

**A PERSPECTIVA HISTÓRICA NA FORMAÇÃO DO INTÉRPRETE JURÍDICO.
UMA ANÁLISE DA LEI DA ANISTIA E DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

***THE HISTORICAL PERSPECTIVE IN THE FORMATION OF THE LEGAL
INTERPRETER. AN ANALYSIS OF THE LAW OF AMNESTY AND THE
INTERPRETATION OF THE SUPREME FEDERAL COURT***

Artigo recebido em 04/02/2017

Revisado em 05/03/2017

Aceito para publicação em 09/04/2017

Lara Caxico Martins Miranda

Mestranda do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, bolsista CAPES, laracaxico@hotmail.com
Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Complexo de ensino Damásio de Jesus e em Direito Constitucional pelo LFG.

Roberta Carolina de Afonseca e Silva

Mestranda do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, bolsista CAPES, afonsecaroberta@gmail.com
Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela UEL.

Sérgio Alves Gomes

Doutor em Direito: Filosofia do Direito e do Estado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais, pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado em Filosofia Política pela Universidade Estadual de Londrina; Bacharel em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (campus de Curitiba). Professor Associado da Universidade Estadual de Londrina, onde leciona Introdução ao Estudo do Direito e Hermenêutica Jurídica, na graduação em Direito e, Filosofia do Direito, no Programa de Mestrado em Direito Negocial. Juiz de Direito.

RESUMO: O estudo da ciência jurídica no século XXI, visando à formação do intérprete jurídico, deve perpassar por múltiplas perspectivas. Isso porque a completude do intérprete depende de compreensões históricas, éticas, ecológicas, axiológicas, políticas e socioeconômicas. A partir de uma pesquisa qualitativa, exploratória e bibliográfica, o estudo pretende analisar a importância da perspectiva histórica para a formação do intérprete jurídico. Realizando o recorte no período ditatorial brasileiro, objetiva-se verificar como a história é capaz de influenciar o estudo do Direito e em que medida influencia a interpretação jurídica. A análise histórica percorre os antecedentes imediatos e remotos dos institutos normativos, apontando para uma interpretação jurídica intimamente ligada ao momento de criação e promulgação da lei. Por fim, será analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal

na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 e a utilização ou não da perspectiva histórica na interpretação.

PALAVRAS CHAVE: Anistia. Interpretação. História. Tortura.

ABSTRACT: The study of legal science in the XXI Century, aiming at the formation of the legal interpreter, must pass through multiple perspectives. This is because the completeness of the interpreter depends on historical, ethical, ecological, axiological, political and socio-economic understandings. From a qualitative, exploratory and bibliographical research the study intends to analyze the importance of the historical perspective for the formation of the legal interpreter. Making the cut in the Brazilian dictatorial period, it aims to verify how history is capable of influencing the study of Law and to what extent it influences legal interpretation. The historical analysis goes through the immediate and remote antecedents of the normative institutes, pointing to a legal interpretation closely linked to the moment of creation and promulgation of the law. Finally, the decision of the Federal Supreme Court in the Action for Non-compliance with Fundamental Precept n. 153 and the use or not of historical perspective in interpretation.

KEYWORDS: Amnesty. Interpretation. History. Torture.

SUMÁRIO: Introdução. 1 a importância da perspectiva histórica para a formação do intérprete jurídico. 2 Os intérpretes do período ditatorial e pós-ditadura. 3. Análise da ação de descumprimento de preceito fundamental n. 153 e a desconsideração da perspectiva histórica para a interpretação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A correta apreensão do significado de um texto jurídico necessita da sua análise em uma perspectiva histórica. O Direito foi constituído pela civilização humana e, por essa razão, deve ser compreendido dentro do seu contexto, ao longo da história. É a história que possibilita a percepção da ciência jurídica nas diferentes épocas e lugares, bem como a verificação das contribuições do passado para a construção do presente.

O indivíduo é um ser histórico por natureza, já que faz e conta a própria história, de modo que a importância e o papel desta para a interpretação jurídica é fundamental. Abdicar da perspectiva histórica nos estudos jurídicos pode configurar-se enorme falha, gerando a sua incompreensão. Quando se conhece a razão do surgimento de determinado instituto jurídico e sua evolução, torna-se muito mais fácil o seu aprendizado. Além disso, pode-se sopesá-lo para concluir se é anacrônico, inútil ou se ainda é legítimo.

Por essas razões, o estudo em questão pretende analisar, no primeiro tópico, a importância da perspectiva histórica para a formação do intérprete jurídico. Será destacada como é feita a interpretação e quais as análises históricas que o intérprete deve fazer.

No segundo tópico, pretende fazer um recorte do momento da ditadura militar no Brasil, destacando, primeiramente, as interpretações dos intérpretes jurídicos que viveram concomitantemente à ditadura. Ainda, no segundo tópico, o estudo abordará a interpretação histórica realizada após a ditadura militar, mas relativa a ela, com destaque para a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação ou não do artigo primeiro da Lei de Anistia para os agentes do governo que praticaram crimes de tortura.

No terceiro e último tópico, o estudo se propõe a analisar a decisão do Tribunal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, para identificar se foi utilizado o conhecimento histórico para se chegar à conclusão trazida no acórdão.

A partir de uma pesquisa qualitativa, exploratória e bibliográfica, crê-se na possibilidade de demonstrar a importância da perspectiva histórica para a formação do intérprete jurídico e as consequências da sua não utilização nas decisões.

1 A IMPORTÂNCIA DA PERSPECTIVA HISTÓRICA PARA A FORMAÇÃO DO INTÉRPRETE JURÍDICO

Não é possível realizar a correta interpretação de um texto jurídico, que foi desenvolvido dentro de determinado período histórico, em uma análise atemporal. O Direito foi constituído pela civilização humana e, por essa razão, deve ser compreendido dentro do seu contexto ao longo da história (GOMES, 2008, p. 156).

A compreensão e o alcance do sentido exigem um olhar repleto de conhecimento acerca do período em que dado texto foi elaborado. Isso porque cada instrumento nasce para atender às necessidades sociais vigentes e aquelas poucas que, por conjecturas, pode-se supor. Há, entretanto, para essas últimas, certo limite, tento em vista que não é possível para o construtor do texto prever todas as situações jurídicas que estão por vir.

A "plenitude legal" sempre foi uma pretensão descabida. No decorrer do século XIX, por exemplo, os grandes avanços técnicos relacionados ao desenvolvimento da força a vapor, faziam com que os fatos, constantemente, se impusessem sobre a norma. A todo o momento surgiam novas relações e lides que os legisladores do Código Civil Napoleônico não haviam sequer imaginado. Ainda que os juristas tentassem extrair da norma uma solução,

"a vida sempre deixava um resto" (REALE, 2016, p. 281), evidenciando a necessidade de intérpretes atentos à evolução social.

O comportamento reflexivo acerca de dado momento histórico chama-se interpretação. Esta se faz necessária quando não é percebido de imediato o sentido do texto e é preciso utilizá-lo diante dos acontecimentos da vida (GAMADER, 2006, p. 19).

[...] O que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o "verdadeiro" significado que se encontra escondido (GAMADER, 2006, p. 19).

A chamada interpretação histórica foi inspirada nos estudos realizados pela Escola Histórica de Savigny, que apregoavam que os textos legais representam a realidade cultural de uma dada sociedade. Apesar disso, depois de criados, não ficam adstritos à fonte originária. Em virtude da mutabilidade social, é preciso que se compreenda a intenção do legislador para ajustá-la às situações posteriores. Cabe ao intérprete questionar qual seria o posicionamento do constituinte da norma diante dos fatos a serem analisados no momento da interpretação (REALE, 2016, p. 282). Isso porque segundo a interpretação histórico-evolutiva,

[...] uma norma legal, uma vez emanada, desprende-se da pessoa do legislador, como a criança se livra do ventre materno. Passa a ter vida própria, recebendo e mutuando influências no meio ambiente, o que importa na transformação de seu significado (REALE, 2016, p. 283).

Percebe-se que o método interpretativo histórico (histórico-evolutivo) vai além da análise gramatical do texto para a busca da vontade legislativa. Isso não significa uma minuciosa análise das razões que corroboraram para a criação da norma, tendo em vista que, em um Estado democrático de direito, a aprovação de um instrumento normativo está relacionada a deliberações de muitos deputados. Ademais, mesmo que fosse possível, não seria de relevância, tendo em vista que não se pretende encontrar a vontade subjetiva, mas sim o contexto social, político e científico da época que motivou a edição da lei (DIMOULIS, 2003, p. 162-163).

Além da compreensão no momento histórico e do intuito criador da norma, de modo involuntário, os intérpretes costumam projetar para o texto a sua bagagem histórica. Segundo Rodolfo Viana Pereira (2001, P. 27), o horizonte histórico "demonstra que o acesso do homem ao mundo se dá a partir de seu ponto de vista, de sua situação hermenêutica, que é sempre um posicionar-se perante os fenômenos".

A observação do intérprete de um texto jurídico envolve uma análise do momento em que este foi criado e também uma pré-compreensão acerca dos conceitos nele constantes. Esta se relaciona não apenas ao contexto do momento da interpretação, mas também com aqueles vividos anteriormente pelo intérprete. Com relação ao tema, Rodolfo Viana Pereira (2001, p. 28) destaca:

[...] o homem, ao interpretar qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um pré-conceito, uma antecipação prévia de seu sentido, influenciada pela tradição em que se insere (suas experiências, seu modo de vida, sua situação hermenêutica etc.).

A história forma a multiplicidade e tonalidade de cores que compõem os óculos de visão daquele que observa. Um povo, em sua época, dissemina o escrito de uma maneira peculiar, tendo em vista que cada sociedade transcreve sua própria identidade no texto e possui um interesse a ser transmitido. O verdadeiro sentido, a ser identificado pelo intérprete, não se limita à relação entre o criador e o seu destinatário direto. O primeiro, durante a análise, para alcançar o significado, será influenciado inclusive pela própria história, o que ressalta a influência da completude do processo histórico. (GADAMER, 1997, p. 366).

Apesar das experiências históricas particulares, deve o intérprete buscar o estudo da história que ocorreu antes da formação do texto e que permeou sua construção. Apenas essa pode dar respaldo para uma correta interpretação do instrumento jurídico. Abdicar da consciência histórica pode configurar enorme falha, gerando a sua incompreensão. Para a formação do intérprete jurídico, faz-se fundamental que este analise as origens, raízes, evoluções, fatores políticos, sociais e culturais que modificaram, ao longo de décadas, as ocorrências jurídicas. Esta análise, por sua vez, só é possível ser feita a partir do estudo da própria história (GOMES, 2008, p, 157).

Hans-Georg Gadamer entende por consciência histórica "o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião". Ter senso histórico, para o autor, é ter a capacidade de superar a crença de que se pode analisar o passado apenas com a perspectiva, valores e instituições da vida atual. O diálogo travado com a história coloca o indivíduo em situação totalmente diversa daquela em que se vive, sendo impossível visualizá-lo com os óculos do presente. Exige-se então, um procedimento interpretativo (GADAMER, 2006, p. 17-20).

A compreensão da importância da história para a formação do intérprete jurídico é melhor realizada a partir da análise de determinado período histórico. Por essa razão o estudo

faz, no tópico seguinte, um recorte: o período da ditadura militar. Será discutida a relação entre a ditadura militar e o aparato jurídico brasileiro, no período de 1964 até 1985, com destaque para a Lei de Anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979) e a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do seu artigo 1º.

2. OS INTÉRPRETES DO PERÍODO DITATORIAL E PÓS-DITADURA

Durante as décadas de 1960 a 1980, o Brasil viveu o regime político militar, em razão do controle do Estado pelas Forças Armadas Nacionais, realizado por meio da ocupação dos principais cargos governamentais. Em março de 1964, iniciou-se um período de exceção em que direitos como integridade física e liberdade de expressão seriam amplamente desrespeitados. Arbitrariedades e abusos de poder, que culminariam com diversos casos de tortura, seriam marcas do novo governo.

Apesar de o regime militar ter tido um caráter brutal e repressivo, a análise dos processos da época leva a concluir que, em dicotomia, as sentenças em primeira e segunda instância eram muito menos duras do que se imaginava. Grande parte delas geravam, inclusive, absolvições. Cita-se a absolvição de Isa Barreto Salles, Jornalista, em virtude de consideração, pelo magistrado, de que não havia provas suficientes. (AQUINO, 2004, p. 96-98).

Os intérpretes da lei, cientes da conjuntura social, aplicavam a lógica formal para absolver. Quando não criam na atuação criminosa, encontravam brechas circunstanciais nos inquéritos e denúncias que afastavam a autoria dos crimes pela ausência de provas. Além disso, os juízes expunham, em suas sentenças, a inobservância do princípio do contraditório, o que também corroborava para a absolvição. Tais circunstâncias tiravam a validade dos depoimentos do inquérito que, na maioria das vezes, era conseguido em razão das ameaças e tortura que o depoente sofria (AQUINO, 2004, p. 96-99).

Vê-se, assim, que mesmo diante de um contexto social que subjugava o indivíduo, os juristas utilizavam um raciocínio linear e que em muito observava a aplicação da lei. O uso da brutalidade, excessos e irracionalidades eram mais vistos nas ruas do que efetivamente entre os magistrados (AQUINO, 2004, p. 99). Tais fatos evidenciam intérpretes atentos ao contexto histórico e decisões consonantes com o que era possível se preservar de direitos humanos na época.

Maria Aparecida de Aquino confirma “a ambiguidade do regime militar brasileiro, inaugurado em 1964: um regime repressivo que não assumia o próprio caráter repressor, o que

estava expresso no discurso das sentenças” (AQUINO, 2004, p. 99). Os juristas, representados neste momento pelos magistrados, observavam a necessidade de reintegração social, que muitos réus eram provedores do sustento de suas famílias, que não voltariam a delinquir e que a verdadeira pena já havia sido aplicada nas ocasiões de torturas.

A atenta análise do caso concreto revela a aplicação do conhecimento histórico, apontado por Hans-Georg Gadamer (2006, p. 23), pelos magistrados que julgaram crimes ocorridos durante o período ditatorial. Segundo o autor, o intérprete que se vale do conhecimento histórico, ainda que parta de conhecimentos gerais, busca compreender a situação em sua singularidade e unidade. O que interessa não é conhecer o desenvolvimento e o contexto em geral de uma dada sociedade, mas sim como este homem veio a atuar de determinada forma, "como todas as coisas puderam acontecer e encontrar-se aí".

O intérprete, compreendendo o momento político, os abusos de poder e as atrocidades cometidas contra o ser humano, aplicava a lei de acordo com contexto social. Especificamente com relação aos casos em que se envolvia tortura; o intérprete, ciente do vício de vontade, afastava o depoimento ou o considerava pouco relevante para o contexto probatório.

A análise diferenciada nos casos em que se sabia haver o envolvimento de tortura se dava em razão da abominação do ato. “Será difícil encontrar algo mais agressivo à dignidade da pessoa humana e à cidadania e, pois, mais agressivo a dois dos fundamentos da República, do que a tortura” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 135). Celso Antônio Bandeira de Mello, quando fala sobre a violação dos fundamentos da república, trata sobre a dignidade da pessoa humana, estampada no artigo 1º, III, CF, e sobre a cidadania, constante da norma do mesmo artigo, no inciso II. Não há qualquer dúvida de que a tortura, realizada durante o período ditatorial, representou verdadeira antítese aos valores básicos professados na Constituição Brasileira (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 135-136).

Diferentemente dos intérpretes contemporâneos ao período ditatorial que, como visto, utilizavam-se do conhecimento histórico para proferir suas decisões, àqueles que, anos após os eventos, realizaram a análise da aplicação da lei da anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979), pareceram desconsiderá-lo. Em comparação às sentenças proferidas no período ditatorial, o estudo objetiva analisar a postura do intérprete jurídico frente à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 153.

A Lei da anistia, publicada em 28 de agosto de 1979, durante o governo de Geisel, possibilitou o início da transição democrática, tendo em vista que diversos cidadãos exilados tiveram a possibilidade de retornar para suas casas e servidores públicos afastados retornaram

aos seus cargos. Esta foi apenas uma das normas que compuseram a justiça de transição e que, juntamente com as que foram promulgadas após a Constituição Federal de 1988, não tiveram o objetivo de revanchismo, mas sim a construção e posterior solidificação do Estado Democrático de Direito. A punição, inclusive, caso ocorresse, seria benéfica à medida que consolidaria o pensamento de um país que não admite mais vilipêndios contra a pessoa humana.

Como exemplos de leis que integraram a justiça de transição, cita-se, em 1997, a promulgação, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, da Lei n. 9.455 de 07 de abril de 1997, que definia e previa a repressão aos crimes de tortura. Posteriormente, em 2002, entrou em vigor a Lei n. 10.559 de 13 de novembro de 2002, denominada Lei da Reparação. Esta teve o propósito de reparar economicamente os atingidos pelos arbítrios da ditadura militar, abrangendo aqueles que sofreram algum tipo de lesão por motivação política.

A importância da justiça de transição não está ligada ao revanchismo, ou simplesmente prestar contas com o passado. Vincula-se muito mais à pacificação social e à consolidação da democracia. Objetiva ainda garantir aos indivíduos presentes que os fatos vivenciados pelos seus antepassados não mais ocorrerão. Segundo André Ramos Tavares, a justiça transicional tem como imperioso “aniquilar o sentimento de impunidade e resgatar os laços sociais, de maneira que possam ser recompostos em nova base, sob parâmetro de um regime democrático, pluralista e fraterno consolidado e verdadeiro” (TAVARES, 2009, p.90).

Em razão da necessidade de uma resposta aos indivíduos que tiveram graves ofensas aos seus direitos fundamentais durante o período ditatorial é que cabe a análise da aplicação da lei de anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979) sob uma perspectiva histórica. Ademais, cumpre discutir a repercussão da decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 para a composição da justiça de transição.

Inicialmente, a anistia foi aplicada a todos os indivíduos que tinham cometido algum crime político e conexo com este entre 02 de setembro de 1961 até 15 de agosto de 1979 (TAVARES, 2009, p. 82). Em 2008, uma discussão jurídica surgiu a respeito da interpretação e da validade da lei de anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979). Com relação à interpretação da lei, parte da doutrina entendia que esta não teria alcançado os militares, mas apenas a sociedade civil. Caso fosse considerada a aplicação da lei aos militares, concedendo-lhes à anistia, essa lei não seria válida diante da Constituição de 1988, tratados e costumes internacionais (TAVARES, 2009, p. 83).

O Ministério Público defendia que a lei não seria aplicável aos militares e que, em verdade, aqueles que praticavam tortura deveriam indenizar o Estado no valor que este

ressarcir às vítimas. Contrariamente a esta posição, a Advocacia Geral da União entendia que a anistia se aplicava a todos. Em outro sentido, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil defendia que não deveriam ser anistiados crimes comuns praticados contra opositores, durante o regime militar, por agentes do governo, por não serem estes crimes políticos. Por essa razão este órgão, em 21 de outubro de 2008, apresentou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, questionando a constitucionalidade da lei e a sua aplicação (TAVARES, 2009, p. 83-84) e requerendo que fosse conferida à lei de anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979)

[...] uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar. (BRASIL, 2010).

O Supremo Tribunal Federal rejeitou o pedido do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por uma revisão na Lei da Anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979). No julgamento, prevaleceu o voto de Eros Grau que afirmou a impossibilidade de o judiciário rever o acordo político que gerou a lei. Mencionou ainda que a proposta de revisão da lei não estava vinculada à análise ética dos acontecimentos, mas sim à compatibilidade ou não do artigo 1º do instituto legal com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2010).

Cezar Peluso, também com voto favorável à improcedência, destacou que a interpretação da anistia deveria ser feita em sentido amplo e que, por preservar o princípio da isonomia, deveria atender aos crimes praticados pelos opositores e contra estes. Mencionou que a lei não propunha esclarecer fatos históricos e que o judiciário não deveria modificar uma lei derivada de um acordo social legítimo. Por essa última razão, inclusive, a lei não se trataria de uma autoanistia (BRASIL, 2010).

Verifica-se que a improcedência da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 sustentou-se em dois argumentos centrais. O primeiro deles centra-se em uma suposta interpretação histórica. Segundo os juristas que atuaram no processo, no momento da promulgação da Lei de Anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979) havia um amplo movimento social pela conquista da democracia. Isso fez com que a própria população exigisse uma anistia isonômica, que atingisse todas as pessoas e que se aplicasse aos crimes políticos e conexos. A segunda ideia versava sobre o caráter processual da Lei de Anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979): caso essa fosse revista, deveria sê-lo pelo poder Legislativo e não Judiciário, tendo em vista que esta se deu a partir de um acordo

historicamente pactuado e socialmente legítimo. Destaca-se que, ainda que houvesse a revisão, a punição dos crimes que não fossem considerados políticos esbarraria no princípio penal da irretroatividade da norma mais gravosa.

A partir das considerações acerca da importância da perspectiva histórica para o intérprete jurídico, da observância do período ditatorial brasileiro e da necessidade da concretização da reparação aos direitos violados, pretende-se analisar a interpretação dada ao artigo 1º da Lei de Anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979) através da decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153. Especificamente pretende-se averiguar a consideração ou não da perspectiva histórica na decisão e a contribuição da mesma para a formação de uma justiça reparadora.

3. ANÁLISE DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL n. 153 E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSPECTIVA HISTÓRICA PARA A INTERPRETAÇÃO

Aludiu-se, previamente, à importância da perspectiva histórica para a formação do intérprete jurídico e alcance dos verdadeiros significados da norma. Neste momento, o estudo pretende analisar a decisão proferida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 e verificar a consideração ou não do conhecimento histórico para sua construção, conforme identificado como necessário pelos estudiosos apontados no primeiro tópico.

Conforme mencionado, os agentes públicos que atuaram no período da ditadura foram anistiados pela Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979, que previa em seu artigo 1º anistia a todos que cometeram, no período, crimes políticos ou conexos a estes (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 136). Em virtude da expressão “conexos”, os crimes de tortura também foram anistiados. Entretanto, a partir de um conhecimento histórico, entende-se que a intenção do legislador não era anistiar crimes de caráter comum e atroz realizados pelos agentes do Estado. Trata-se de verdadeiro absurdo considerar que desintegrar física ou moral uma pessoa possa ser intitulado como um crime político ou conexo a ele. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 137),

Associar móvel político à tortura, como algo suscetível de estar conexo, é rebaixar a ideia de política a um nível incompatível com o momento atual e, pois, inaceitável do ponto de vista exegético, até porque toda a interpretação se faz ao lume da época em que é efetuada e não ao lume de algum outro momento da História.

Como trabalhado no primeiro tópico desta pesquisa, o intérprete jurídico, ao trabalhar no emprego de uma norma, feita em um dado momento histórico, deve fazê-lo analisando a vontade do legislador no momento da criação, mas também o contexto atual da aplicação da lei. Como dito, a norma, após sua constituição, se desprende do legislador e tem seu sentido, em razão do contexto social, transformado. Seja considerando o momento anterior, concomitante ou posterior à gênese da Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979, em nenhuma hipótese vê-se a aplicação da anistia para indivíduos que cometeram crimes de tortura.

Ao analisar o momento histórico anterior à Lei de Anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979), percebe-se que várias Constituições brasileiras já previam a proibição à tortura. A Constituição do Império (1824) "proibiu não apenas a tortura, mas também os açoites, as marcas de ferro quente e todas as demais penas cruéis em seu artigo 179, inciso XIX". A Constituição de 1891 garantiu em seu artigo 72 a segurança individual, o que afastava prontamente a ideia de tortura. Do mesmo modo se posicionou o constituinte de 1934 e 1937. Destaca-se que a segurança individual estava positivada inclusive na Constituição de 1967, que inaugurou o regime militar. Havia um verdadeiro contrassenso entre a norma constitucional e a realidade das ruas (RODRIGUES; BASSO, 2012, p. 11).

A partir dessas considerações, é possível identificar que o Brasil já havia afastado a possibilidade de utilização da tortura antes mesmo da promulgação da Lei de Anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979). A análise histórica permite concluir que o Supremo Tribunal Federal desconsiderou o contexto histórico anterior à lei para declarar que o artigo 1º desta se aplicava a todos os crimes, políticos ou conexos, ocorridos durante o período ditatorial.

O mesmo é possível se dizer do contexto da promulgação da Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979. Discorda-se amplamente da justificativa utilizada segundo a qual, no momento, havia um amplo movimento social pela conquista da democracia, o que fez com que a própria população exigisse uma anistia isonômica, que atingisse todas as pessoas e que se aplicasse aos crimes políticos e conexos. O povo, exausto dos abusos, necessitava que o fim das atrocidades ocorresse, mas jamais seria possível afirmar que o desejo afastava a real punição dos envolvidos. Assim, pode-se concluir que também o contexto histórico do momento da promulgação da lei foi desconsiderado.

Ainda nessa perspectiva, averiguando inicialmente apenas o âmbito interno, a Constituição de 1988 proibiu expressamente a tortura, assim como outras formas de tratamento desumano e degradante no seu artigo 5º, III. Crê-se que o Supremo Tribunal Federal, na análise da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, não poderia

ter desconsiderado o momento legislativo do Brasil acerca da tortura. Ao aplicar a anistia aos agentes do Estado que cometeram crimes de tortura, também desconsiderou o conhecimento histórico do instante da decisão.

Assim, em qualquer perspectiva, seja anterior, concomitante ou posterior à gênese da Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979, o intérprete desconsiderou a posição do legislador brasileiro acerca dos crimes de tortura. Ao assim agir afastou conhecimento essencial para a hermenêutica jurídica e a correta averiguação do significado da norma.

Os patrocinadores das atrocidades foram os mesmos que autorizaram a vigência da lei, de modo que se autoanistiarão, em verdadeiro descompasso com a ordem constitucional. Há clara falha interpretativa, vez que “deve o direito ser interpretado inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis” (MAXIMILIANO, 1933, p. 183 apud BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 136). Segundo Cláudia Rosane Roesler e Laura Carneiro de Mello Senra (2012, p. 155),

[...] não se deve buscar uma intenção legislativa que sustente uma interpretação no sentido de estender a anistia aos agentes públicos do Estado, pois esta contraria os limites da coerência com o direito existente em um sistema jurídico. Ademais, conforme elucidado pelos Ministros Lewandowski e Ayres Britto, havia – e ainda há – normas que especificam as possibilidades normativas de conexão criminal, além de delitos que à época já estavam tipificados nos Códigos Penal e Militar, aos quais os atos praticados por agentes públicos poderiam se enquadrar.

Não é possível se pensar em uma interpretação que desconsidere os princípios gerais do direito vigentes em uma época. Isso porque estes representam uma compilação dos valores materiais de uma determinada sociedade e da experiência reiterada da vida jurídica. Por essa razão, formam o substrato do ordenamento jurídico que deve necessariamente ser utilizado pelo juiz, não de maneira discricionária, mas sim frente à aplicação da justiça social (GARCÍA, 1981, p. 400 apud BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 136). Nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 420-421) afirma que:

[...] tais princípios se infiltram no ordenamento jurídico de dado momento histórico ou traduzem o mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita ou costumeira, são as teses jurídicas genéricas que informam o ordenamento jurídico-positivo do Estado, conquanto não se achem expressas em texto legal específico.

A partir das diretrizes do professor, percebe-se que os princípios gerais do direito são vetores da interpretação jurídica, não como influências externas, mas sim como substrato

do ordenamento jurídico. Estes devem ser utilizados pelo jurista, de modo sistemático, frente ao contexto histórico em que a lei foi construída.

A decisão revela-se incoerente na medida em que se esquivava dos valores e princípios que compõem o substrato do ordenamento jurídico brasileiro. Diante de um Estado Democrático, nota-se que se trata de ausência de um parâmetro normativo de coerência e até mesmo de violação aos valores da segurança e certeza do direito. Caso o Tribunal entendesse que a intenção do legislador efetivamente era anistiar os agentes públicos, o que não se considera, deveria realizar uma interpretação retrospectiva: "falhou-se ao editar uma norma que concedia anistia a agentes públicos que teriam praticado delitos comuns e, novamente, quando a mesma interpretação foi entendida válida" (ROESLER; SENRA, 2012, p. 156).

Quando o intérprete se propõe a aplicar, no momento presente, um texto normativo construído em outro contexto histórico, não pode desconsiderar a aplicação dos princípios gerais do direito vigentes no ordenamento jurídico. Há décadas a dignidade da pessoa humana e abominação da tortura fazem parte do arcabouço principiológico de todo o mundo ocidental. Por essa razão não é possível que, em determinada interpretação jurídica, se privilegie proteger crimes hediondos sob a argumentação infundada de serem conexos a crimes políticos (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 137).

Além disso, relembra-se que o Brasil é signatário de Tratados Internacionais que impõem a sanção de torturadores. Dentre eles cita-se a Convenção contra a Tortura ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes assinada em 23 de setembro de 1985 e aprovada pelo Decreto Legislativo n. 4 de 23 de maio de 1989. Esta previa que o país punisse àqueles que cometeram atrocidades humanas no período da ditadura. A adesão pelo Brasil, logo ao final do período ditatorial, à Convenção, evidencia a intenção social de punir os crimes indicados e não os anistiar. Caso houvesse sido realizada uma interpretação fundamentada no conhecimento histórico, certamente esta se valeria do contexto social e jurídico internacional vivido pelo país no momento, o que contribuiria para o provimento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Ainda nesse viés, cita-se a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, assinada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1986 e aprovada pelo Decreto Legislativo n. 5, de 31 de maio de 1989; Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aderida pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e aprovada pelo Decreto Legislativo n. 27 de 26 de maio de 1992; e a Declaração de Direitos Humanos da ONU, que em inúmeras oportunidades se coloca contra tais atrocidades (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 138).

Por fim, menciona-se o Tratado que deu origem ao Tribunal Penal Internacional, que o Brasil assinou em 07 de fevereiro de 2000 e aprovou pelo Decreto Legislativo n. 112 de 06 de junho de 2002. Como bem estipula o artigo 29 do referido diploma legal, os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, logo não há que se fazer imunidade em virtude do decurso do tempo (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 139).

Tendo em vista uma interpretação histórico-evolutiva, cuja teoria é representada na pessoa de Gabriel Saleilles (REALE, 2016, p. 283), nota-se que o Estado brasileiro caminhava para a concretização, em seu ordenamento jurídico, da necessidade de punição de crimes de tortura. Após o período ditatorial, diversos documentos internacionais foram assinados com o intuito de conferir proteção às vítimas e sanção aos algozes. Apesar disso, como em declínio interpretativo, em 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Declaratória de Preceitos Fundamentais n. 153 que pretendia que não fossem considerados anistiados os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar.

Também concordam com a incoerência no plano internacional Claudia Rosane Roesler e Laura Carneiro de Mello Senra (2012, p. 160) ao mencionarem que "a decisão proferida pelos Ministros e Ministras do Supremo Tribunal Federal no caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 se mostra incoerente tanto do ponto de vista do direito interno, quanto do direito internacional humanitário".

Diferentemente do Brasil, que optou pela anistia de criminosos vinculados à tortura, outros países sul americanos, como Chile, Argentina e Uruguai, puniram aqueles que atentaram contra a condição humana e os direitos fundamentais. A posição brasileira decorreu em muito do fato de que a liderança política permaneceu a mesma, ainda que após o processo de redemocratização de 1988 (TAVARES, 2009, p. 69-70). É possível constatar que a decisão do Supremo Tribunal Federal contribuiu para um enfraquecimento da justiça reparadora.

A justiça reparadora é o procedimento que visa compensar indivíduos por situações vividas em períodos de grandes abusos a direitos humanos e fundamentais, como ocorreu na ditadura brasileira. Normalmente esta se dá no momento de transição entre o Estado fechado para o Estado de direito e se fundamenta na fixação de medidas a serem adotadas com relação aos fatos ocorridos durante o período de opressão. É essencial à medida que pretenda trazer a paz social e impedir que as memórias trágicas acompanhem o crescimento do novo Estado (TAVARES, 2009, p. 71).

Em suma, a justiça reparadora age na busca da verdade sobre os fatos ocorridos, indenização dos perseguidos por suas opiniões políticas, punição daqueles que atuaram nas

atrocidades, reformas institucionais, afastando de cargos públicos os envolvidos nos crimes praticados no período, promoção de reconciliação de comunidades divididas e construção de estabelecimentos públicos que resguardem a memória dos fatos. “Ela representa uma prestação de contas com o passado, no que evita que fantasmas possam ressurgir e prejudicar o futuro”. Frisa-se que não se relaciona à criação de um tribunal de exceção, já que isso implicaria no afastamento dos ditames do Estado Constitucional de Direito e na prática de uma nova arbitrariedade (TAVARES, 2009, p. 71-73).

O que se pretendia com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental era que a Lei da Anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979) fosse interpretada de acordo com os princípios fundamentais constitucionais e, conseqüentemente, esta não fosse aplicada às atrocidades cometidas no período da ditadura. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, foi contrária ao objetivo da Ordem dos Advogados e se consolidou pela aplicação da Lei de Anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979) isonomicamente aos civis e militares, alcançando todos os crimes políticos e conexos. Ademais, a lei foi considerada constitucional, não infringente de preceitos constitucionais e tratados internacionais.

Destaca-se que em todos os votos foi ressalvado que o posicionamento do tribunal em nada se relacionava com o impedimento ao esclarecimento de fatos ocorridos durante o período da ditadura militar ou à reconstrução ética da história. Apesar disso, contribuiu para a remissão das atrocidades cometidas no período, para a impunibilidade dos atores e para o fracasso da justiça reparadora. Tais conseqüências derivaram, em muito, da ausência da utilização correta do conhecimento histórico, na interpretação jurídica.

CONCLUSÃO

O saber e consciência da história permitem uma interpretação contundente do instrumento normativo, de modo a alcançar uma compreensão real e socialmente significativa. A formação do intérprete jurídico, a partir de uma perspectiva histórica, é extremamente complexa tendo em vista que por mais que os intérpretes do século XXI matizem seus campos de visão com as cores de dado período histórico, apenas aqueles que o viveram poderão dizer as suas tonalidades.

A análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 revelou ausência da aplicação do conhecimento histórico. Os julgadores não se utilizaram, em nada, da análise da história anterior, concomitante ou posterior à promulgação da Lei de Anistia (Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979). Isso porque

o Brasil já se posicionava, legislativamente, contrário à aplicação de torturas e caminhava para a concretização da punição de agentes torturadores.

Apesar disso, o Tribunal optou por aplicar, indistintamente, o perdão aos crimes ocorridos durante o período ditatorial, mesmo sem disposição expressa nesse sentido, revelando desejo de esquecimento e impondo às vítimas a mesma conduta. A decisão indicou que o órgão judiciário brasileiro de maior instância entendeu que estariam em pé de igualdade crimes políticos e hediondos.

Os crimes de tortura são totalmente incompatíveis com um Estado Democrático de Direito, o qual possui a dignidade da pessoa humana como fundamento maior. Certamente a decisão indica ausência de uma verdadeira justiça reparadora e possibilidade real de reincidência, já que aqueles que cometeram tais atrocidades não foram punidos. Crê-se que a sociedade brasileira só não verá novamente tais acontecimentos caso o conhecimento histórico passe a ser privilegiado nas decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Maria Aparecida de. **Brasil: Golpe de Estado de 1964. Que Estado, País, Sociedade são esses?** In: Projeto História: revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em História e do Departamento de História da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, (29), tomo 1, p.87-105, dez.2004.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Imprescritibilidade dos crimes de tortura.** In: Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 janeiro 2017.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 06 janeiro 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 06 janeiro 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 06 janeiro 2017.

_____. **Decreto Legislativo n. 4, de 23 de maio de 1989.** Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=132880>>. Acesso em: 06 janeiro 2017

_____. **Decreto Legislativo n. 5, de 31 de maio de 1989.** Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/Decretos/1989.pdf>>. Acesso em: 06 janeiro 2017.

_____. **Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 06 janeiro 2017.

_____. **Decreto Legislativo n. 112, de 06 de junho de 2002.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-112-6-junho-2002-391904-estatuto-1-pl.html>>. Acesso em: 06 janeiro 2017.

_____. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 06 janeiro 2017.

_____. **Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 06 janeiro 2017.

_____. **Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10559.htm>. Acesso em: 06 janeiro 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153.** Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Eros Grau. Abril, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica.** Tradução: Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito.** Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE, MIGUEL. **Lições preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES, Ana Paula Vargas; BASSO, Marco Antônio. **Tratamento constitucional da tortura: uma análise histórica.** Revista FMU Direito, São Paulo, n. 37, p. 07-21, jan/jun. 2012.

ROESLER, Claudia Rosane; SENRA, Laura Carneiro de Mello. **Lei de anistia e justiça de transição: a releitura da AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 sob o viés argumentativo e principiológico.** Sequência, Florianópolis, n. 64, p. 131-160, jul. 2012.

TAVARES, André Ramos ; AGRA, Walber de Moura. **Justiça Reparadora no Brasil.** In: Memória e Verdade: A Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2009.