

**ASPECTOS TEÓRICOS DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO: UMA ANÁLISE DA LEI
Nº 6.683/79 – LEI DE ANISTIA, SOB
O PRISMA DA TEORIA DE
PONTES DE MIRANDA**

**AN ANALYSIS OF LAW Nº 6.683 /
79 - ANISTIA LAW, UNDER THE
PRISM OF THE THEORY OF
PONTES DE MIRANDA**

*Janaina Helena de Freitas*¹²⁴

*Daniel Alan Miranda Borba*¹²⁵

RESUMO

A Lei de Anistia, editada no ano de 1979, foi questionada no Supremo Tribunal Federal através da ADPF n.º 153, trazendo novamente o tema para debate. O tema possui grande relevância, especialmente em virtude do fato de ter anistiado os agentes públicos responsáveis por repressão e por todos os crimes conexos aos políticos. Por outro lado, questiona-se, em razão do fato do Brasil ser signatário de diversos tratados de direitos humanos, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), se a citada lei se sustentaria. Para analisar esta questão, utilizar-se-á a teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais e os planos da norma jurídica de Pontes de Miranda.

¹²⁴ Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Doutoranda pelo Programa de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Coordenadora de Publicação e Pesquisa da Escola Superior de Advocacia da OAB – AL. Advogada e Pesquisadora.

¹²⁵ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Doutorando em Direito pela

Palavras-chave: Lei de Anistia. Direitos Fundamentais. Pontes de Miranda.

ABSTRACT

The Amnesty Law, published in 1979, was challenged in the Federal Supreme Court through ADPF 153, bringing the issue back to debate.

The issue is highly relevant, especially as it has amassed public officials responsible for repression and all crimes related to politicians. On the other hand, it is questioned, due to the fact that Brazil is a signatory to several human rights treaties, such as the American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica), if said law would be sustained.

In order to analyze this question, we will use the suprapstate theory of the fundamental rights and plans of the legal standard of Pontes de Miranda.

Keywords: Amnesty Law. Fundamental rights. Pontes de Miranda.

1. INTRODUÇÃO

“Se tentamos executar o que pensamos, prendem-nos, porque só nos deram a liberdade de pensar. Portanto, a própria premissa é falsa. Se podemos pensar e não podemos ser livres fisicamente, não é certo que podemos pensar.”¹²⁶

Universidade de Salamanca/ES. Professor do Centro Universitário CESMAC e Procurador do Município de Maceió.

¹²⁶ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade e Igualdade:** os três caminhos. 2ª ed. Campinas: Saraiva, 1979, p. 324.

A Lei de Anistia, promulgada em 28 de agosto de 1979 pelo então Presidente da República João Figueiredo, considerada por alguns como um grande pacto nacional pela redemocratização do Brasil, desvela importantes questões que voltaram a ser debatidas quando a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB - a questionou perante o Supremo Tribunal Federal – STF , através da ADPF nº 153. O argumento principal da OAB para pedir a não conformidade da lei em relação à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 - foi que, ao anistiar de forma ampla todos os que cometeram crimes conexos a políticos, até mesmo crimes comuns e graves contra a vida e integridade física – homicídio, desaparecimento forçado e tortura, por exemplo –, incluindo os agentes públicos, a referida lei violou tratados internacionais e direitos fundamentais.

O Brasil é signatário de tratados de direitos humanos, entre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), instrumento que faz parte do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, mecanismo essencial na prevenção e repressão à violação de

direitos. Constam do Pacto diversos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à integridade física, às garantias judiciais etc. Ademais, o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos por fatos relacionados à Lei de Anistia, no caso Gome Lund e outros x Brasil. Este caso versava sobre a “detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 vítimas”. A referida Corte entendeu que o país violou direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos

Com o intuito de discutir e avaliar se a Lei de Anistia e a decisão do STF estariam em conformidade com o fato de o Brasil ser signatário de tratados internacionais, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, será utilizada a teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais, do jurista alagoano Pontes de Miranda, importante instrumento para uma melhor compreensão do tema proposto neste trabalho.

O artigo será dividido em três tópicos. Inicialmente será realizada uma contextualização da Lei de Anistia e da condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em seguida, será abordada a teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais em Pontes de Miranda,

buscando com isso traçar aspectos da importante teoria do jurista alagoano. Posteriormente, no tópico final, em contraponto à decisão do STF, aponta-se uma (in)adequação com os planos da norma jurídica.

Dessa forma, busca-se com este artigo analisar um tema que é tão caro para a história brasileira utilizando balizas de direitos fundamentais e de direito privado: a teoria da norma jurídica de Pontes de Miranda.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA LEI DE ANISTIA E DA CONDENAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Assim como a Segunda Guerra Mundial foi um acontecimento histórico que deixou profundas marcas no plano mundial, os diversos momentos de autoritarismo governamental pelos quais passou o Brasil também marcaram o país, influenciando e provocando muitas discussões no plano sociológico e histórico. São de conhecimento público os diversos acontecimentos que

marcaram este período autoritário: mortes, desaparecimentos e supressão de direitos, especialmente os ligados à liberdade do indivíduo.

No mundo jurídico, recorte que nos interessa, notam-se algumas questões que merecem ser destacadas e que marcaram o período de transição para a democracia¹²⁷ após o término do regime militar que se iniciou em 1964: a Constituinte, a anistia e a abertura dos arquivos sobre o período. A Constituinte possibilitou a abertura das discussões para uma constituição democrática, não mais fruto da vontade de um grupo, mas sim mediante uma Assembleia Nacional Constituinte. A abertura dos documentos relacionados ao período e a instalação de comissões incumbidas de investigar os acontecimentos também são de grande relevância. Outro marco importante foi a Lei 6.683/79 – Lei da Anistia, que será analisada neste trabalho.

Ainda sobre o prisma jurídico, o regime militar de 1964 desvelou no país três caminhos para os juristas. O primeiro direcionou aqueles que não se manifestaram sobre o ocorrido, seja por não terem uma opinião formada ou por

¹²⁷ “Temos, pois que as democracias podem permanecer como um mecanismo, interior, adaptado dentro de uma caixa resistente e homogênea. Os seus movimentos não poderão arrebatá-la, nem sequer feri-la. Para isto, será de mister que os fins sejam precisos, nítidos e então,

preliminarmente, se terá de procurar quaes ‘sejam’ estes fins ou quaes ‘devem’ ser”. MIRANDA. Pontes de. **Os novos direitos do homem**. Coleção dos 5 direitos do homem. 5º Milheiro. p. 20.

receio de perseguição; o segundo, aqueles juristas que se alinharam ao regime militar, como Francisco Campos¹²⁸; e, por fim, aqueles que foram defensores incontestáveis de um Estado pautado pelo regime democrático de direito, como Pontes de Miranda. Assim escreveu o jurista alagoano:

mutilou-se o Congresso Nacional e implantou-se ditadura de ligações inconfessáveis e oligárquicas, chegando-se ao ponto de termos uma Constituição sem Assembleia Constituinte, autêntica, nem feita de acordo com os princípios¹²⁹.

Com o início da abertura do processo democrático, ainda sob a égide de um governo militar e da Constituição de 1967, foi promulgada pelo então Presidente João Figueiredo, em 28 de agosto de 1979, a Lei 6.683, que ficou conhecida como Lei de Anistia. A

referida lei¹³⁰, em seu artigo primeiro, concedeu anistia a todos que entre os dias 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 cometeram crimes políticos ou conexos com estes¹³¹, tanto para civis quanto para militares, servidores públicos ou não.

A Lei da Anistia foi proposta pelo então presidente João Figueiredo com a intenção de promover uma abertura política “lenta, gradual e segura”, iniciada pelo Presidente Geisel. Nos termos do art. 1º, § 2º, da referida lei, não foram anistiados os condenados por crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Por outro lado, possibilitou o retorno de servidores públicos, civis e militares, que perderam seus cargos em virtude de terem sido exonerados pela Administração Pública.

A lei, contudo, foi questionada

¹²⁸ “Não cabe discutir o alcance da influência de Francisco Campos (1891-1968), que, além de ter trabalhado para a legitimação da ditadura de Getúlio Vargas, tendo escrito a Constituição de 1937 (apelidada popularmente de “Polaca”, em irônica alusão à Carta fascista da Polônia e às prostitutas de proveniência da Europa oriental), ainda participou da ditadura militar. Nessa época, redigiu o preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 1964, participou da elaboração do Ato Institucional nº 2, de 1965, e encaminhou ao governo sugestões para a Constituição de 1967”. FERNANDES, Pádua. Setenta anos após 1937: Francisco Campos, o Estado Novo e o pensamento jurídico autoritário. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 6, p. 351-370, 2007.

¹²⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo. RT, 1970, p. 448.

¹³⁰ Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683compilada.htm Acesso em 30 de dezembro de 2017.

através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Uma das alegações que motivaram o ajuizamento da ADPF 153 foi a “necessidade de se interpretar o que se considerou como perdão aos crimes conexos de qualquer natureza”, uma vez que evidenciava uma anistia indefinida quanto aos crimes. Dessa forma, requereu a entidade que a anistia não fosse estendida a agentes públicos que houvessem cometido crimes comuns, como homicídio, abuso de autoridade, lesões corporais etc.

A OAB argumentou que a dignidade da pessoa humana invalidaria a conexão criminal entre os crimes comuns praticados por agentes públicos e os crimes “políticos” citados na Lei de Anistia. O STD entendeu que o conceito de crime político abarcado pela lei foi no sentido de abranger os crimes cometidos por motivação política, abrangendo os dois lados: os agentes públicos ligados ao governo militar e os opositores. Foi, portanto, uma anistia bilateral.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a medida judicial adequada para se questionar uma lei federal e guarda compatibilidade com

a Constituição vigente.

Argumentou a OAB¹³² sobre o art. 1º, § 1º:

É sabido que este último dispositivo legal foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes contra opositores políticos ao regime militar. (...) Ressalte-se, em primeiro lugar, que até hoje desconhece-se o que seja o crime de “terrorismo”. Mas supondo-se que ele designe, de modo geral, a prática de violência generalizada, é de perguntar: por acaso, a prática sistematizada e organizada, durante anos a fio, de homicídio, sequestros, tortura e estupro contra opositores políticos não configura um terrorismo de Estado?

A Ordem dos Advogados do Brasil fundamentou-se, ainda, na violação de preceitos fundamentais como a isonomia em matéria de segurança, preceito fundamental da não ocultação da verdade, estabelecido no art. 5º, XXXIII, da CRFB/88 e nos princípios democráticos e republicanos, por ter sido a lei votada sob a égide de um Congresso cujos membros foram eleitos sob o *placet* dos comandantes militares, sendo importante destacar, ainda, que 1/3 dos senadores que votaram a lei foram escolhidos por eleição indireta, conhecidos como “senadores biônicos”.

¹³² Petição inicial da ADPF nº 153, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586_

ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf
Acesso em 2 de agosto de 2019.

O STF¹³³, por sete votos a dois, posicionou-se de forma contrária à revisão da Lei de Anistia, sob o fundamento de ser ela compatível com a Constituição Federal de 1988. A anistia concedida pela lei foi ampla e geral, alcançando todos os crimes cometidos por agentes da repressão, inclusive os agentes públicos. Os ministros, a despeito de reconhecerem todo o mal que ocorreu no período, opinaram que a anistia consistia num processo de conciliação nacional durante a redemocratização do país.

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, parte do sistema interamericano do qual o Brasil faz parte, processou o caso Gomes Lund e outros x Brasil, que versava sobre a “detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 vítimas. O caso foi enviado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pedindo que esta declarasse o Estado brasileiro responsável pela violação dos direitos estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos: direito ao reconhecimento da personalidade

jurídica; direito à vida, direito à integridade e à liberdade pessoal, garantias judiciais, liberdade de pensamento e expressão e proteção judicial.

Além dos direitos supracitados, o Brasil violou as previsões de obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos e o dever de adotar disposições de direito interno, todos constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos, doravante conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. O referido tratado foi ratificado pelo Brasil em 7 de setembro de 1992, e a aceitação de se submeter à Corte Interamericana de Direitos Humanos deu-se em 12 de outubro de 1998.

A decisão do processo Gomes Lund e outros x Brasil foi favorável aos autores, tendo a Corte declarado a invalidação da Lei de Anistia, condenando o país a providenciar a sua revogação e a proceder à investigação do ocorrido com os desaparecidos na Guerrilha do Araguaia, punindo os responsáveis pelos crimes cometidos durante o período do governo militar.

Salientou a sentença¹³⁴ que:

¹³³ ADPF 153
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960> Acesso em 2 de agosto de 2019.

¹³⁴

<https://daiane003.jusbrasil.com.br/artigos/16311911/a-anistia-em-debate-adpf-153-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos> Acesso em 5 de agosto de 2019

Desde sua primeira sentença, esta Corte destacou a importância do dever estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos. A obrigação de investigar e, se for o caso, julgar e punir, adquire particular importância ante a gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos ofendidos, especialmente em vista de que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir aos responsáveis há muito alcançaram o caráter de *jus cogens*. (...) Quanto à Lei de Anistia, a interpretação a ela conferida no âmbito interno é a que considera como “crimes conexos” todos aqueles cometidos pelos agentes do Estado, inclusive as graves violações de direitos humanos. Essa interpretação constitui o maior obstáculo à garantia do direito de acesso à justiça e do direito à verdade dos familiares dos desaparecidos, o que criou uma situação de total impunidade. Essa interpretação foi referendada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, o que torna maior o obstáculo que a lei representa para a investigação dos fatos, pelos efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* dessa decisão. (grifo nosso)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu, ainda, ao analisar e validar a Lei de Anistia, considerando como crimes conexos todos aqueles cometidos por agentes estatais, inclusive os considerados como violadores diretos de direitos humanos, que o STF violou a garantia do acesso à justiça e o direito à verdade, porquanto não realizou o controle de

convencionalidade, uma vez que o Brasil é signatário de diversos tratados de Direitos Humanos, especialmente da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José).

Sobre o equívoco em que incorreu a decisão do STF e sobre a condenação do Brasil numa Corte Internacional, dissertou Plínio Almeida¹³⁵:

Do diálogo travado entre um poder armado estabelecido ditatorialmente há anos e uma sociedade civil carente de liberdade, vivendo uma espécie de “estado de necessidade democrática,” não se poderia esperar um pacto, e sim uma imposição mediante coação da parte mais forte. (...) Isso demonstrou não apenas o equívoco do STF ao ignorar a necessidade de se responsabilizar agentes públicos que praticaram crimes contra a humanidade, como também revelou o descontentamento dos cidadãos e da comunidade internacional com o acanhamento da mais alta Corte brasileira na defesa do Estado Democrático de Direito, já que expedientes transicionais são sabidamente importantes para a retomada e o fortalecimento de uma nova cultura.

Posto e contextualizado o tema, especialmente a Lei de Anistia e a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, passa-se, no tópico a seguir, à introdução da teoria da supraestatalidade dos

¹³⁵ ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. **Poder Judiciário e Política: o dilema do**

constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 133-134.

direitos fundamentais em Pontes de Miranda.

3. A SUPRAESTATALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE PONTES DE MIRANDA

Após uma breve contextualização sobre a Lei de Anistia e a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos – Caso Gomes Lund e outros x Brasil –, passa-se neste tópico a introduzir apontamentos sobre a teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais na teoria do jurista alagoano Pontes de Miranda e, posteriormente, verifica-se a (in)adequação da decisão do STF que declarou a compatibilidade da referida lei com a Constituição da República do Brasil de 1988.

Apesar da doutrina – neste particular, sobre os direitos fundamentais – de Pontes de Miranda ter sido escrita no século passado, ela demonstra incrível longevidade e atualidade. O Brasil vem enfrentando desafios para consolidar sua jovem democracia, e tal fato passa

necessariamente pela estabilização de sua Constituição, questão integrante do projeto constitucional elaborado pelo jurista, que traz também o fortalecimento dos direitos fundamentais e o equilíbrio entre liberdade, igualdade e democracia como importantes pilares¹³⁶.

O autor, especialmente como já abordado no início deste trabalho, posicionou-se de forma contrária ao modo como a Constituição de 1967 foi promulgada, manifestando clara posição favorável a um Estado Democrático de Direito. “Pontes de Miranda nunca escondeu sua opção pelo Estado Democrático de Direito, baseado na supraestatalidade dos direitos fundamentais, na democratização do poder estatal, no controle de constitucionalidade e no respeito ao princípio da legalidade”¹³⁷.

O jurista alagoano entende que quando o Estado nega algum destes pilares – liberdade, igualdade e democracia –, passa-se para o despotismo (fato que pode ser observado no Brasil nos períodos autoritários, a exemplo da ditadura militar de 1964). Verifica-se, assim, a importância que o autor deu aos catálogos de direitos

¹³⁶ LINS JÚNIOR, George Sarmiento. **Direitos Fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda.** Revista do Mestrado em

Direito da UFAL. V. 2, n. 3, dez. 2006. Maceió: Edufal, 2008, p. 49.

¹³⁷ Ibidem, p. 61

fundamentais, bem como ao fato de que o seu “fortalecimento na ordem jurídica internacional é um grande passo para o progresso da humanidade rumo à civilidade e à crescente adaptação social. Daí a necessidade de criar mecanismos para assegurá-los e garanti-los na ordem constitucional.¹³⁸”

O fortalecimento da ordem internacional pressupõe uma ordem constitucional interna fortalecida e estável; isso passa, necessariamente, pela proteção dos direitos fundamentais. A liberdade foi trabalhada pelo autor sob diversos prismas: liberdade econômica, religiosa, de ensino, física etc., sempre pontuando a importância de sua diferenciação para que confusões sejam evitadas¹³⁹.

Para Pontes de Miranda, a proteção dos direitos fundamentais passa pela defesa da Constituição, pela técnica da supraestatalidade dos direitos fundamentais e pela técnica de conteúdo das normas constitucionais¹⁴⁰. Em

relação à técnica de defesa da Constituição, Pontes de Miranda traz vários apontamentos, entre eles a diferenciação entre a legislação ordinária e os textos constitucionais, procedimento mais dificultoso para emendas constitucionais¹⁴¹, entre outros mecanismos. A supraestatalidade dos direitos fundamentais, recorte teórico da teoria de Pontes de Miranda deste trabalho, será mais bem explorada para que, posteriormente, seja analisada a (in)adequação da Lei de Anistia.

Uma distinção utilizada pela doutrina conceitua os direitos fundamentais como aqueles positivados na ordem interna constitucional de um país. Por sua vez, os direitos humanos estariam relacionados com os “documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, (...) aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, (...) e

¹³⁸ Ibidem, p. 69.

¹³⁹ “Ao declararem os direitos constitucionais, alguns textos do fim do século XVIII e de todo o século XX misturaram direitos e liberdades. As consequências foram más. Teve-se, depois, de aprofundar a diferença. Mas a confusão prejudicou as liberdades. (...) Assim, a campanha contra o liberalismo econômico feria, ou por falta de cultura dos atacantes, ou por má-fé, assim ao liberalismo econômico como às liberdades. Não foi essa a única consequência nociva da grave confusão entre os Direitos do Homem à liberdade – ao ir e vir ultra e citra, ao

pensamento e manifestação do pensamento, à defesa em juízo, e a chamada liberdade econômica, no que se refere às coisas, ao objeto” (Comentários à Constituição de 1934, Tomo I, 10). MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade e Igualdade**: os três caminhos. 2ª ed. Campinas: Saraiva, 1979, p. 370.

¹⁴⁰ LINS JÚNIOR, George Sarmento. *Op. cit.*, p. 69.

¹⁴¹ Este procedimento mais dificultoso aparece em diversos livros de direito constitucional de autores posteriores à época em que Pontes de Miranda escreveu a sistematização.

revelam um inequívoco caráter supranacional¹⁴².

Dessa forma, ligam certos doutrinadores os direitos fundamentais à ordem interna – positivados nas Constituições Federais –, o que concederia aos direitos humanos um caráter supranacional. Para Pontes de Miranda (*ibidem*), esta diferenciação não se operacionaliza da forma supracitada, porquanto a característica da supraestatalidade é intrínseca aos direitos fundamentais. “O fundamento da existência de tais direitos não deve ser procurado no direito interno. Salvo quando o legislador constituinte decide fundamentalizar determinados direitos antes que sejam proclamados em tratados internacionais.”¹⁴³

O Brasil faz parte do Sistema Regional Interamericano, que possui entre seus principais documentos a Carta de Organização dos Estados Americanos, de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969. Também integra o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos. Já o

Sistema Global de Direitos Humanos tem como órgão principal a Organização das Nações Unidas – ONU.

A adesão do Brasil aos sistemas de proteção supracitados demonstra que o país reconhece a ordem exterior acima do próprio Estado e que o “Estado atua como definidor de exceções e clarificador de conteúdo pela mediação do legislador constituinte ou ordinário¹⁴⁴”. Além disso, os direitos fundamentais reconhecidos em tratados internacionais limitam o próprio legislador, pois possuem um caráter dúplice – limite e tarefa. Como limite, o legislador, constituinte ou ordinário, não poderia agir contrariando os tratados internacionais; como tarefa, ao legislador e a toda a Administração Pública impõe-se a necessidade de medidas que operacionalizem e efetivem os direitos advindos dos tratados.

Introduzidos os apontamentos sobre a teoria da supraestatalidade das normas de direitos fundamentais em Pontes de Miranda, passa-se, no próximo tópico, à análise concreta da Lei de Anistia em face das teorias da super

4. UMA ANÁLISE SOBRE A

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

¹⁴³ LINS JÚNIOR, George Sarmiento. *Op. cit.*, p. 70.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

(IN)ADEQUAÇÃO DA LEI DE ANISTIA EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL E OS PLANOS DA NORMA JURÍDICA

Antes de se adentrar propriamente na questão da (in)adequação da Lei de Anistia ante os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, importa tecer algumas considerações sobre a norma jurídica em si, a fim de se ter uma melhor compreensão sobre o tema, bem como uma visão global.

Assiste razão a Marcos Bernardes de Mello¹⁴⁵ quando diz que “o mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos e estes, por sua vez, são resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático quando concretizado no mundo dos fatos”. Dessa forma, conclui-se que é a norma jurídica que tem o condão de definir o fato jurídico, e assim, em razão de sua incidência, gerar o mundo jurídico, “possibilitando o nascimento de situações jurídicas que se desdobram em relações jurídicas, com a produção de toda a sua eficácia como sanções, ônus e

prêmios¹⁴⁶”.

Dessa forma, nos termos da teoria do jurista alagoano, a norma jurídica estabelece uma máxima segundo a qual, ocorrendo um fato (ou fatos), ou seja, o suporte fático, a ele devem ser conferidas algumas consequências, os efeitos jurídicos. “Então, a proposição jurídica, para ser completa, há de conter, ao menos: a) a descrição de um suporte fático, do qual resultará o fato jurídico; b) a prescrição dos efeitos jurídicos atribuídos esse fato jurídico”¹⁴⁷. Portanto, continua o autor, uma norma jurídica que não impute uma consequência jurídica ao fato jurídico, a despeito de poder ser considerada uma proposição linguística completa, não possui sentido do ponto de vista lógico-jurídico¹⁴⁸.

A incidência é, após composto o seu suporte fático suficiente, nas palavras do jurista Marcos Bernardes de Mello¹⁴⁹:

A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático considerado relevante para ingressar no mundo jurídico. Somente depois de gerado o fato jurídico, por força da incidência, é que se poderá tratar de situações jurídicas e de todas as demais categorias de eficácia jurídica [...]. Não é possível, dessarte, falar de

¹⁴⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 54.

¹⁴⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 55

¹⁴⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 118

eficácia jurídica (relação jurídica, direitos, deveres e demais categorias eficácias) antes de ocorrida a eficácia normativa (incidência). Podemos, então, assim descrever, em sua essência e em suma, o fenômeno da juridicidade: a norma jurídica, incidindo sobre seu suporte fático concretizado, gera o fato jurídico, o qual poderá produzir os efeitos jurídicos que lhe são imputados. [Grifo nosso]

Em tese, não seria correto e juridicamente possível se falar em qualquer eficácia jurídica antes de ocorrida a eficácia normativa, ou seja, a incidência. Soma-se a isso, nos dizeres do jurista alagoano, o fato de que “a incidência de uma norma jurídica somente se dá, invariavelmente, sobre seu suporte fático específico, e não sobre outro qualquer¹⁵⁰”. Dessa forma, não seria possível que a incidência retroaja e atinja situações inexistentes quando da criação da norma, uma vez que, o suporte fático seria também inexistente ou outro, mas não o correto. Todavia, isso é flagrantemente frágil quando se está diante de violação de normas fundamentais. Poderia, em razão de aspectos formais, uma norma contrariar mortalmente um direito fundamental e no o caso da Lei de

Anistia, vários direitos foram contrariados.

Quando se passa para a análise do plano da validade, verifica-se que a invalidade é, nos termos do que lecionou Marcos Bernardes de Mello¹⁵¹, decorrente de uma atividade de cunho axiológico, valorativa e dogmática, podendo variar de legislação para legislação, bem como se alterar no tempo e no espaço. Dessa forma, cabe ao legislador de cada Estado dispor sobre a questão da validade, definindo todos os aspectos que a circundam – características, causas e sanções.

Leciona Marcos Bernardes de Mello¹⁵²:

Há questões limites que relativizam a sua liberdade: a ilicitude em sentido lato, que inclui a moralidade e a impossibilidade natural do objeto. Na realidade, o problema da ilicitude do objeto do ato jurídico, inclusive sua moralidade, precisamente porque envolve contrariedade a direito e à moral, implicando, assim, a negação da própria ordem jurídica, se põe no estrito plano dos valores, acima, portanto, do puro dogmatismo. Por isso, em relação à ilicitude e à imoralidade do objeto não se pode admitir ao legislador a liberdade para desconsiderá-las como causas de invalidade ou mesmo de atenuar-lhes as consequências. (...) Não estaremos no plano da ilicitude propriamente dita, mas sim num plano axiológico onde os problemas têm outro matiz, vão

¹⁵⁰ Ibidem, p. 121.

¹⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da validade. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

¹⁵² Ibidem, p. 44-45.

mais além, e dizem respeito à própria legitimidade do ato legislativo, que, por si, já constitui questão limite do próprio direito.

Por outro lado, a questão da impossibilidade natural do objeto está relacionada com o problema da natureza das coisas, que o direito não pode desconhecer ou desprezar. Do mesmo modo, a impossibilidade de conhecer o objeto, inclusive por conduzir à sua indeterminação absoluta, é insuperável: o que não pode conhecer não pode ser objeto de ato jurídico. [Grifo nosso]

As lições acima são essenciais para a compreensão do objeto principal deste trabalho. O artigo 1º, § 1º, da Lei de Anistia, questionado no STF através da ADPF nº 153 e declarado em conformidade com a Constituição da República de 1988 (argumentos já trazidos no primeiro tópico deste trabalho), possui o seguinte conteúdo:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder 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.

Verifica-se que ele possui a

descrição do suporte fático, resultando no fato jurídico, e também, traz a prescrição dos efeitos jurídicos atribuídos a esse fato jurídico: a anistia ampla e irrestrita a todos os que cometeram crimes durante o período pós-regime militar de 1964, incluindo os agentes públicos. Entretanto, tendo em vista as lições acima trazidas por Marcos Bernardes de Mello (*ibidem*), sobre a legitimidade do ato legislativo em si e os limites que possuem o legislador, bem como a teoria da supraestatalidade das normas de direito fundamental em Pontes de Miranda, questiona-se: a Lei de Anistia, considerada em conformidade com a CRFB/88 pelo STF, se sustenta-se?

Apenas a título de exemplificação, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil, traz vários direitos fundamentais: direito à vida (art. 4), à integridade pessoal (art. 5), à liberdade pessoal (art. 7), garantias judiciais (art. 8), proteção da dignidade (art. 11), liberdade de pensamento e de expressão (art. 13), direitos políticos (art. 23)¹⁵³.

O tratado é de 1969 e, apesar de o Brasil tê-lo ratificado em 1992, já no

153

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.C>

onvencao_Americana_Ratif..htm Acesso em 12 de agosto de 2019.

período democrático, ocorreu a sua violação quando os ministros do STF declararam que a Lei de Anistia encontra compatibilidade com a Constituição Federal, esquecendo-se de que já havia, quando da análise da ADPF 153, aderência do Brasil a direitos fundamentais constantes de um tratado do qual o país é signatário. Portanto, entende-se que haveria um limite claro ao legislador e este não poderia ter editado a Lei da Anistia da forma como foi feita, anistiando todos os agentes públicos pelos crimes cometidos durante o período autoritário pós-64. Por sua vez, os argumentos trazidos pela maioria dos ministros do STF de que ocorreu um pacto nacional pela redemocratização devem ser contrapostos ao fato de que o acordo beneficia agentes públicos que violaram direitos fundamentais, entre eles, a liberdade, a integridade física e a vida.

Um acordo selado por agentes públicos violadores e fechado através de uma lei não possui o condão de se contrapor a um tratado internacional. Este argumento, inclusive, foi utilizado na condenação do país na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a chancela que o STF concedeu à lei não

se mostra adequada, especialmente quando se verifica a teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais na doutrina de Pontes de Miranda.

Ademais, a Lei de Anistia viola frontalmente um dos pilares de estabilização das Constituições trazidos por Pontes de Miranda – a democracia: “A democracia existe, porque funciona, escolhe os agentes do povo, principalmente os legisladores. Ainda se escolhesse um só legislador, só por isso não deixaria de ser democracia. O povo participou ou atuou na formação da ordem estatal”¹⁵⁴.

Sobre a técnica da supraestatalidade dos direitos fundamentais na teoria de Pontes de Miranda, disserta George Sarmento¹⁵⁵:

Os direitos fundamentais supraestatais são paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive das normas constitucionais. Por estarem contidos em ordem jurídica superior, impõem limites tanto ao poder estatal quanto ao poder constituinte, que são obrigados a incorporá-los à Constituição, cercando-os das garantias necessárias à sua efetividade. Nesse sentido, nenhuma das regras do sistema jurídico nacional pode ser interpretada ou executada em contradição com a Constituição e com as Declarações de Direito. A técnica da supraestatalidade tem

¹⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade e Igualdade**: os três caminhos. 2ª ed. Campinas: Saraiva, 1979, p. 135.

¹⁵⁵ LINS JÚNIOR, George Sarmento. *Op. cit.*, p. 71.

sido um dos principais instrumentos de estabilidade das Constituições. Através dela, os Estados integrantes das Nações Unidas são obrigados a adotar um conjunto de direitos fundamentais reconhecidos como válidos pela ordem jurídica internacional. Daí Pontes de Miranda afirmar que são direitos declarados e executórios. Declarados porque a Constituição não os cria, apenas os introduz no ordenamento jurídico; executórios porque, ao fazê-lo, o Estado cumpre o compromisso assumido no momento da subscrição e ratificação dos tratados internacionais sobre direitos humanos. [Grifo nosso]

Assim, tendo em vista a técnica da supraestatalidade dos direitos fundamentais, entende-se que o legislador ordinário não poderia ter editado a Lei de Anistia como o fez, violando flagrantemente tratados internacionais sobre direitos humanos, como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

Ao se ter em mente o caminho que o Brasil percorreu para deixar seu período autoritário no passado e ingressar novamente no regime democrático, percebe-se que, apesar de avanços, ainda há resquícios daquela época em diversos campos, como o histórico e o social. No que tange ao Direito, tem-se, por exemplo, a Lei de Anistia, promulgada ainda durante a

vigência de um regime não democrático e efetivada com o aparente intuito de pacificar o país, abrindo-se novamente para a redemocratização. Tem-se a Lei de Anistia como um grande pacto realizado entre o Estado e a sociedade civil. No entanto, com uma lei que anistia agentes públicos por crimes graves cometidos na repressão, torna-se difícil se falar em pacto.

O Brasil é signatário de diversos tratados de direitos humanos, verdadeiros instrumentos do “direito das gentes”, aos quais os Estados aderem, comprometendo-se com uma série de questões que ultrapassam sua ordem interna. Em razão da Lei de Anistia, o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos por descumprir flagrantemente a Convenção Americana de Direitos Humanos e não propiciar a punição dos agentes públicos envolvidos em graves crimes que violam direitos fundamentais – assassinatos, desaparecimento forçado e tortura. A Lei de Anistia foi considerada em conformidade com a Constituição de 1988 pelo STF, desvelando uma verdadeira contradição entre a decisão desta Corte e a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Buscou-se neste trabalho contrapor a Lei de Anistia à decisão do

STF e à condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, contando com o auxílio da importante teoria de Pontes de Miranda, que entende que para a estabilização da Constituição é preciso o apoio em alguns pilares, entre eles a democracia e o respeito aos direitos fundamentais.

Como parte considerável da análise, utilizou-se a teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais, que representa um verdadeiro mandamento para o legislador – constituinte e ordinário. O mandamento revela a aderência do legislador aos tratados de direitos fundamentais de que o país é signatário, demonstrando a impossibilidade de se adotar leis ou dispositivos na Constituição que contrariem tais tratados.

Nos termos do que leciona Marcos Bernardes de Mello, há questões limites que relativizam a liberdade do legislador, como a moralidade, por exemplo. Portanto, não teria o legislador a liberdade de desconsiderar, ao fazer uma lei como a da Anistia, direitos importantes como os direitos fundamentais. Isso colocaria em xeque a legitimidade da referida lei.

Tendo em vista o exposto neste trabalho, entende-se que apesar da decisão do STF, há uma verdadeira

inadequação da Lei de Anistia de forma ampla, a revelar flagrante violação aos direitos das pessoas. A teoria da supraestatalidade dos direitos fundamentais de Pontes de Miranda, adequada e essencial para analisar o tema, evidencia que o legislador brasileiro não poderia ter editado uma lei que violasse flagrantemente direitos fundamentais reconhecidos num tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil é signatário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. *Poder Judiciário e Política: o dilema do constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 de agosto de 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683compilada.htm>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm> Acesso em 12 de agosto de 2019.

FERNANDES, Pádua. Setenta anos após 1937: Francisco Campos, o Estado Novo e o pensamento jurídico autoritário. *Revista Prisma Jurídico*. São Paulo, v. 6, p. 351-370, 2007.

JUS BRASIL. **A Anistia em debate: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em <<https://daiane003.jusbrasil.com.br/arti>>

gos/116311911/a-anistia-em-debate-adpf-153-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>. Acesso em 3 de agosto de 2019.

LINS JÚNIOR, George Sarmento. Direitos Fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. Revista do Mestrado em Direito da UFAL. V2, n3, dez 2006. Maceió: Edufal, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

MIRANDA, Pontes de. IN: *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo, RT, 1970.

_____. *Democracia, Liberdade e Igualdade: os três caminhos*. 2ª ed. Campinas: Saraiva, 1979.

MIRANDA, Pontes de. *Os novos direitos do homem*. Coleção dos 5 direitos do homem. 5o Milheiro.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **ADPF Nº 153**. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586_ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf>

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF Nº 153**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>.