ainda nessa linha de raciocínio, também apontava a OAB que os atos praticados pelos militares no contexto da repressão equivaleriam a um “terrorismo de Estado”, e que, portanto, poderiam ser enquadrados na exceção do art. 1º, § 2º da lei: “Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal” (BRASIL, 1979).

A segunda linha argumentativa da autora, por sua vez, salientava que, ainda que pudesse ser reconhecida uma conexão entre os crimes praticados pelos dois lados, a extensão da anistia às atrocidades executadas pelos agentes da repressão estatal violaria diversos preceitos constitucionais.

Primeiramente, a ideia de se conceder anistia tanto a crimes políticos (sendo estes bem definidos em lei), quanto a crimes conexos a estes (que não são descritos pela lei ou pela doutrina) representaria uma afronta à isonomia em matéria de segurança (art. 5º, *caput* da CF), uma vez que “nem todos seriam iguais em matéria de anistia criminal”, pois no que tange aos crimes conexos caberia a cada julgador, no caso concreto, quem iria ou não beneficiar-se da anistia, a depender do enquadramento ou não de sua conduta como sendo conexa a algum crime político.

A interpretação questionada da lei também seria uma ameaça ao preceito da transparência (art. 5º, XXXIII da CF), por permitir que o Estado, ao sorrateiramente conceder anistia a pessoas indeterminadas sob o manto da expressão indefinida “crimes políticos ou com estes conexos”, ocultasse dos cidadãos interessados as identidades dos algozes das vítimas do regime militar.

Também teriam sido feridos os princípios democrático e republicano consubstanciados no art. 1º da CF, segundo o qual “a República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado

democrático de direito.” (BRASIL, 1988), pois estar-se-iam anistiando agentes do Estado que, remunerados com dinheiro público, teriam atentado contra a pessoa de opositores políticos. Ademais, a Lei da Anistia teria sido aprovada por um Congresso ilegítimo, com um terço de seus senadores tendo sido indicados pelo governo militar (os chamados senadores “biônicos”) e sancionada por um Presidente eleito não pelo povo, mas sim por seus colegas de farda, motivo pelo qual careceria de legitimidade. Em consequência, a anistia só teria validade se viesse a ser legitimada, após o advento da CF/88, por um Congresso eleito pelo povo ou mesmo diretamente por este último, mediante referendo, o que, contudo, não veio a acontecer.

O acordo político que conduziu à aprovação da lei também teria violado a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e do povo brasileiro, utilizada como “moeda de troca” na transição negociada para o regime democrático, que teria sido costurada por militares e parlamentares com a participação da sociedade civil, mas não das vítimas sobreviventes ou dos familiares dos mortos. Ou seja, não foram ouvidos aqueles que detinham a “titularidade” para transacionar o perdão pelos crimes praticados.

Além disso, a anistia também esbarraria no óbice expresso do art. 5º, XLIII da CF (BRASIL, 1988), o qual declara serem insuscetíveis de graça ou anistia a tortura e os crimes hediondos. Ainda que o crime de tortura só tenha sido tipificado no Brasil em 1997 pela Lei 9.455 (BRASIL, 1997), tal prática sempre teria sido reprovada por diplomas normativos internacionais e constituiria uma afronta à dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o sistema internacional de direitos humanos e do ordenamento constitucional brasileiro surgido a partir de 1988.

Isso dito, cumpre agora analisar, um a um, os argumentos formulados pela OAB para pleitear a não-extensão da anistia aos agentes do Estado que tivessem praticado crimes comuns contra opositores políticos durante o Regime Militar.

### **3 “CRIMES POLÍTICOS E COM ELES CONEXOS”**

O primeiro argumento, de ordem não exatamente constitucional, mas sim meramente interpretativa do texto da lei, foi acatado pelo min. Ricardo Lewandovski (BRASIL, 2010). Em seu voto, Lewandovski relata que o sistema processual penal brasileiro admite seis hipóteses de conexão: I – concurso formal, material ou crime continuado; II – conexão intersubjetiva por simultaneidade (duas ou mais infrações praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem acordo mútuo de vontades); III – conexão intersubjetiva por concurso (duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas em concurso, mediante acordo mútuo, embora diverso o tempo e o local); IV – conexão objetiva (duas ou mais infrações praticadas, quando uma delas busca facilitar ou ocultar a prática da outra); V – conexão probatória (quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração); e VI – conexão intersubjetiva por reciprocidade (duas ou mais infrações praticadas, por várias pessoas, umas contra as outras).

Lewandovski (BRASIL, 2010) corretamente aponta que, dessas hipóteses, somente as duas últimas seriam compatíveis com o conceito de conexão trazido pela Lei da Anistia, visto que as demais pressupõem uma unidade de propósitos ou condutas entre os agentes. No entanto, a conexão probatória e a conexão por reciprocidade seriam igualmente inaplicáveis à espécie por serem normas de cunho meramente processual, as quais, muito embora possibilitem que crimes distintos sejam reunidos em um mesmo juízo, visando facilitar a instrução processual e evitar decisões conflitantes, são incapazes de criar um liame material entre tais crimes.

Tais entraves técnicos, segundo o ministro, implicariam na conclusão de que o legislador de 1979 fracassou em sua tentativa de

“estabelecer um vínculo material entre os crimes políticos cometidos pelos opositores do regime e os delitos comuns atribuídos aos agentes do Estado”, visando dar-lhes o mesmo tratamento jurídico. Dessa forma, descartada a hipótese de conexão entre eles, caberia ao Judiciário avaliar caso a caso se os crimes praticados por cada agente do Estado seriam políticos ou se, sendo comuns, teriam sido absorvidos por crimes políticos, devendo a anistia ser reconhecida apenas em caso positivo, afastando-se sua incidência em relação aos delitos que não se enquadrassem nesses parâmetros.

O voto de Lewandovski (BRASIL, 2010) mostra-se equivocado por dois motivos. Em primeiro lugar, porque o legislador não “fracassa” ao elaborar a lei, a menos que o faça de modo formalmente ou materialmente vedado pela Constituição, ou de modo que não exprima sua verdadeira intenção em relação à matéria a ser regulada.

A lei é a materialização da vontade do legislador, de modo que, se for constatado que o legislador quis conferir um certo tratamento jurídico a uma determinada situação, então aquele tratamento jurídico é o que deve ser dado àquela situação, ainda que o legislador tenha se expressado de forma incorreta do ponto de vista técnico, como pode ter ocorrido no caso em tela, onde o termo “conexão” foi usado com um sentido distinto daquele que possui no Código Penal e no Código de Processo Penal. Sendo assim, a alegada atecnia do legislador ao utilizar de forma equivocada o termo “conexão” não impede que seja reconhecido e respeitado o seu intento de estender os benefícios da anistia aos agentes do Estado que cometeram crimes comuns contra opositores políticos durante o Regime Militar.

Ainda que essa opção política possa embrulhar o estômago de muitos, ao assegurar a impunidade dos que cometeram tantas barbaridades, não pode o Judiciário desfazê-la simplesmente por considerá-la absurda ou mesmo desumana, conforme assentado no voto da min. Carmen Lúcia:

[...] por mais abjeto, grave e cruciante tenha sido a opção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados de 31 anos atrás, teve aquela escolha consequências políticas e jurídicas não passíveis de singelo desfazimento pela via

de interpretação judicial. Nem de longe alguém desconhece toda a carga de ferocidade das torturas, dos homicídios, dos desaparecimentos de pessoas, das lesões gravíssimas praticadas, que precisam ser conhecidas e reconhecidas e, principalmente, responsabilizadas, para que não se repitam. Mas o desfazimento de anistia por lei cujos efeitos se produziram e exauriram num determinado momento histórico não se pode dar pela via judicial pretendida (BRASIL, 2010).

Em segundo lugar, importa ainda ressaltar que o legislador se preocupou em explicitar, logo no § 1º do art. 1º da Lei da Anistia, o conceito de conexão para os fins daquela lei: “Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. E é esse o conceito que deve ser aplicado à espécie, devido ao critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*). Sendo o CP e o CPP leis genéricas destinadas aos crimes em geral, e sendo a Lei da Anistia um diploma legal específico para os delitos praticados no contexto da repressão política da ditadura militar, não restam dúvidas de que o conceito definido nesta última é que deve prevalecer.

Nesse sentido, é seguro também afirmar que os delitos praticados contra as vítimas tinham motivação política, e, portanto, devem ser incluídos no escopo da anistia. Ora, os dissidentes políticos não foram alvo de torturas, estupros, homicídios e desaparecimentos forçados por razões pessoais, senão porque foram identificados como detratores, reais ou imaginários, do regime de exceção que governou o país entre 1964 e 1985. Inegável, portanto, a motivação política por trás de tais atrocidades.

Além disso, como bem salientado no voto do min. relator Eros Grau (BRASIL, 2010), a expressão “crimes conexos a crimes políticos” não era exatamente uma novidade no Brasil, tendo aparecido em ao menos seis anistias ocorridas em nossa história ao longo do século XX, incluindo-se aí em eventos notórios como a Revolução de 30 e a Revolução Constitucionalista de 1932 em São Paulo.

Nessa esteira, o critério para se determinar o alcance dessa expressão em cada caso, ou seja, se a anistia concedida aos crimes conexos beneficiaria somente os revoltosos ou também as forças do Estado que os reprimiram, reside na interpretação histórica de cada momento. Isso porque, como apontado no voto do min. Eros Grau (BRASIL, 2010), a Lei da Anistia é uma lei-medida. Ao contrário das leis-norma, dotadas de generalidade e abstração, as leis-medida apresentam-se imediatas e concretas, disciplinando diretamente determinados interesses, e, portanto, devem ser interpretadas conforme o contexto da época em que foram editadas, não conforme o contexto atual.

Dessa forma, a pergunta a ser feita é a seguinte: o que desejou o legislador em 1979? Essa pergunta já foi respondida nos parágrafos acima, e a conclusão não poderia ser outra ao ponderar-se que a anistia resultou de um acordo negociado entre ambos os lados do conflito, cada qual com seus próprios interesses a serem resguardados.

Tivesse o regime militar sido derrubado por uma revolução armada – como inclusive desejavam muitos dos que sofreram nos porões da ditadura –, seria plausível alegar que a anistia concedida poderia não abranger aqueles que haviam praticado crimes a seu serviço, já que o novo regime seria tendente a adotar perante estes uma postura revanchista. Não foi, contudo, o que aconteceu. Em se tratando de um Congresso com parte de seus senadores escolhida a dedo pelos militares e ainda sob a presidência de um general, como apontado pela própria exordial da OAB, é inimaginável que a *voluntas legislatoris* daquele momento pudesse ser interpretada no sentido de restringir os benefícios da anistia aos subversivos, deixando de fora os agentes do Estado.

Improcede, portanto, o argumento de que a expressão “crimes conexos a crimes políticos” não pode ser estendida aos delitos comuns praticados pelas forças da repressão estatal durante a ditadura.

No que tange à alegação de que tais atos teriam caracterizado um terrorismo de Estado, mais uma vez é útil recorrer à interpretação histórica para se observar que seria igualmente ilógico pensar que o legislador pudesse ter redigido o texto legal com a ideia de que os crimes executados pelo aparato de repressão estatal seriam, também, uma forma de terrorismo.

Mas ainda que se dê a esse argumento o benefício da dúvida e se entenda que a vontade da lei pode vir a se desgarrar da vontade do legislador e adquirir um caráter autônomo, como apontado em seu voto pelo min. Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2010), tal constatação teria pouco ou nenhum efeito prático no caso em tela. Isso porque o texto da lei, que é bem claro nesse sentido, exclui do escopo da anistia os que haviam sido condenados por terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Leia-se novamente: condenados, não “acusados” ou “denunciados”.

Essa exceção não pode ser aplicada aos agentes do Estado, justamente porque, devido à impunidade penal de que gozavam durante a ditadura, não poderiam ter sido sequer denunciados, quem dirá condenados. E nem poderiam sê-lo após o julgamento da ADPF, vez que naquela data todos os crimes já se encontravam prescritos, conforme apontado no voto do min. Cezar Peluso (BRASIL, 2010).

Também não se pode opor a isso o óbice referente aos tratados internacionais assinados pelo Brasil sobre a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, pois esses tratados foram subscritos após o cometimento dos aludidos crimes e o STF possui jurisprudência consolidada no sentido de que tais diplomas não são aplicáveis a atos praticados antes da sua entrada em vigor no ordenamento jurídico nacional.

Assim, também não se sustenta o argumento baseado na ideia de terrorismo de Estado. Antes de proceder à segunda linha argumentativa da OAB, qual seja, a de contrapor a Lei da Anistia em face da CF, faz-se necessário uma explicação sobre a relação entre esses dois diplomas normativos em termos hierárquicos e cronológicos.

#### **4 O STATUS CONSTITUCIONAL DA LEI DA ANISTIA**

A Lei da Anistia, como já dito acima, foi promulgada em 1979, sob a vigência da Constituição de 1969. Esta, por sua vez, não era oficialmente uma Constituição, mas sim uma emenda à Constituição anterior, de 1967, conforme se verá logo abaixo. Seis anos depois, ainda sob aquela mesma vigência, houve a aprovação da Emenda Constitucional (EC) 26/85.

É importante ressaltar que, conforme assentado no voto do min. relator Eros Grau (BRASIL, 2010), a anistia concedida pela lei de 1979 veio a ser substituída por uma nova anistia prevista na EC 26/85, anistia essa inclusive mais abrangente que a anterior, já que também abarcava os condenados por terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal – constituindo, diga-se de passagem, mais um óbice ao argumento da exceção do terrorismo formulado na peça vestibular.

Isso posto, tem-se ainda que, segundo a doutrina majoritária, a EC 26/85 foi uma manifestação do poder constituinte originário, haja vista ter pavimentado o caminho para a revogação da Constituição de 1969 pela Constituição de 1988, que vigora até os dias atuais.

Como assevera Luís Virgílio Afonso da Silva (2001, p. 18-19), uma ordem constitucional encontra seu fim no momento em que é praticado um ato que oficialmente prepara o terreno para o surgimento de um novo texto constitucional, pois, se toda autoridade constituída tem sua autoridade outorgada pela norma fundamental que sustenta uma Constituição, então o ato que se destina a providenciar uma nova Constituição é um ato que extrapola a competência conferida à autoridade em questão pela mesma Constituição que se deseja enterrar. Tal ato é, portanto, um ato de usurpação; um ato político e não jurídico, inescapavelmente

inconstitucional em relação à Constituição e à norma fundamental então vigentes, e sua consumação, se obtiver sucesso, necessariamente inaugura uma nova norma fundamental que sustentará a nova Constituição a ser formulada.

O ato de usurpação é, aos olhos da Constituição em voga, um ato de rebeldia e traição; mas, se o usurpador é vitorioso em sua insurreição, a sua ordem torna-se a ordem normativa vigente, e aqueles que se opuserem a ela é que serão considerados traidores.

Voltando-se agora à Constituição de 1967, tem-se que a mesma, em termos fáticos, não chegou a durar três anos. Em 1969, quando um derrame cerebral acometeu o presidente Costa e Silva e impediu-o de continuar o mandato, o cargo deveria ter sido entregue a seu vice-presidente, o civil Pedro Aleixo. Mas este foi impedido de tomar posse pelo Ato Institucional nº 12, decretado por uma junta militar formada pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, que tomou o poder para si e continuou a exercê-lo enquanto era preparado um novo texto constitucional, promulgado naquele mesmo ano sob o título de “Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967” (SILVA, 2017, p. 89).

Perceba-se que o ato praticado pelos ministros militares fora flagrantemente inconstitucional em relação à Carta de 1967, cujo art. 79 assegurava a Aleixo o direito de assumir a presidência no lugar do titular do cargo: “Art. 79 - Substitui o Presidente, em caso de impedimento, e sucede-lhe, no de vaga, o Vice-Presidente” (BRASIL, 1967).

A “emenda” de 1969 nasce, portanto, de uma ruptura com a ordem então vigente, ruptura essa que inaugura uma nova ordem constitucional. Nos dizeres de José Afonso da Silva (2017, p. 89):

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de uma nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*.

É o ato de usurpação que planta o germen do poder constituinte originário. Se esse ato é praticado com o objetivo de sepultar a Constituição vigente, então ele por óbvio não se sujeita às limitações por ela impostas. E a equação se completa com o *animus* de fundar uma nova ordem constitucional, configurando-se assim todos os elementos que qualificam o poder constituinte originário:

*O poder constituinte originário é aquele que faz a constituição, organizando, juridicamente, o Estado. Ao romper, em definitivo, com o ordenamento antecessor para criar o novo Estado, o poder constituinte originário estabelece uma nova constituição [...]. Por isso, é também chamado de fundacional, inaugural, genuíno, primário, primogênito ou de primeiro grau (BULOS, 2017, p. 115).*

Isso posto, da mesma forma como o Ato Institucional nº 12 fora o ato de usurpação que deu origem à ordem constitucional de 1969, a EC 26/85 é o ato de usurpação que rompe com essa ordem para convocar a Assembleia Nacional Constituinte que daria origem à CF/88.

Aqui, cabe fazer uma distinção entre Constituição e ordem constitucional; esta última surge já a partir do ato de usurpação, enquanto a primeira surge com sua própria promulgação. No interregno entre esses dois marcos ainda não há uma nova Constituição, mas já existe uma nova ordem constitucional, visto que a norma fundamental anterior foi superada por uma nova norma fundamental. Uma vez promulgada a nova Constituição, esta passará a se confundir com a nova ordem constitucional.

Assim, tem-se que a anistia de 1979 foi abraçada e até ampliada pela nova ordem constitucional surgida com a EC 26/85. Dessa forma, doravante neste artigo não se falará mais da Lei da Anistia como uma norma legislativa ordinária, mas sim como uma norma constitucional de autoria do mesmo poder constituinte originário responsável pela criação da CF/88.

Walter Claudius Rothenburg (2013, p. 16) entende que a EC 26/85 na verdade estaria subordinada à Constituição de 1969, e portanto teria sido não recepcionada, mas sim revogada pela CF/88.

No entanto, apesar de formalmente vinculada à Carta de 1969, a EC 26/85 veio para romper com esta última, como se demonstrou acima; destarte, pertence ela substancialmente à égide da Constituição de 1988, e não de sua antecessora. Como observado pelo min. relator Eros Grau em seu voto, “[...] a nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição Nova, mas também a norma origem” (BRASIL, 2010).

Isso, por si só, já fulmina alguns dos argumentos levantados em prol da incompatibilidade entre a anistia de 1979 e os preceitos da CF/88; pois, em se tratando de normas de mesma hierarquia, deve prevalecer a Lei da Anistia em decorrência do já mencionado critério da especialidade. Mais especificamente, restam fulminados os argumentos referentes aos princípios democrático e republicano e à impossibilidade de anistia para tortura e crimes hediondos, sendo cediço que são normas de cunho genérico, que não resistem ao embate com a especificidade da Lei da Anistia.

Também cai por terra o argumento concernente à incompatibilidade entre a Lei da Anistia e os tratados internacionais aos quais o Brasil aderiu e que reprovam a tortura e outras violações de direitos humanos. Algumas dessas normas na verdade não eram vigentes no Brasil à época da prática dos crimes ou da aprovação da Lei da Anistia, e sua aplicação retroativa consequentemente ofenderia a segurança jurídica.

No entanto, Rothenburg (2013, p. 12-13) alerta para a incidência da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, que já havia sido aprovada pela Assembleia da ONU em 1968 e cuja força se impunha ao Brasil na forma de *jus cogens* desde então, inobstante o país nunca a ter ratificado.

É de se reconhecer que o costume seja uma das fontes mais preponderantes do direito internacional, e que, em se tratando de direitos humanos, pode até ser capaz de vincular Estados independentemente do seu consentimento. Rothenburg (2013, p. 12) acrescenta que a jurisprudência do STF reconhece essa força

vinculante do costume internacional e inclusive lhe confere prevalência sobre o direito interno, citando como exemplo o descabimento de reclamação trabalhista em face de representação diplomática no país.

Contudo, como também escreve o referido autor, o STF apresentou mais de um motivo para afastar a incidência da imprescritibilidade:

[...] a questão da prescrição somente teria relevância se fosse afirmada a existência de crimes, por força do afastamento da aplicação da Lei n. 6.683/1979, e que, ademais, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (ONU, 1968) não tem vigência no Brasil, que a ela não aderiu. O Min. Gilmar Mendes lembrou que a jurisprudência brasileira considera que a superveniência da instituição da imprescritibilidade “não se aplica aos crimes já praticados” (ROTHENBURG, 2013, p. 19).

O STF cometeu um equívoco técnico ao dar a entender que a anistia teria implicado na “inexistência” de crimes. A anistia consiste em um perdão político. Não equivale a absolvição e nem apaga a existência do crime; ela apenas impede que o agente quando o pratica seja penalizado por isso.

No entanto, os fundamentos apontados pela Suprema Corte estão corretos. A Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade não tem aplicabilidade nesse caso. E ainda que tivesse, sua aplicação restaria prejudicada em decorrência do preceito constitucional da segurança jurídica. A Constituição é, afinal de contas, a norma jurídica suprema, não podendo quaisquer normas nacionais ou internacionais sobrepor-se a ela. Ao menos no plano interno, que é o que aqui se discute:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos dela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica

nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal (SILVA, 2017, p. 48).

Além disso, a tentativa de se impugnar a Lei da Anistia em face de costumes ou tratados internacionais, ainda que porventura vigentes à época dos fatos, esbarra em outro óbice material: segundo o entendimento firmado pelo STF no Recurso Extraordinário nº 466.433 (Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJ 05/06/2009) (BRASIL, 2008), que versava justamente sobre a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, este e outros tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriormente à EC 45/04 possuem *status* supralegal, ou seja, estão acima das leis e abaixo da Constituição. Dessa forma, se mostram materialmente inferiores a uma norma de envergadura constitucional como a Lei da Anistia.

No entanto, alguns dos argumentos formulados pela OAB subsistem ao critério da especialidade, a saber: a afronta à isonomia, pois esta última existe justamente para ser contrastada com normas específicas que estabeleçam tratamento desigual entre cidadãos; a falta de legitimidade do Congresso que aprovou a Lei da Anistia, por ser um argumento que ataca a própria origem e validade da norma; e a violação à dignidade da pessoa humana, em virtude do imenso peso e dimensão que lhe são conferidos pela doutrina e jurisprudência nacionais.

Passa-se, agora, à análise do alegado conflito entre a interpretação questionada da Lei da Anistia em face desses preceitos fundamentais subsistentes da CF/88.

## 5 A LEI DA ANISTIA E OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

O primeiro princípio fundamental violado pela Lei da Anistia seria o da isonomia em matéria de segurança (art. 5º, *caput* da CF), devido a potenciais efeitos deletérios a serem causados pela imprecisão da expressão “crimes conexos a crimes políticos”:

Em suma, a admitir-se a interpretação questionada da Lei no 6.683, de 1979, **nem todos são iguais perante a lei em matéria de anistia criminal**. Há os que praticaram crimes políticos, necessariamente definidos em lei, e foram processados e condenados. Mas há, também, os que cometeram delitos, cuja classificação e reconhecimento não foram feitos pelo legislador, e sim deixados à discricção do Poder Judiciário, conforme a orientação política de cada magistrado. Esses últimos criminosos não foram jamais condenados nem processados. Eles já contavam com a imunidade penal durante todo o regime de exceção. O que se quer, agora, é perpetuar essa imunidade, sem que se saiba ao certo quem são os beneficiados (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Dessa forma, a falta de uma definição legal sobre quais exatamente seriam os crimes conexos aos crimes políticos poderia fazer com que criminosos que não fariam jus a uma anistia (leia-se: os agentes do Estado) fossem contemplados com ela, de forma subreptícia, a depender da ideologia política de cada juiz, o que levaria tais criminosos a receberem o mesmo tratamento jurídico dado aos opositores do regime, estes sim merecedores do perdão político.

Esse argumento foi adequadamente refutado pelo voto do min. Cezar Peluso (BRASIL, 2008), o qual salientou que não se estava tratando de crimes totalmente distintos, uma vez que a motivação política se apresentava como um elemento comum entre eles, autorizando que recebessem o mesmo tratamento. A motivação política dos crimes, afinal, era a própria razão de estarem sendo anistiados.

No fundo, a OAB parecia insurgir-se contra a própria opção política do legislador, como que se recusando a acreditar que este a tivesse feito de modo a perdoar os agentes do Estado na mesma

extensão em que perdoou aqueles que se bateram contra o Estado. Essa constatação também foi feita pelo min. Cezar Peluso em seu voto na ADPF 153:

Diz-se que talvez a lei não seja clara ao propósito, mas o Ministro Sepúlveda Pertence, no parecer, e não apenas no parecer, mas também na entrevista, afirma-o claro: “este foi o significado inequívoco da lei: estender a anistia aos chamados crimes comuns”. Mas o que me parece interessante é que o que, no fundo, inspira esta ação é exatamente a percepção da clareza da lei [...]. Se a lei fosse obscura, se a lei fosse pouco clara, seria incompreensível que (a autora) pedisse à Corte declarar-lhe algum sentido contrário. Isto é, só um sentido reconhecido pressupostamente como claro seria incompatível com a Constituição. Noutras palavras, é a própria autora que reconhece ser esse o sentido da lei, não obstante pretenda que o Tribunal declare tal sentido incompatível com a Constituição. Com o devido respeito, a pretensão realmente não poderia ser acolhida [...] (BRASIL, 2010).

Ocorre que esse inconformismo, por si só, frise-se novamente, não se mostra apto a invalidar tal opção. Para tanto, é necessário que se demonstre um conflito entre a Lei da Anistia e os dispositivos constitucionais da CF/88, o que até aqui não se conseguiu demonstrar. Ao Judiciário, afinal, não cabe legislar.

De igual forma, não se verifica ofensa ao princípio da transparência, pois, como observado pelo STF, a Lei da Anistia nunca consistiu num obstáculo à busca pela verdade dos fatos ocorridos no regime castrense. Ela impede tão somente a persecução penal relativa a tais fatos.

No que tange à alegada ilegitimidade do Congresso Nacional, Rothenburg (2013, p. 15-17) faz críticas ao fato de a anistia ter sido aprovada em 1979 e supostamente constitucionalizada em 1985 por um Congresso que não pudera manifestar livremente a vontade dos parlamentares que o compunham, os quais por sua vez eram incapazes de representar “minimamente” os anseios da sociedade brasileira. Há de se ressaltar, por exemplo, que em ambas as ocasiões um terço do Senado Federal era composto pelos chamados senadores “biônicos”, ou seja, escolhidos pelo governo militar e não pelo voto popular, figuras políticas que perdurariam até 1987.

A questão foi abordada no voto do min. Eros Grau (BRASIL, 2010), para quem a ideia de se considerar a anistia ilegítima por ter sido aprovada por um Congresso deficiente em termos de legitimidade conduziria a um resultado esdrúxulo: o de considerar-se como inconstitucional toda a legislação anterior à CF/88, apenas e tão somente por força desta última, exigindo que todas essas normas fossem legitimadas após 1988, pelo Poder Legislativo ou pelo povo, mediante referendo.

Vale acrescentar que o STF (T2, REx 223.075-1/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23/06/98, DJ 06/11/98) (BRASIL, 1998), em decisão contestada por alguns, já entendeu que os decretos-lei, ou seja, leis editadas diretamente pelo Poder Executivo sem participação ou controle do Legislativo durante períodos ditatoriais da história do Brasil, não podem ser automaticamente tidos como inconstitucionais, devendo-se fazer uma análise caso a caso para verificar-se a compatibilidade de cada decreto-lei com os preceitos da CF/88. O CP (Decretos-Lei 2.848/1940), o CPP (Decreto-Lei 3.689/1941) e a CLT (Decreto-Lei 5.452/1943) são exemplos de decretos-lei que vigoram até hoje.

Tais dispositivos, note-se, apresentam um vício de ilegitimidade evidentemente maior do que aquele que poderia ser carregado pela Lei da Anistia, pois esta última ao menos foi aprovada por um Congresso, ainda que com alguns parlamentares não eleitos, e não por simples canetadas do Executivo. Logo, se mesmo os decretos-lei são passíveis de recepção pela CF/88 inobstante sua origem autoritária, por que a Lei da Anistia também não o seria?

A min. Carmen Lúcia por sua vez advertiu que, fosse seguido o raciocínio da exordial, chegar-se-ia a questionar a própria validade da CF/88, uma vez que, quando da instalação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987, ainda havia parlamentares biônicos no Congresso Nacional.

Rothenburg (2013, p. 15) impugna essa tese dos ministros ao fazer uma distinção entre as leis que disciplinam aspectos comuns do cotidiano e as que guardavam uma relação direta com a sustentação

do regime militar. Enquanto as primeiras poderiam ser mantidas incólumes, já que provavelmente não teriam sido diferentes caso editadas sob um regime democrático, as segundas padeceriam de um vício insanável de ilegitimidade.

O problema desse último raciocínio é que, a partir do momento em que se reconhece a legitimidade de um parlamentar para votar apenas algumas leis, e não para votar outras, torna-se necessário, no caso destas últimas, demonstrar por que motivo essa legitimidade estaria viciada. O fato de alguns senadores terem sido indicados pelo governo militar não os torna *per se* ilegítimos, assim como os ministros do STF não são necessariamente suspeitos, ao menos juridicamente falando, para julgar questões que envolvam interesses diretos dos governos que os tenham indicado ao Tribunal ou dos senadores que os tenham aprovado na sabatina (art. 101, parágrafo único da CF) (BRASIL, 1988).

Dessa forma, infirmar a legitimidade da Lei da Anistia sob esse fundamento demandaria uma imersão na esfera subjetiva dos parlamentares biônicos, como que de modo a “comprovar” sua falta de isenção para legislar sobre uma questão delicada para o regime que os havia indicado para o Congresso, o que é simplesmente impossível.

Mas ainda que se acolhesse a tese de Rothenburg nesse aspecto, um outro apontamento feito pelo min. Eros Grau (BRASIL, 2010) em seu voto permite afastar a ideia de ilegitimidade da Lei da Anistia. Tal observação em verdade foi veiculada em resposta a outro argumento da exordial da ADPF 153, este referente à dignidade da pessoa humana; que não se confunde com o argumento que agora se discute, qual seja, o que versa sobre a ilegitimidade do Congresso para aprovar a anistia.

Assim, resta analisar somente o último fundamento trazido pela exordial da ADPF 153, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Teoricamente esse argumento também poderia ser afastado *prima facie* em função do critério da especialidade, que favorece a Lei da Anistia em detrimento de normas de caráter geral; no entanto, isso

conduziria a uma conclusão desarrazoada: a de que qualquer norma-regra de caráter especial produzida pelo poder constituinte reformador sempre sobrepor-se-ia a quaisquer princípios constitucionais, tanto pelo critério da especialidade como pelo critério cronológico.

Não é correto sustentar esse raciocínio diante da dignidade humana, um princípio ao qual é atualmente conferido um enorme peso pela doutrina e jurisprudência nacionais. É possível que aqui, na verdade, não se esteja falando de duas normas constitucionais de mesma hierarquia, e que a validade material da Lei da Anistia deva sucumbir ante o esplendor da dignidade. É necessário, portanto, primeiro determinar se há de fato um confronto entre elas.

A Lei da Anistia, segundo a autora, seria contrária a este princípio por ter sido fruto de uma barganha política na qual a dignidade do povo e das pessoas teria sido vendida em prol do arranjo que favoreceu a transição para a democracia e a preservação da estabilidade política do país. Um arranjo que, contudo, não contou com a participação direta das vítimas sobreviventes ou dos familiares dos mortos – justamente os únicos que, por sua condição pessoal, poderiam reclamar a “titularidade” para transacionar o direito à perseguição penal dos criminosos que haviam atuado durante o regime castrense:

Admitamos, porém, como mero exercício de argumentação, que tal acordo existiu e que dele extraímos o benefício da reconstitucionalização do País. Se assim foi, força é reconhecer que o Estado instituído com a liquidação do regime militar nasceu em condições de grave desrespeito à pessoa humana, contrariamente ao texto expreso da nova Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana”. (art. 1º, III) (BRASIL, 2010).

O min. Eros Grau (BRASIL, 2010) afastou esse argumento por meio de suas aqui já mencionadas considerações segundo as quais a anistia teria sido apoiada por diversas personalidades que haviam

lutado em prol da democracia e das vítimas do regime militar, e que, portanto, atacá-la em nome da dignidade da pessoa humana equivaleria a “tripudiar” sobre todos os esforços empreendidos por essas pessoas para a construção do Brasil democrático que se tem hoje. Além disso, aduziu que ninguém pode avocar-se a autoridade para decidir o que está ou não inserido em um valor (no caso, a dignidade), sob pena de esse valor dominar a pessoa e fazê-la investir contra outros valores igualmente caros.

O min. Cezar Peluso (BRASIL, 2010), acompanhando o relator, afirmou que a anistia “nasceu de um acordo costurado por quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrar um pacto nacional”.

O min. Celso de Mello, por sua vez, após citar precedentes firmados pela Corte IDH no sentido de não serem admissíveis anistias a violações sistemáticas de direitos humanos, arguiu a existência de um *distinguishing* em relação ao caso brasileiro. Para ele, devido ao seu caráter bilateral, a Lei da Anistia nacional se diferenciaria de suas contrapartes latino-americanas que haviam concedido anistia somente a agentes do Estado, as chamadas “autoanistias”, o que tornaria inaplicáveis à espécie dos julgados da Corte Interamericana sobre o assunto. Nesse sentido, aduzem Everton Santos e Tamires Castiglioni (2018, p. 241) que a referida bilateralidade apontou para uma justiça de transição “precária e fundada no esquecimento”.

As razões dos ministros, no entanto, não se mostram aptas a impugnar aquele argumento da inicial. Isso porque íntinseca à noção de dignidade da pessoa humana é a ideia de que o ser humano tem valor e não preço (RAMOS, 2017, p. 77), e, portanto, não poderia ser tratado como mercadoria de um acordo político.

Isto posto, analisando-se as circunstâncias que envolveram a aprovação da Lei da Anistia, dificilmente se poderia chegar a outra conclusão senão a de que, em troca de uma transição estável e pacífica para a democracia, o acordo costurado pelas forças políticas daquele momento “rifou” (ROTHENBURG, 2013, p. 17) a dignidade

das vítimas que tiveram seus direitos humanos violados durante o Regime Militar.

Tal arranjo, percebe-se, afrontou patentemente o baluarte do valor intrínseco da pessoa humana, à medida que: I - foram perdoados aqueles que atentaram contra a integridade física de suas vítimas, inclusive com uso de tortura; II - a renúncia à retribuição penal por tais crimes foi supostamente o “preço” pago pela transição democrática, sacrificando-se no processo a pretensão das vítimas em ver seus algozes punidos na forma da lei.

As alegações dos ministros em seus votos se mostram incapazes de contornar essa realidade. O fato de entre os defensores da aprovação da anistia ter havido pessoas comprometidas com a liberdade e a democracia não lhes confere a prerrogativa de transacionar os direitos daqueles que haviam sido vítimas de um regime autoritário que suprimira esses dois valores durante sua vigência.

O Congresso Nacional não era ilegítimo, mas tampouco tinha legitimidade para negociar o perdão a tão graves abusos praticados contra os direitos humanos:

O suposto acordo entre atores sociais que teria propiciado a Lei de Anistia brasileira não contou com uma ampla participação da população ou sequer de muitas das pessoas diretamente interessadas e implicadas (refiro-me a tantas vítimas da repressão e seus familiares, por exemplo). Tal acordo (duvidoso) não se sustenta, pois, em termos de democracia deliberativa (ROTHENBURG, 2013, p. 15).

O fato de a anistia concedida ter sido bilateral, por sua vez, também não faz diferença alguma nesse sentido, afinal de contas o que aqui se aponta é que as forças que a costuraram não detinham a titularidade para tanto. E essa constatação não pode ser alterada tão somente por ter a anistia beneficiado a ambos os lados do conflito.

Também não se sustenta a alegação segundo a qual ninguém poderia colocar-se na posição de interpretar o que está ou não contido em um valor, já que esta é justamente a função do Judiciário: interpretar razões, princípios e valores referentes às leis. Alguém

poderia imaginar um juiz declarando improcedente uma ação sob o fundamento de que “não cabe a ninguém” interpretar os princípios ou valores mencionados na peça inicial?

Assim, evidenciado o choque entre a Lei da Anistia e o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, resta determinar qual das normas deve prevalecer sobre a outra nesse caso concreto.

O critério da hierarquia precede o critério da especialidade, de modo que um raciocínio primário poderia concluir que a Lei da Anistia teria sido revogada pela superveniência do princípio da dignidade humana caso este seja considerado superior àquela. O jurista alemão Otto Bachof, citado por Emerson Garcia (2008, p. 262), escreve sobre a possibilidade de existência de “normas constitucionais inconstitucionais”, ou seja, normas de índole constitucional que podem ser enquadradas como inválidas por se chocarem com outras normas constitucionais de índole superior ou com um direito natural suprapositivo que a toda a Constituição se sobrepõe.

A primeira hipótese poderia ser a que aqui se discute, devido ao embate da Lei da Anistia contra a dignidade da pessoa humana. No entanto, como esclarece Emerson Garcia (2008, p. 263), não há que se falar em inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária em face de outra norma constitucional originária, ainda que esta última resguarde valores mais importantes e relevantes do que a primeira, pois não há de fato uma hierarquia entre elas. O legislador constituinte, ao elaborar tais normas, tem liberdade para estabelecer regras e exceções, de modo que, se uma norma aparentemente contradiz outra, uma delas deve ser tomada como exceção à regra da outra.

O STF já debateu a questão na ADIn 815, onde não foi conhecido o pedido de declaração da inconstitucionalidade do §1º e do §2º do art. 45 da CF (que permitem a existência de um *déficit* de representatividade para alguns Estados e Territórios da federação em relação a outros, quando levada em conta a população de cada um) em face de uma miríade de preceitos isonômicos e democráticos da

Constituição. Na ocasião, o Tribunal assinalou que não lhe compete ser “fiscal” do Poder Constituinte originário, sendo a tese da hierarquia entre normas constitucionais incompatível com o sistema de Constituição rígida nacional. A menos que a própria Constituição estabelecesse distinções qualitativas entre suas normas, que formalmente são idênticas (GARCIA, 2008, p. 269).

Uma exceção, aduziu o relator Moreira Alves, está prevista na obra de Otto Bachof, qual seja, a possibilidade de uma norma constitucional afrontar outra norma constitucional que por sua vez é positivadora do direito suprapositivo. Porém, nessa hipótese não se trata de inconstitucionalidade, mas sim de ilegitimidade da primeira norma, por violação ao direito suprapositivo que deveria vincular toda a Constituição, e para desfazer tal erro falece competência ao Judiciário, como reconhece o próprio autor mencionado, ainda que se reconheça a existência daquele direito.

Como aponta Emerson Garcia (2008, p. 280), “[...] a norma constitucional que cria o Tribunal Constitucional e eventualmente define suas competências não pode legitimar uma decisão que pode ser considerada de natureza ‘constituída’, em detrimento de normas de natureza ‘constituente’”. E não se trata de uma norma constituinte qualquer, mas uma norma concernente à própria viabilização política de surgimento da CF/88, conforme o voto do min. Gilmar Mendes.

Dessa forma, conclui-se que não é possível inquinar a validade da Lei da Anistia em face da dignidade da pessoa humana, ainda que o conteúdo desta seja frontalmente contrário àquela. Poder-se-ia no máximo discutir uma revogação tácita da anistia pela superveniência da CF/88, revogação essa que, contudo, careceria de efeitos práticos, já que, como esclarecido por Rothenburg (2013, p. 19), o STF entendeu que “[...] a invocação de tais normas em face de uma lei de efeitos instantâneos (‘lei-medida’), como é a Lei n. 6.683/1979, configura aplicação retroativa de lei mais gravosa, o que é vedado pela Constituição.”.

Decisão acertada da Suprema Corte, afinal, sendo concomitantes os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa

humana e da segurança jurídica, devem estes ser aplicados ponderadamente em relação um ao outro.

Ao contrário do que entenderam alguns de seus próprios colegas, o min. Celso de Mello corretamente ponderou que nem mesmo o Poder Legislativo, se assim o desejasse, poderia rever a Lei da Anistia, pois a sua carga eficaz se exaure no mesmo instante do início de sua vigência. Uma vez validamente concedida, constitui a anistia um caminho sem volta, um perdão que nunca pode ser desfeito.

No entanto, entender o conflito entre a Lei da Anistia e a dignidade da pessoa humana faz-se necessário para constatar uma implicação decorrente desse choque: a impossibilidade de que seja concedida, desde o advento da CF/88, outra anistia nos moldes daquela de 1979, mesmo que por emenda constitucional.

Se, conforme o min. Eros Grau (BRASIL, 2010), a Constituição não poderia ter sido afrontada em seu art. 1º, III antes mesmo de sua vigência, e se, consoante o min. Cezar Peluso, “àquela época, não havia, como hoje há, nenhum obstáculo de ordem constitucional nem legal para que o legislador estendesse a anistia aos crimes de qualquer natureza”, o contexto atual é notadamente distinto.

Ao contrário da EC 26/85 e da CF/88, ambas obras do poder constituinte originário, uma nova anistia a ser implementada hoje teria como autor o poder constituinte reformador, o qual, diferentemente daquele anterior, se sujeita a alguns limites materiais explícitos e outros implícitos, conforme a doutrina (SILVA, 2017, p. 68). Nessa seara, o art. 5º, XLIII da CF é um limite explícito que veda a concessão de anistia a tortura e crimes hediondos ou equiparados.

Por sua vez, a dignidade da pessoa humana consubstanciada no art. 1º, III impede a negociação de uma anistia sem a participação e consentimento das vítimas no processo, afinal, como já visto acima, pessoas não podem servir de moeda de troca em acordos políticos.

Dessa forma, sendo a dignidade humana um preceito que se pode extrair diretamente do Texto Constitucional, e considerando-se a sua posição de destaque no mesmo (ora, está no art. 1º), este

princípio é, repise-se, um limite implícito ao poder de reforma. Constatando-se a contradição entre tal princípio e a anistia de 1979, é cediço que hoje não se poderia admitir uma PEC no sentido de se conceder uma anistia em termos e circunstâncias similares às da Lei 6.683/79.

E quanto ao critério da especialidade? Aqui não se aplicará, pois o recurso aos critérios de solução de antinomias tem como pressuposto que ambas as normas conflitantes sejam válidas. Uma norma criada através do trespasse de uma limitação constitucional é, por definição, inválida. E tais limitações não evidenciam propriamente uma hierarquia entre umas normas constitucionais e outras, como assinalado pelo min. Moreira Alves na ADIn 815, mas sim entre o poder constituinte originário e o derivado, hierarquia essa que é notória, porquanto o segundo é subordinado ao primeiro.

Destarte, conclui-se que a Lei da Anistia é compatível com a CF/88, porque, inobstante não tenha sido criada, foi, contudo, abraçada pelo mesmo poder constituinte originário responsável pela criação da Carta Magna.

## **6 CONCLUSÕES**

Como já exposto acima, a Corte IDH em seu veredito julgou que a Lei da Anistia viola a Convenção Interamericana ao perpetuar a impunidade daqueles que atentaram tão gravemente contra os direitos humanos de suas vítimas durante o Regime Militar.

O primeiro aspecto a se observar é que em verdade não existe um “conflito” entre as decisões do STF e da Corte IDH, como aponta Rothenburg (2013, p. 1) e ao contrário do que entendem Luis Renato Verdevato e Amanda de Souza Camargo (2018, p. 233), pois trata-se de juízos distintos. Ao STF incumbe a guarda da Constituição; à Corte Interamericana compete a guarda da Convenção Interamericana. É

perfeitamente possível que uma lei ou ato jurídico seja compatível com a CF e incompatível com a Convenção, ou vice-versa.

Sendo assim, resta determinar se o entendimento da Corte IDH é vinculante em relação ao Poder Judiciário no âmbito interno, especialmente por ocasião dos embargos de declaração ainda a serem apreciados pelo STF na ADPF 153.

Para Flávia Piovesan (2017, p. 386), os vereditos internacionais referentes a direitos humanos devem produzir efeitos “imediatos e obrigatórios” no ordenamento jurídico interno. De outro lado, Felipe Klein Gussoli (2019, p. 11) entende que a recepção interna de precedentes da Corte IDH deve guiar-se não por um modelo de vinculação absoluta, mas antes por um modelo de persuasão no qual estabelecem-se critérios cujo preenchimento condiciona a aceitabilidade interna do quanto decidido pelo Tribunal internacional, sendo um desses critérios a compatibilidade da *ratio decidendi* da decisão internacional com a ordem constitucional. Aqui assiste razão ao autor, devido à já mencionada noção de hegemonia da Constituição como a suprema *law of the land* no território nacional (SILVA, 2017, p. 48).

Segundo Alberto Mendonça Filho e Clara Jaborandy (2018, p. 124), um ato jurídico atualmente só pode ser tido como válido caso esteja em conformidade tanto com o direito interno quanto com o direito internacional. Nathália Santos Veras (2017, p. 91) se baseia nessa premissa para defender a negação de eficácia jurídica à Lei da Anistia ao sustentar que a mesma, mormente possa ser compatível com a CF, é irremediavelmente contrária à Convenção Interamericana, tendo em vista o decidido pela Corte IDH.

Contudo, a conclusão de Veras é inconciliável com sua própria premissa. Isso porque, se é verdade que a impunidade dos agentes do Estado afronta a Convenção, igualmente é verdade que aplicar esta última de forma retroativa para punir os anistiados violaria a segurança jurídica consagrada pela CF. Eis aqui o óbice para o cumprimento da decisão da Corte IDH no Brasil: a *ratio decidendi* do veredito internacional vai de encontro a um preceito basilar da

ordem constitucional brasileira, o que inviabiliza sua eficácia jurídica interna nos termos do modelo de persuasão de Gussoli (2019, p. 11). Por essa razão é que **não** deve o STF dar cumprimento à essa decisão internacional no território brasileiro, já que tal medida estaria em descompasso para com o direito interno, como inclusive admitem Vedovato e Camargo (2017, p. 228 e 232), ainda que discordem da conclusão aqui esposada.

Sendo assim, o destino a ser dado à Lei da Anistia necessariamente sacrificará um desses dois diplomas normativos, e a escolha deverá se concentrar na Convenção Interamericana. Pois a Constituição, por toda a sua magnitude, jamais poderá ceder ante qualquer outra norma, como já visto acima, ou Constituição não é. Se ao STF incumbe a guarda da Constituição, então cabe a ele guardá-la inclusive contra a Convenção, ainda que isso venha a ensejar um ilícito internacional pelo qual possa o Estado brasileiro ser responsabilizado na esfera dos organismos multilaterais (VEDOVATO; CAMARGO, 2017, p. 240).

Dessa forma, a decisão da Corte Interamericana não enseja reflexos no âmbito interno, pois a interconexão do direito pátrio com o direito internacional tem limites. A jurisprudência da Corte IDH e outros Tribunais internacionais pode e deve ser acolhida no Brasil como *soft law*, mas nunca de modo a sobrepor-se à Lei Fundamental.

Data de Submissão: 30/10/2019

Data de Aprovação: 22/01/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Assistente Editorial: Jaqueline Rosário Santana

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF, 24 jan. 1967.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF, 17 out. 1969. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985**. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Brasília, DF, 27 nov. 1985. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF, 30 dez. 2004.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**.

Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**.

Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a

Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, 1 maio 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997**. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília, DF, 7 abr. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF**. Tribunal Pleno. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau, DJe 05/08/2010. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 5 out. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 223.075-1/DF**. 2ª Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão, DJ 06/11/1998. Brasília, DF, 23 de junho de 1998.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJ 05/06/2009. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao Alcance de Todos**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Gomes Lund e outros vs Brasil**. Washington, DC, 24 de novembro de 2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em: 5 out. 2019.

GARCIA, Emerson. **Conflito Entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUSSOLI, Felipe Klein. Critérios para vinculação aos precedentes de cortes internacionais de direitos humanos: um modelo de persuasão. **Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/article/viewFile/30249/176>

23. Acesso em: 2 fev. 2020.

MENDONÇA FILHO, Alberto Hora. JABORANDY, Clara Cardoso Machado. O caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil: diálogo das cortes?. In: LEAL, Maria Lúcia Pinto. ZIMMERMANN, Clovis (Org.). **Direitos humanos na democracia contemporânea: velhos e novos embates**. Rio de Janeiro: Bonecker, 2018. v. 1. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=B12HDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA110&dq=caso+gomes+lund&ots=KLoj8NB5eT&sig=eMN7v99m6Gusf8mJoO\\_\\_m2ckKNo#v=onepage&q=caso%20gomes%20lund&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=B12HDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA110&dq=caso+gomes+lund&ots=KLoj8NB5eT&sig=eMN7v99m6Gusf8mJoO__m2ckKNo#v=onepage&q=caso%20gomes%20lund&f=false). Acesso em: 31 jan. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 17. ed., rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 681-706, jul-dez 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n2/a13v9n2.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

SANTOS, Everton Silva. CASTIGLIONI, Tamires Gomes da Silva. A Guerrilha do Araguaia: uma visão acerca da justiça de transição no caso Gomes Lund e outros e a busca da verdade para o direito de memória. **Revista Saberes da Amazônia – ciências jurídicas, humanas e sociais**, v. 3, n. 7, jul./dez. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 11-32, out./dez. 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47233/44644>. Acesso em: 07 set. 2018.

VEDOVATO, Luis Renato. CAMARGO, Amanda de Souza. A interpretação nacionalista dos direitos humanos: um obstáculo ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana no caso Gomes Lund. **Revista Culturas Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, jan./abr. 2017.

VERAS, Nathália Santos. Lei da Anistia: eficácia da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. **RELEA – Revista Latino-Americana de Estudos Avançados**, Foz do Iguaçu, v. 2, n. 1, p. 84-95, ago./dez. 2017. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/relea/article/view/746/1386>. Acesso em: 01 fev. 2020.

## **The Constitutionality Of The Brazilian Act Of Amnesty And The Implications Of The *Gomes Lund* Case**

Henrique Breda Cavalcanti

Nelson Cerqueira

**Abstract:** The present essay aims to verify the constitutionality of the Brazilian Act of Amnesty (Act 6.683 of 1979) and the potential consequences of the *Gomes Lund et al vs. Brazil* ruling by the Interamerican Court of Human Rights. Issued during the transition between the Brazilian Military Regime and the present-day New Republic, the mentioned act granted amnesty to serious human rights violations committed against military and civilians over that dictatorial period. In 2010 the Brazilian Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal – STF*) ruled that the act was constitutional, but in that same year the Interamerican Court of Human Rights (ICHR) held that it was incompatible with the Pact of San José. Through the deductive hypothetical method, the study of this topic intends to analyse the arguments presented by the Brazilian Bar Association (*Ordem dos Advogados do Brasil – OAB*) against the Act of Amnesty to verify its validity and then reflect on the possible consequences of the ICHR ruling, specifically in relation to internal Brazilian law. We conclude that the Act of Amnesty is constitutional and that invalidating it because of the late ICHR verdict would violate the principle of legal certainty. Therefore, the ICHR ruling may not have internal legal consequences in Brazil.

**Keywords:** Amnesty. Constitutionality. Conventionality. Dictatorship. Human rights. Transitional justice. International jurisdiction.