

## LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA LEI DE ANISTIA: A (IM)POSSIBILIDADE DE UM ACORDO POLÍTICO A PARTIR DE JÜRGEN HABERMAS

### DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE AMNESTY LAW: THE IMPOSSIBILITY OF A POLITICAL AGREEMENT ACORDING TO JÜRGEN HABERMAS

Andréa Regina de Moraes Benedetti<sup>1</sup>  
Marta Botti Capellari<sup>2</sup>

**Sumário:** Introdução. 1 A questão da anistia no Brasil. 1.1 ADPF 153. 1.2 A sentença *Gomes Lund*. 2 O voto do ministro relator Eros Grau na ADPF 153. 3 Habermas: Facticidade e Validade. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O artigo analisa, a partir da obra *Direito e democracia*, de Jürgen Habermas, a (i)legitimidade democrática da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia), ante a coexistência de duas decisões judiciais contraditórias sobre sua interpretação: a ADPF 153 e a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) do caso *Gomes Lund* (Guerrilha do Araguaia). Para tanto, analisa o voto do relator da ADPF 153, Ministro Eros Grau, especificamente quanto aos argumentos utilizados para fundamentar a existência de um acordo político na transição do regime ditatorial para o democrático. Na sequência, a partir dos estudos de Habermas sobre facticidade e validade, estuda os argumentos ministeriais pela lente da legitimação pelo procedimento. Conclui que a jurisdição constitucional brasileira deixou de ajustar sua jurisprudência aos mais elevados valores de proteção dos direitos humanos, por ocasião da ADPF 153, quando poderia, no seio da Constituição, em nome da defesa do processo democrático, fazê-lo.

**Palavras-chave:** Habermas. APDF 153. Anistia. Legitimidade democrática.

**Abstract:** This article analyzes, from the book *Between facts and norms* by Jürgen Habermas, the democratic (i)legitimacy of Law nº 6.683/79 (Amnesty Law), at the coexistence of two contradictory court decisions about their interpretation: Claim of Non-compliance with a Fundamental Precept (ADPF) 153 and the judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the case of *Gomes Lund* (Araguaia's Guerrilla). For such, this paper analyzes the vote of the rapporteur of the APDF 153, Justice Eros Grau, specifically as regards the arguments used to support the existence of a political settlement in

---

<sup>1</sup> Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Docente da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul – NUPESUL.

<sup>2</sup> Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Docente da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul – NUPESUL.

the transition from dictatorship to democracy. Following from the studies of Habermas on facticity and validity, it studies the ministerial arguments through the lens of legitimacy by procedure. It concludes that the Brazilian constitutional jurisdiction failed to adjust its jurisprudence to the highest values of human rights protection during the trial of ADPF 153, when it could do it by defending the democratic process provided by the Constitution.

**Keywords:** Habermas. ADPF 153. Amnesty. Democratic legitimacy.

## Introdução

A mera aprovação de uma lei não traduz sua efetividade. O aparato normativo demanda estar revestido de legitimidade, conferida pelo povo, sobretudo no Estado Democrático. A Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia), promulgada no apagar do regime militar ditatorial brasileiro, é um instrumento cujo alcance e interpretação ainda comporta discussões, mesmo depois da análise do tema por duas Cortes Judiciais, o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, justamente pela contradição entre as duas decisões.

Afinal, foram anistiados os torturadores e agentes da ditadura? Houve realmente uma transição conciliada? Outras questões de igual quilate permanecem em aberto.

A questão retoma seu fôlego quando Rodrigo Janot, empossado Procurador-Geral da República, em outubro de 2013, manifesta-se no sentido de que a lei de anistia pode ser revista, em entendimento contrário a seu antecessor.

Também a chegada do ministro Luís Roberto Barroso ao STF reacendeu a discussão com a frase “Na vida você pode ter lições de justiça ou lições de paz. Esta é uma questão política, quem tem posição deve tomar” (AGÊNCIA BRASIL, 2013), ao comentar o assunto em entrevista.

Partidos políticos estudam buscar junto à Corte brasileira a revisão da Lei de Anistia, por meio de nova Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Tentando pensar a teoria do direito de modo crítico, este artigo valendo-se da obra *Direito e Democracia*, de Jünger Habermas, discute a (i)legitimidade democrática da Lei de Anistia, advogando sua necessária revisão, haja vista sua desconformidade desde o procedimento.

## 1 A questão da anistia no Brasil

A Lei nº 6.683, conhecida como Lei de Anistia, foi promulgada pelo então presidente, João Batista de Figueiredo, em 28 de agosto de 1979, no seio do movimento social pela anistia *ampla, geral e irrestrita* aos presos políticos, banidos

e exilados, no ocaso do regime militar no Brasil.

Nos termos da lei, concedeu-se 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.

A pedra de toque, contudo, envolve a inserção do § 1º, no artigo 1º, que considera conexos, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

O fato é que, após o advento da Constituição de 1988, ganhou relevância a discussão pública acerca do alcance da referida lei, no sentido de se estabelecer se houve ou não anistia aos agentes políticos responsáveis por crimes durante a ditadura e sua recepção pela nova ordem constitucional.

O debate é extenso e inflamado, de modo que o presente estudo se atém à coexistência de dois posicionamentos judiciais na ordem jurídica brasileira, quanto à interpretação da Lei de Anistia: a ADPF 153 e a sentença do Caso *Gomes Lund*, questionando especialmente a ADPF.

## **2 ADPF 153**

O Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs, em 21 de outubro de 2008, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, objetivando a declaração pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do não recebimento, pela Constituição Federal do Brasil de 1988, do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia).

Requeru, assim, àquela Corte, que, dando interpretação conforme a Constituição, declarasse que a anistia concedida pela Lei nº 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estenderia aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar no Brasil (1964/1985).

Distribuída a ação à relatoria do Ministro Eros Grau, veio a lume, em 29 de abril de 2010, o voto que acabou sendo acompanhado por sete dos nove ministros que participaram do julgamento e que resultou na improcedência do pedido. O voto se estruturou em argumentos à frente discutidos, tendo o STF decidido que a lei anistiou também os torturadores, que atuaram contra movimentos de resistência à ditadura militar.

## A sentença *Gomes Lund*<sup>1</sup>

No caso *Gomes Lund* e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *versus* Brasil, em sentença<sup>2</sup> proferida em 24 de novembro de 2010, o Brasil foi condenado, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, acima referida, ao julgar ação proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, sobre a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79).<sup>3</sup>

No caso *Gomes Lund*, portanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que possui jurisdição no Brasil, condenou o Estado brasileiro, pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas durante a Guerrilha do Araguaia (1967-1974). Dentre as várias determinações da Corte, destacam-se a obrigação “de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis e de determinar o paradeiro das vítimas” e o dever de possibilitar “o acesso, a sistematização e publicação de documentos em poder do Estado” sobre a guerrilha. Com isso, o Brasil é responsabilizado internacionalmente pela violação de direitos humanos e garantias judiciais nesse conflito ocorrido durante a ditadura militar.

O cumprimento dessa sentença ainda está em curso no país, implicando uma série de medidas que foram tomadas pelo governo brasileiro. É, pois, frente a esse panorama que se pretende discutir, sob a perspectiva de Jünger Habermas, na obra *Direito e Democracia*, a possibilidade de revisão da Lei de Anistia.

Especificamente, a partir do voto do relator Eros Grau, pautado na existência de uma transição conciliada e de um acordo político à época da aprovação da lei, quer se perquirir acerca da legitimidade democrática daquele instrumento legislativo.

### O voto do ministro relator Eros Grau na ADPF 153

Conforme já aduzido, o Ministro Eros Grau relatou a decisão que

---

<sup>1</sup> O caso leva o nome de Júlia Gomes Lund, em alusão à mãe do guerrilheiro Guilherme Luís Lund, um dos desaparecidos políticos da Guerrilha do Araguaia, onde um coletivo de homens e mulheres filiados ao Partido Comunista do Brasil (PC do B) que decidiram deslocar-se para a região sul do que à época era uma confluência entre os Estados do Pará, Maranhão e Goiás – hoje uma zona entre os Estados do Pará, Maranhão e Tocantins – conhecida como ‘Bico do Papagaio’ a fim de criar um exército de resistência guerrilheiro e, através da ação armada, derrubar a ditadura militar. A maioria dos membros eram universitários, lideranças estudantis que integravam a resistência da sociedade civil ao regime militar (FLORIANO, 2012, p. 51).

<sup>2</sup> Inteiro teor da sentença: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf).

<sup>3</sup> Sobre a questão, vale destacar trecho do voto fundamentado, concordante de modo geral quanto às fundamentações e conclusões colegiadas da Corte, todas elas unânimes: “Em apertada síntese, é por esta razão que o País está sendo condenado nesta sentença, pelas violações à Convenção, a saber: [...] b) **aplicação da Lei de Anistia como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes** – violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção e o dever de adotar disposições de direito interno (artigos 1.1 e 2), em detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada” (CIDH, 2010, p. 119-120).

fulminou a ADPF 153. Oportuno rememorar os argumentos que estruturaram a decisão, de modo a observar a lição de Rodriguez e Ferreira (2013), contribuindo para que a pesquisa em direito preste atenção na racionalidade jurisdicional.

Em apertada síntese, apontam-se no voto do relator, os argumentos utilizados para defender a existência da transição conciliada.<sup>4</sup>

De início, frente à alegação de que o § 1º do artigo 1º da Lei de Anistia teria sido propositalmente redigido de forma obscura, de modo a incluir subrepticamente a anistia aos agentes de repressão, rebateu, de pronto, o ministro, afirmando que “todo e qualquer texto normativo é obscuro até o momento da interpretação” (STF, 2010, p. 15).

Asseverou que, “como a interpretação do direito consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas” caberia definir “qual o momento da realidade a ser tomado pelo intérprete da Lei 6.683/79”. (STF, 2010, p. 16). Ademais, a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, deveria ser ponderada para que se pudesse discernir o significado da expressão *crimes conexos* naquela lei. O argumento, ali, era a existência de um acordo político.

O tema da conciliação nacional, da existência de um acordo político à época da aprovação da Lei de Anistia, insinuando um consenso, é, portanto, recorrente no voto em comento. Assim é que, analisando a questão da extensão da anistia aos crimes conexos, o Ministro Eros Grau, “à luz da Constituição”, passa a elencar momentos anteriores na história brasileira onde houve concessão de anistia, de modo a lembrar que a alusão a crimes conexos não é nova; apresenta, no decorrer do voto, arestos do próprio STF, acerca do entendimento sobre anistia (decisões proferidas entre os anos 1900 a 1982). A decisão mais recente, de 2004, faz menção ao voto do Ministro Carlos Velloso, que no RE 165.438 destaca que, em tema de anistia, a interpretação tem de ser ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos (STF, 2010, p. 29).

E termina, naquele ponto, por dizer que “há momentos históricos em que o caráter de um povo se manifesta com plena nitidez. Talvez o nosso, cordial, se desnude na sucessão das frequentes anistias concedidas entre nós” (STF, 2010, p. 30). Aduz, ainda, que a expressão crimes conexos a crimes políticos “conta sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ter sido assim. A

---

<sup>4</sup> Cabe anotar que o voto apresenta outros argumentos, além da conciliação nacional. Discute o direito a receber informação de órgãos públicos, entendendo o Ministro que, o que caracteriza a anistia é sua objetividade devendo a mesma se referir a delitos e não a pessoas determinadas. “A anistia é mesmo para ser concedida a pessoas indeterminadas”. (STF, 2010, p. 18). Assevera, noutra margem, que a Emenda Constitucional 26/85 teria, em seu 4º, § 1º, reafirmado a Lei de Anistia, constitucionalizando a anistia, já que inaugurava uma nova ordem constitucional e consubstanciava a ruptura da ordem constitucional que decaíra plenamente, com o advento da Constituição de 1988 (STF, 2010, p. 44). Dentre os vários argumentos, os limites do presente estudo, circunscrevem-se à discussão sobre a existência ou não, de um acordo político a embasar a legislação.

chamada Lei de Anistia diz com uma conexão *sui generis* própria ao momento histórico da transição para a democracia.” (STF, 2010, p. 26).

No que se refere à afronta ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, em que se questionava o acordo que permitiu a transição do regime militar ao Estado de Direito, responde o Ministro: “Trata-se, também neste ponto, de argumentação exclusivamente política, não jurídica, argumentação que entra em testilhas com a História e com o tempo.” (STF, 2012, p. 21).

Para o Ministro Eros Grau, a arguente desqualificou fatos históricos que antecederam a Lei de Anistia, ignorando o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país; e a ruptura da aliança entre os militares e a burguesia se deu com a crise do petróleo de 1974, mas “a formidável luta pela anistia é expressiva da página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História” (STF, 2010, p. 22), passando a elencar o voto, pessoas e instituições ligadas a esta luta, de modo a responder as indagações constantes da inicial, no sentido de que: quem seriam as partes no acordo pela Lei da Anistia?

Por fim, especificamente sobre a revisão da Lei de Anistia, entendeu o Ministro que no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo; pode, a partir dele, produzir distintas normas. O Supremo Tribunal Federal não está autorizado a reescrever leis de anistia (STF, 2010, p. 38). Nem mesmo para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo (STF, 2010, p. 38).

Ao Poder Judiciário não incumbe rever a Lei de Anistia: “Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias. A ele não incumbe legislar ao apreciar ADPFs, senão apurar, em casos tais, a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais e a Constituição” (STF, 2010, p. 39).

Estes são, em breves notas, os argumentos que especificamente se referem ao suposto acordo para a transição, do regime ditatorial ao democrático, que levaram à improcedência a ADPF 153.

Na sequência, em companhia de Habermas (2003) procede-se à análise da legitimidade democrática da Lei de Anistia, enquanto ponto central deste estudo.

### **3 Habermas: Facticidade e Validade**

*Direito e democracia: entre facticidade e validade* (1992) traz os escritos fundamentais de Jünger Habermas e, segundo o autor, contém “um projeto de filosofia do direito”. Na obra, Habermas tenta mediar uma teoria sociológica do direito e reconstruir o sistema dos direitos, a partir de uma análise da relação problemática entre direitos humanos e soberania do povo.

A instituição absoluta da soberania pode significar a tirania da maioria sobre os direitos do indivíduo. A instituição absoluta do direito individual (como a propriedade, por exemplo) pode tirar da decisão democrática sua substância. Há que se pensar, portanto, com Habermas, na relação interna entre soberania do povo e direitos humanos: quando a autonomia política dos indivíduos é realizada não apenas por leis gerais e sim, no modo comunicativo da formação da opinião e da vontade. (REESE-SCHAFFER, 2012, p. 84-105).

Há certo consenso, que, se pudesse ser resumido em uma frase o objetivo geral da obra, esta seria: “De que maneira é possível criar uma ordem jurídico-política legítima”?

A questão da legitimidade<sup>5</sup> é o tom da análise e, embora Habermas (2003) exponha seu pensamento nos termos da tensão *facticidade e validade*, a validade merece atenção especial, já que ao autor importa mais demonstrar as peculiaridades de uma legitimidade democrática, do que meramente evidenciar que o direito deve ser posto e imposto por uma força coatora.

O ponto de partida de Habermas (2003) para analisar a legitimidade é a ideia de que as sociedades modernas não dispõem de uma etnicidade unificadora, que as mantenha coesas, como a religião, por exemplo, no caso das sociedades pré-modernas.

A sociedade moderna é formada, isto sim, por uma pluralidade de formas de vida, permeadas pela lógica do capitalismo, com interesses diversos. E se não pode recorrer a um *ethos* metafísico para se legitimar, a ordem política e jurídica moderna precisa, então, buscar outro fundamento.

Diferente de autores (positivistas, sobretudo) que sustentaram que basta que a ordem jurídica assuma a forma de um direito imparcial, livre de conteúdo moral, para ser válida, Habermas (2003) diz que a legalidade posta está umbilicalmente vinculada a valores, como justiça e democracia. E mais, que só há um modo de conectar o direito positivo com a legitimidade: seu processo democrático de criação.

A teoria de Habermas (2003) se diferencia pelo fato de que a legitimidade só pode emanar de um processo participativo, pelo qual os cidadãos constroem, por meio do discurso, uma vontade coletiva. Sob esta ótica, é possível argumentar que a Lei de Anistia, no Brasil, embora fruto do movimento *anistia ampla, geral e irrestrita*, não parece ter nascido neste caldo de vontade coletiva. A livre expressão da vontade não era uma prática fácil em tempos de Ditadura.

Nas palavras de Katya Kozicki, ao prefaciá-la obra de Lucia Helena Bastos (2009, p. 14), “para além do verbo anistiar reside a história e os fatos que, nela contidos, remetem não somente aos perpetradores dos atos que se pretende

---

<sup>5</sup> Entendida como aquilo que caracteriza que, um dado poder, tem razões para ser obedecido. (HABERMAS, 2003).

‘perdoar’ ou ‘desculpar’”. Para Kozicki, ao se converter o verbo anistiar em norma, mais do que direito penal, o tema conduz aos fatos históricos e políticos que o verbo anistiar quer relegar ao esquecimento ou às gavetas da história: “Os homens e mulheres que, vítimas destas práticas, constituem-se em sujeitos vivos da história a reclamarem o direito à verdade e à memória” (KOZICKI, 2009, p. 15).

Essa memória, essa verdade poderia ter começado a ser escancarada pela revisão da Lei da Anistia, para que às gavetas da história só fossem conduzidos os “crimes” daqueles que combateram o Regime e não encerradas em toda sorte de abuso e vilania daqueles que detinham o poder.

Aprofundando-se a questão da legitimidade em Habermas (2003), tem-se que esta se pauta na existência de um procedimento através do qual os cidadãos deliberam, sobre seus interesses, resolvem suas divergências e chegam a uma decisão racional. Racional, porque pautada em uma situação de discurso, com participantes livres para debater, sem coação ou violência, valendo-se apenas da força do melhor argumento. É isto que explica a legitimação do Estado de direito: um procedimento democrático de ampla participação, ancorando o direito no poder comunicativo.

A questão do debate público, a presença de coação ou violência reiteram, ademais, a ilegitimidade da Lei de Anistia, promulgada com a inserção de um parágrafo único, sub-reptício, contra o qual o passado recentíssimo coibia a insurreição.

Cabe, contudo, delimitar o que Habermas (2003) entende por poder comunicativo. Poder comunicativo seria, então, um tipo de poder que surge da interação comunicativa, linguisticamente mediada, exercida pelos cidadãos em uma situação de fala, na qual, livre de coerção, fazem uso de suas liberdades comunicativas, para produzir uma vontade geral genuína.

Assim sendo, o poder comunicativo não é algo que se possa criar individualmente, ou até mesmo que se possa possuir. Ele é algo que tem sua gênese na comunhão dos homens e, só nessa forma intersubjetiva, pode existir. Os indivíduos não enxergam uns aos outros como meios, mas sim se pautam pelo entendimento e pelo bem comum.

O poder comunicativo se forma, pois, por meio dos direitos de participação política, que remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública de opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas (HABERMAS, 2003a, p. 190).

No âmbito dos direitos de participação política, enquanto sede de legitimação democrática do instrumento legislativo, a simples menção aos Atos Institucionais baixados durante a Ditadura, especialmente o AI-5, vigente até outubro de 1978, parece elucidar a questão. Que tipo de debate democrático prévio e transição negociada é possível se verificar após anos de Congresso Nacional em

recesso e Assembleias Legislativas fechadas? E mais, conforme Habermas (2003) para esta formação de opinião se realizar em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, dois aspectos devem ser considerados.

O primeiro, em sentido cognitivo, há que se filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor, a suposição da aceitabilidade racional; o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. O segundo aspecto, em sentido prático, produz relações de entendimento, isentas de violência, que desencadeiam a força produtiva da liberdade comunicativa.

Argumentos e informações, entendimento e não violência não são palavras hábeis a descrever um período ditatorial, ainda que em seu apagar das luzes.

Importante observar que em Habermas (2003) o que mais importa para a legitimação numa visão procedimentalista, da política e do direito, é a existência de um processo de deliberação e não, propriamente, a deliberação em si. Habermas (2003) não diz como uma sociedade democrática deve ser, apenas aponta certas condições mínimas, que devem ser asseguradas para que uma vontade racional e justa seja edificada. O que importa é o procedimento pelo qual se chega ao consenso (já que é o consenso que incorpora a razão comunicativa), mais que o resultado atingido.

A legitimação por meio do procedimento é avessa a determinações normativas, ou de conteúdo, na construção política da vontade. O Estado de direito deve ser entendido como um instrumento de autodeterminação da sociedade.

O que fundamenta esta posição para Habermas (2003) é que existe uma “pressuposição de racionalidade” inscrita no procedimento: se foi garantido a todos os participantes que suas opiniões fossem escutadas e debatidas, com sinceridade, em um ambiente livre de coerção e violência, o produto final desta deliberação é necessariamente racional e legítimo.

O que se denota, entretanto, é que a Lei de Anistia não se fez a partir de um procedimento que permitisse o consenso. As vozes foram sufocadas no período que a precedeu, não houve ambiente livre de coerção e violência; ao contrário, saía-se de um tempo de morte, dor e tortura. Não se cria consenso legítimo em tempos assim. Ademais, retomando-se o voto do ministro Eros Grau, este aduz que a história é a fonte para entender o contexto em que a Lei da Anistia foi assinada e as razões pelas quais mereceu ser mantida integralmente.

Nessa senda, percorrendo-se na história outros caminhos, será possível observar a destruição completa do piso da dignidade humana, com os sofrimentos indizíveis impingidos “ao outro”, sobretudo na Segunda Guerra Mundial. Tais situações forçaram, inclusive, um comportamento de proteção do ser humano, que não restou ignorado, por certo, também na Carta Constitucional brasileira. “A

terrível facilidade com que milhares de pessoas – não apenas alemãs, diga-se, mas de diversas nacionalidades europeias – abraçaram a ideia de que o extermínio puro e simples de seres humanos podia consistir em uma política válida de governo” (BARCELLOS, 2000, p. 161) alterou o modo de pensar o Direito.

Caminhou-se, então, no sentido da fundamentalização de um direito, de um princípio ou de valor cuja natureza jurídica precisa, mas que aqui não cabe discutir. Este direito, este piso mínimo de atribuições do ser humano é a dignidade humana, que fora pisoteada até a morte, nos horrores do pós-guerra. Como herança deste marco histórico, o direito constitucional se imbuíu de normatividade, superioridade e centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos.

No Brasil, no entanto, esse marco histórico da constitucionalização chegou mais tarde, por ocasião da Assembleia Constituinte de 1988, justamente em função dos anos de opressão da ditadura militar – aqueles anos onde teria sido pactuado o chamado “acordo” para a anistia.

Em face desta narrativa depreende-se que a prevalência dos direitos humanos, para além de vetor de interpretação, constitui-se em imperativo para o Estado Democrático de Direito e, em específico, para as relações internacionais do Brasil. Deste modo, a adesão da jurisprudência do STF aos tratados internacionais é medida que se coaduna com os mais básicos valores de defesa dos direitos humanos. Tanto é verdade, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a suprallegalidade dos tratados de direitos humanos, no findar do ano de 2008. Todavia, ao ignorar, noutro lado, as normas internacionais garantidoras de direitos humanos, o voto do relator da ADPF 153 colaborou para atrair para o Estado brasileiro a responsabilidade internacional, através de condenação na sentença *Gomes Lund*.

Atente-se, pois, para a lição de Lucia Helena Bastos (2009, p. 27), no sentido de que o que deve ser compreendido é que a soberania significa a autodeterminação interna e independência em relação a qualquer poder superior. Mas “a não-observância do direito em casos específicos não anula um tratado ou um costume internacional, a não ser que ou até que o tratado seja denunciado ou um novo costume tenha surgido, pois o direito é sempre uma tentativa de estabelecer limites”. Deste modo, soberania significa supremacia relativa sujeita ao direito internacional.

Há que se considerar, ademais, que a tortura excede o âmbito material da Lei de Anistia, “uma vez que, em se constituindo crime contra a humanidade, é imprescritível – consoante o definido por tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário.” (KOZICKI, 2009, p. 15). Não se tratava, portanto, de mero revanchismo, tendo em vista que todos os envolvidos teriam o devido processo legal e direitos constitucionais assegurados, no seio do Estado Democrático de Direito. “Tratava-se, isso sim, de não repetir os mesmos erros cometidos durante o período ditatorial.” (BASTOS, 2009, p. 27).

Outra questão de relevo, na análise da Lei de Anistia, diz respeito ao

papel e a legitimidade da jurisdição constitucional. Caberia, pois, em sede de ADPF, a revisão da Lei de Anistia?

Para Habermas, é no controle abstrato de normas que se pode verificar a concorrência das competências entre o judiciário e o legislativo, já que “[...] para saber se uma lei decidida pelo parlamento é conforme a Constituição, esta questão é submetida a um reexame judicial. Até a votação, esta é uma questão que o parlamento tem que decidir. É sempre útil considerar se o reexame desta decisão parlamentar também poderia dar-se na forma de um autocontrole do legislador, institucionalizado, por exemplo, numa comissão parlamentar, que incluiria juristas especializados.” (HABERMAS, 2003a, p. 300). Porém, segundo o autor, pouco importa a questão da institucionalização adequada da questão, o que realmente diz respeito é que “a concretização do direito constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção da ordem jurídica coerente.” (HABERMAS, 2003a, p. 302).

Apesar da concretização de direito constitucional pela via do controle judicial ter o condão de trazer clareza ao direito e dotar o ordenamento jurídico de coerência, verifica-se que “a interpretação correta deve ser encontrada, isto é, elaborada numa argumentação racional”. (HABERMAS, 2003a, p. 303). Não havendo que se falar em “encontro criativo” pelo intérprete e tampouco em ampla competência do judiciário, pois isso ameaçaria a estrutura da divisão dos poderes, já que, no modelo liberal, haveria uma íntima ligação da justiça e da administração à lei, como garantia contra poderes absolutistas. (HABERMAS, 2003a, p. 305).

Quando a jurisdição constitucional parte do caso concreto, está limitada à aplicação de normas de caráter constitucional, pressupostas como válidas. Assim, no momento da aplicação, é justamente a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas ou valores que vai oferecer ao julgador, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas, tidas por legitimadoras da justiça e da legislação, inclusive. Ou seja, é com base neste critério que o tribunal constitucional deverá decidir. (HABERMAS, 2003a, p. 323-324).

Deve-se ater, todavia, que “o fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da Constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema de direitos, à medida que persegue suas políticas.” (HABERMAS, 2003a, p. 324).

Nesse passo, o Ministro Eros Grau (STF, 2010, p. 15) se alinha à ideia de que a interpretação do direito é constitutiva e que o intérprete dá concreção ao direito. Não é declaratória, portanto, a interpretação. O intérprete produz, a partir de textos normativos e da realidade, normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso. Mais à frente, em seu voto, aduz que nem mesmo para corrigir iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do

Legislativo.

Noutra margem, acerca da conexão de crimes conexos a crimes políticos informa que tal expressão “conta sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei”. Para o relator, a Lei de Anistia diz com uma conexão *sui generis* própria ao momento histórico da transição para a democracia. Para o Ministro Eros Grau (STF, 2010, p. 26), a expressão ignora, no contexto da Lei nº 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; trata-se, portanto, de um conceito mais amplo.

Ora, Katya Kozicki (2006, p. 85) ensina que já em Hart se admitia expressamente que os tribunais exercem uma função criadora do Direito. “Mas ao mesmo tempo, adverte, que esta função criadora muitas vezes é menosprezada, através da afirmação de que o que os tribunais fazem é, na realidade, buscar a intenção do legislador e o direito que já existe”. Seria o caso deste voto? Estar-se-ia diante do menosprezo da função criadora do Direito pelo intérprete sob o argumento de que este apenas produz a partir da realidade, normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso? Afinal, o intérprete cria o Direito ou apenas busca a intenção do legislador?

O voto do relator aposta na criação do direito pelo intérprete ao dizer que toda norma é obscura e que só seria clarificada quando interpretada. Mas insiste, em vários pontos de sua argumentação, que a Lei de Anistia deve ser analisada a partir do momento histórico no qual estava inserida (tão somente buscar a intenção do legislador naquele momento?).

Para além da discussão sobre o papel do intérprete, a impressão que se tem do voto que conduziu à improcedência a ADPF 153 é de que a decisão já estava tomada e era preciso “apenas” construir os argumentos que apontassem nesta direção. Não foram os argumentos que levaram à conclusão; partiu-se da necessidade (conveniência?) da improcedência em busca de argumentos que a justificassem.

Nesse sentido, José Rodrigo Rodriguez e Carolina Ferreira (2013, p. 30) trazem importante reflexão sobre a qualidade da jurisdição brasileira, na medida em que “os acórdãos escritos dos tribunais são o mero registro dos debates, sem preocupação com a coerência da argumentação e sem a redação de uma decisão oficial do tribunal”.

Ora, se assim não fosse, a leitura do momento histórico em que fora produzido o “acordo” que oportunizou a transição democrática poderia ter sido outra, especialmente pelo fato de provir de alguém que viveu, efetiva e intensamente, o período militar, como é o caso do Ministro Relator. Talvez esta leitura do momento histórico pudesse evidenciar o esvaziar das forças das frentes de resistência ao regime militar, o esgotamento dos recursos para se enfrentar a ditadura, o medo cruel e justificado de perecimento da própria vida ante a não aceitação da anistia ampla, geral e irrestrita.

Chega a parecer irônica, ou mesmo cruel, a afirmação ministerial de que a cordialidade do povo brasileiro (STF, 2010, p. 30), talvez desnude a sucessão de anistias concedidas entre nós. Não se pode comparar a Lei nº 6.639/79 a nenhuma outra ao longo da trajetória brasileira, pois o momento histórico e social não se compara a nenhum outro.

A Lei de Anistia estava viciada desde a origem, pois lhe faltava a legitimidade subjetiva. Assim, “ainda que sejam tidos por políticos, os atos (crimes) não podem ser anistiados por uma legislação espúria, cujos autores e intérpretes oficiais não tinham competência validamente outorgada para editá-la e aplicá-la. (ROTHENBURG, 2013, p. 697).

O que se pretende demonstrar é que, prosseguindo com Habermas (2003), um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – claramente determinada na lógica da argumentação – quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção. (HABERMAS, 2003a, p. 345-346).

Aqui, cabe refletir dois pontos. O primeiro, reforçando novamente a (falta de) lógica na argumentação do voto do Ministro Eros Grau, dantes apontada. Chega-se a pensar que há mais uso retórico do que argumentos racionais produzidos pelo julgador. Não se percebe, com a clareza e firmeza necessárias, uma racionalidade que sustente a decisão a ponto de se poder dizer que aquela foi a melhor decisão.

Analisada a decisão enquanto modelo hermenêutico, ou seja, conjunto de raciocínios utilizados para resolver casos concretos a partir do direito posto (RODRIGUEZ, 2011), pode se verificar as chamadas zonas de autarquia, a ausência de justificação, de pretensões de verdade fundadas em normas jurídicas.

O segundo ponto refere-se à questão do estado de exceção. Como se falar em acordo e consenso em tempos de exceção da toda sorte de direitos fundamentais? O Estado de exceção, enquanto “tensão entre a norma e a anomia, entre a violência institucionalizada (pelo direito) e a violência pura, entre a *autorictas* e a *potestas*, entre, enfim, direito e vida” (FONSECA, 2005, p. 172) não parece ser o melhor solo para se construir um acordo político.<sup>6</sup>

Saindo de anos de opressão, de suspensão da ordem jurídica prevista pela própria ordem jurídica, de poder puro e simples pertencendo ao direito, a sociedade não estava capacitada para tecer nem mesmo reagir a uma transição conciliada. Para

---

<sup>6</sup> Oportuna a leitura da obra *Estado de Exceção*, de Giorgio Agambem, sem perder de vista o fato de que “a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos – p. 13”. (FONSECA, 2005, p. 174).

Habermas (2003a, p. 347), contudo, o tribunal constitucional poderá assumir um papel de tutor, nunca de regente, que substitui um incapaz. Isso significa que o mister do tribunal constitucional é tutelar o procedimento democrático e a forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade (BOTELHO, 2009, p. 3)

É válido aludir, pois, que o STF poderia ter enfrentado a Lei da Anistia por meio da ADPF 153, tutelando e corrigindo, ainda que tardiamente, o procedimento democrático capenga e a forma autoritária de formação política da opinião e da vontade.

Nesse sentido, assimilando a formação política da opinião e da vontade ao autoentendimento ético-político, no processo de legislação, segundo Habermas (2003a, p. 350), “do ponto de vista de sua estrutura, as leis são determinadas pela pergunta: com que normas os cidadãos querem regular a sua convivência?” Certamente, tudo o que o povo não pretendia por ocasião a Lei da Anistia, era anistiar torturadores.

Tal resposta está subordinada a outras questões morais e pragmáticas. “Tem primazia a questão: como é possível regular uma matéria no interesse simétrico de todos? [...] Para ser legítimo, o direito de uma comunidade jurídica concreta, normatizado politicamente, tem que estar, ao menos, em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica.” (HABERMAS, 2003a, p. 350-351).

E, por tal motivo, a jurisdição deve levar em consideração diferentes tipos de argumentos, que são introduzidos no processo de normatização, “fornecendo uma base racional para as pretensões de legitimidade do direito vigente.” Significa que, “nos discursos jurídicos, surgem não somente argumentos imanentes ao direito, mas também argumentos éticos, empíricos e pragmáticos.” (HABERMAS, 2003a, p. 352).

Sob qualquer prisma que se analise, não faltariam à jurisdição constitucional brasileira argumentos éticos, empíricos e pragmáticos hábeis a autorizar a declaração de (in)adequação da Lei de Anistia ao texto constitucional vigente. Dignidade humana, memória, justiça e verdade são alguns dos argumentos que poderiam, *prima facie*, embasar a decisão. Anote-se, sobretudo, que até o advento da Carta de 1988, o Poder Judiciário não possuía papel relevante na concretização do conteúdo da Constituição. Foi só com o advento deste novo modo de pensar o Direito, que o juiz passou a ser responsável também pela realização da Constituição, expandindo-se.

Para Amélia do Carmo Sampaio Rossi (2011) o neoconstitucionalismo – ou constitucionalismo contemporâneo – implica, inclusive, “na construção de uma nova teoria das normas jurídicas, já aceitando que princípios possuem efetivamente um caráter normativo”.

Nessa nova teoria, de evidente superação do positivismo para a autora, a

“exigência de um juiz neutro na estipulação de um raciocínio subsuntivo não se mantém diante da ideia normativa de princípios” e passa a exigir “uma ideia de direito comprometido com a noção de correção ou justiça, o que implica as relações necessárias entre a moral e o Direito” (ROSSI, 2011, p. 168). Uma interpretação do direito radicalmente comprometida com o outro e com a justiça. A este comprometimento, contudo, não se alinhou à decisão da ADPF 153.

Observe-se, ademais, que ao titubear entre a força criadora do direito pela interpretação judicial e os limites de competência do legislador, o voto se traduz no fiel retrato que a tensão entre constitucionalismo e democracia pode produzir.

Mesmo cientes das lições de Vera Karam de Chueiri (2006, p. 169), ao advertir sobre a impossibilidade de uma relação amena entre constitucionalismo e democracia, entende-se que o STF perdeu uma chance histórica de consolidar as bases do reconhecimento e proteção dos direitos humanos. Para a autora, “a aporética construção do Estado constitucional, democrático e de direito, não significa, porém, que estamos fadados a viver em tensão, sobrestados no que não se resolve”. A aporia, ao contrário, requer decisão, que será sempre contingente e, portanto, provisória, “porém atenta ao chamamento da justiça”.

O STF fora chamado, mas, nos parece, não respondeu à justiça.

### **Considerações finais**

A questão colocada no cenário de tensão entre constitucionalismo e democracia é a força simbólica que o voto da lavra do Ministro Eros Grau na relatoria da ADPF 153 representa. Entende-se que a Corte Constitucional deixou passar uma histórica oportunidade de ajustar sua jurisprudência aos mais elevados valores de proteção dos direitos humanos.

Ao discutir a revisão de uma lei de tamanha envergadura com relação aos preceitos fundamentais, o Poder Judiciário, ciente de seu papel numa sociedade com a conformação democrática dantes narrada, perdeu importante oportunidade de proteger, assegurar, implementar direitos fundamentais, evidenciando que ao STF incumbe a guarda ampla, geral e irrestrita da Constituição.

Perceba-se que essa afirmação carrega em si elevada polêmica, eis que identificar o detentor da *última palavra* nesta tensão é tema polêmico, cujo consenso está longe de se alcançar. O que se quer advogar, por certo, não é o Supremo como panaceia.

De fato, em Habermas (2003) os valores da sociedade só podem ser definidos num debate democrático, realizado pela própria sociedade, de modo que os tribunais constitucionais, ainda que restringindo o princípio majoritário, continuam sendo defensores da soberania popular, enquanto garantidores dos direitos fundamentais de participação política e de acesso ao discurso político.

Se o Judiciário tem legitimidade para restringir a vontade da maioria tão

somente enquanto guardião do procedimento democrático e, por conseguinte, da própria democracia, não lhe cabendo o papel de legislador positivo ou negativo, não garantiu, ainda que tardiamente, o procedimento democrático ausente na aprovação da Lei de Anistia, promulgada na porta de saída do Estado de exceção.

Mas o fato é que “a indeterminação que caracteriza o Estado de exceção [...] não nos exime de tomar uma posição, de agir mas, ao contrário, é o que nos move e dá sentido ao que significa a responsabilidade em escrever uma outra história”. (CHUEIRI, 2005).

A falta de uma voz institucional no STF é tamanha que o mesmo, em que pese reverberar sempre que possível ser o dono da última palavra, num momento histórico e emblemático apto a passar a limpo o Estado de Exceção, onde lhe seria cabível (recomendável, exigível, crível...) fazê-lo, não o fez.

## Referências

AGÊNCIA BRASIL. EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. **Supremo pode revisar Lei de Anistia, analisa Barroso.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-06-07/supremo-pode-revisar-lei-de-anistia-analisa-barroso>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, jul./set. 2000.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2009.

BOTELHO, Marcos Cesar. Corte constitucional como espaço público por excelência considerações em Habermas e Häberle. **Revista do Instituto Brasiliense de Direito Público: ciência jurídica em foco.** Brasília, v. 1, n. 293, 2009.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm)> Acesso: 02 set. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.** Sentença de 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: 02 set. 2012.

CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Direito e Discurso: discursos do direito.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

FLORIANO, Fábio Balestro. **Júlia Gomes Lund e outros vs. Brasil**: uma análise do cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face dos princípios internacionais da transição democrática. 2012. 106 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Resenha – AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 41, p. 171-174, 2005.

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

KOZICKI, Katya. Prefácio. *In*: BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. Linguagem e direito: problematizando a textura aberta dos enunciados jurídicos. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e Discurso**: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Zonas de autarquias nas decisões jurisdicionais: estado de direito, indeterminação e democracia. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. **Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; FERREIRA, Carolina Cutrupi. Como Decidem os Juízes? sobre a qualidade da jurisdição brasileira. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Felipe Gonçalves. (Org.). **Manual de Sociologia Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. **Rev. direito GV** [online]. 2013, vol. 9, n. 2, pp. 681-706. ISSN 1808-2432. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000200013>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** **153**. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>

Acesso em: 08 set. 2012.

Recebido em 11/06/2015

Aceito em 22/09/2015