

ANISTIA – UM PASSO PARA A DEMOCRACIA OU LENIÊNCIA COM A TENTATIVA DE DERRUBAR UM GOVERNO ELEITO DEMOCRATICAMENTE PARA IMPLANTAR UMA DITADURA?

Márcio Gontijo

1 – Ninguém pode negar, de forma absoluta e em tese, que a anistia é um instrumento legítimo de reconciliação previsto na Carta Magna e que é prerrogativa constitucional do Congresso Nacional. Todavia, também não se pode negar que ao Judiciário cabe o último pronunciamento sobre a constitucionalidade ou não dos atos dos outros poderes da República. Assim, o STF pode declarar inconstitucional uma lei de anistia aos que praticaram crimes de tentativa de golpe de Estado e abolição do Estado Democrático de Direito.

O STF firmou orientação de que atos concessivos do benefício da graça são plenamente suscetíveis de controle jurisdicional, o que legitima, plenamente, a atividade fiscalizadora do STF, a quem incumbe, por expressa delegação da Assembleia Constituinte, o “monopólio da última palavra” em matéria constitucional; de que o órgão competente para agraciar não pode transgredir o postulado da separação de poderes, dogma protegido por cláusula pétrea explícita, nem pode exercer tal prerrogativa com desvio de finalidade; e de que a concessão da graça, como a anistia, não pode beneficiar quem houver atentado contra o Estado Democrático de Direito, regime político amparado por cláusula pétrea implícita (ADPFs 964/DF, 965/DF, 966/DF e 967/DF – relatora Ministra Rosa Weber).

“O Judiciário tem o dever de cumprir seu papel de forma independente e aplicando a norma no âmbito dos seus limites, observada a gravidade dos atos e a intransigível defesa do Estado Democrático de Direito.” “Trata-se de compreender a democracia e os princípios constitucionais de forma plena e sem relativizações por qualquer setor da sociedade brasileira.” (Nota do IAB sobre o PL da Anistia e em Defesa da Democracia.)

2 – Recordemos o que ocorreu em 8 de janeiro de 2023.

Nesse dia, houve uma série de vandalismos, invasões e depredações do patrimônio público em Brasília. Uma multidão de extremistas (cerca de quatro mil) marchou em direção à Praça dos Três Poderes, entrou em conflito com a Polícia Militar do Distrito Federal, rompeu a barreira de segurança estabelecida por forças da ordem,

ocupou a rampa e a laje de cobertura do Palácio do Congresso Nacional, invadiu e vandalizou o Congresso, o Palácio do Planalto e o Palácio do Supremo Tribunal com o objetivo de instigar um golpe militar contra o governo eleito. Como registrou o setor de comunicação do Senado: “O 8 de janeiro de 2023 entrou para a história do Brasil como o dia em que a democracia brasileira foi colocada em xeque. Insatisfeito com a posse do presidente Lula, em 1º de janeiro, um grupo de manifestantes invadiu as sedes dos Três Poderes da República. O primeiro a ser vandalizado foi o Congresso Nacional. Na sequência, o Supremo Tribunal Federal. E, por último, o Palácio do Planalto. Os vândalos deixaram um rastro de destruição por onde passaram.” A Ministra Rosa Weber, então Presidente do STF, enfatizou que se tratava de “um dia que viverá eternamente em infâmia” e o Ministro Celso de Mello deixou claro que: “Os invasores não hesitaram em dessacralizar os símbolos da República e do Estado de Direito.”

A polícia civil do DF identificou que levavam paus, estilingues, peças afiadas, bolas de gude, luvas, óculos de proteção e materiais que seriam usados na confecção de coquetéis *molotov* e a polícia federal apreendeu, posteriormente, arsenal com os financiadores dos atos golpistas, valendo dizer que, considerando o todo, existiu, senão existe, grupo armado com o fito de atentar contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito. Note-se que não é a arma – artesanal ou não ou nenhuma – utilizada por um integrante que o livra de integrar o grupo armado, perigoso por sua essência e que a lei penal e a Constituição Federal visam coibir.

Pela gravidade dos atos, não se pode considerar “exagerado” enquadrá-los nos tipos penais em questão nem se dizer que a maioria apenas exercia seu direito de protesto.

3 - O artigo 5º, XLIV, da Constituição Federal estabelece que "a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático" é inafiançável e imprescritível. Daí que uma interpretação sistemática e teleológica do dispositivo leva a que se considere que, se eles não podem ser relativizados por fiança e nunca deixam de ser passíveis de punição, então também não devem ser passíveis de perdão legislativo ou anistia.

Já daí se vê a inconstitucionalidade do PL da anistia aos atos golpistas de 8 de janeiro de 2023.

4 - A tese de que o que a Constituição não proíbe, permite vai no sentido de que, toda vez que ela não disser algo sobre um tema, fica permitido aprovar qualquer tipo de lei, ou seja, é pensar que a Constituição Federal é uma espécie de simples código.

A Constituição, por ser principalmente uma carta de princípios, não pode ser limitada a uma interpretação literal. E a violação de um princípio pode ser mais grave porque pode atingir um dos pilares do arcabouço constitucional. A interpretação sistemática deve ser privilegiada na interpretação constitucional. A “interpretação textualista” não colhe diante do clássico exemplo de que não se pode ingressar com um urso em local que diz apenas proibida a entrada de cães (ou que não se pode entrar com um cão guia em tal local), lembra Lenio Streck. Tem-se o precedente Daniel Silveira: não era proibido expressamente que se lhe concedesse o indulto presidencial, mas o STF, baseado em forte doutrina e na interpretação sistemática, entendeu que o ato contrariou a Constituição Federal (ADPF 964).

No precedente citado se lê:

“Indulto que pretende atentar, insuflar e incentivar a desobediência a decisões do Poder Judiciário é indulto atentatório a uma cláusula pétrea prevista no art. 60 da CT.”

Trata-se da chamada “proibição implícita” ou “hermenêutica da função da lei”.

Ainda no precedente citado, constou do voto do Ministro Alexandre de Moraes:

“Seria possível o STF aceitar indulto coletivo para todos aqueles que eventualmente vierem a ser condenados pelos atos de 8 de janeiro, atentados contra a própria democracia, contra a própria Constituição?”

E deu a resposta:

“Obviamente que não. Isso está implícito na Constituição.”

Conclui Streck dizendo que, se no exemplo inicial, onde estava escrito “proibido cães”, há de se entender “animais perigosos”, onde está escrito “democracia e Estado Democrático de Direito”, há de se ler “ninguém pode usar a democracia contra si mesma”. Nenhuma Constituição admitirá perdão (indulto, anistia) para quem atenta contra o

Estado Democrático. Daí já se vê a inconstitucionalidade de eventual lei anistiando golpistas.

5 – É fato que o Brasil já recorreu à anistia para a pacificação nacional como na Lei 6.683/79, que perdoou crimes políticos cometidos tanto por opositores do regime militar quanto por agentes do próprio Estado.

No contexto da Lei 6.683/79, vivíamos uma ditadura que exilava, calava, prendia, torturava, matava seus opositores e ainda escondia seus corpos. Era essencial a volta ao Estado Democrático de Direito e a anistia foi o primeiro passo para tal.

Agora, ocorre exatamente o contrário, vivemos numa democracia, que não exila, não cala, não prende, não tortura, não mata seus opositores e muito menos oculta seus corpos.

Se, antes, a anistia era necessidade de pacificação para a volta à democracia, agora, os golpistas pretendiam exatamente o contrário – como revelaram as investigações até o momento – derrubar um governo eleito e, para alguns, até instalar uma ditadura militar.

Antes, foram anistiados principalmente os que queriam derrubar a ditadura então vigente, direito legítimo reconhecido internacionalmente. O direito de insurreição, ou o direito de resistência, é um princípio legal que defende o direito do povo de se opor a um governo que viole seus direitos e a Constituição, incluindo a possibilidade de derrubar um governo ditatorial. Tem fundamento inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), assim como no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Da DUDH, se lê:

“Art. 28 - Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.”

E, por sua vez, lê-se do § 2º do art. 5º da Constituição Federal:

“§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

José Carlos Buzanello bem coloca que:

“O direito de resistência se relaciona com o direito constitucional, já que é ele que dispõe sobre os limites do poder político e os direitos e garantias fundamentais do cidadão. O problema constitucional do direito de resistência está na garantia da autodefesa da sociedade, na garantia dos direitos fundamentais e no controle dos atos públicos, bem como na manutenção do pacto constitucional por parte do governante. Os elementos fundamentais que indicam a presença do direito de resistência no Direito Constitucional se referem necessariamente aos valores da dignidade humana e ao regime democrático. Os valores constitucionais compõem um contexto axiológico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, para orientar a hermenêutica constitucional e o critério de medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade (PEREZ LUÑO, 1988, p. 288-289). O problema do direito de resistência, no sistema constitucional brasileiro, está colocado em dois aspectos: um, suscitado pela referência explícita, e outro, pela implícita. De um lado, o reconhecimento do direito de resistência operou-se pela via explícita em apenas algumas espécies: objeção de consciência (art. 5º, VIII c/c art. 143, § 1º, CF); greve ‘política’ (art. 9º, CF); princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, III, CF).” (*Apud* “Em torno da Constituição do direito de resistência”.)

A diferença é extrema entre anistiar quem queria derrubar uma ditadura e querer anistiar quem queria derrubar um governo eleito democraticamente com vistas até, entre alguns deles, a estabelecer uma ditadura.

Quando do advento da Lei 6.683/79, sabe-se que as intenções dos anistiados ou pretendentes anistiados, num e noutro caso, foram e são as mais diversas e que a Lei de Anistia de então foi a lei possível. Os então detentores do poder jamais admitiriam que estavam reconhecendo um direito de resistência, mas tinham seus interesses diante de um início de enfraquecimento do regime ditatorial.

Por outro lado, o questionamento da abrangência da Lei 6.683/79 não findou, vez que a ADPF 153 ainda não teve decisão definitiva, havendo embargos declaratórios, com efeito modificativo, apresentados e esperando julgamento e esses embargos questionam, entre outras coisas, a impossibilidade da autoanistia abrangente dos agentes do Estado de então.

A realidade é que a diferença entre a anistia da Lei 6.683/79 e a que pretende o PL de anistia aos golpistas de 8 de janeiro é abissal: a primeira, um passo para a democracia, a segunda seria leniência com tentativa de derrubar um governo eleito democraticamente e, quiçá, estabelecer uma ditadura.

A Constituição Federal amparou a primeira – já que estabelece o Estado Democrático de Direito – mas é incompatível com a segunda.

6 – Por outro lado, quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, tem-se que é justamente diante do Judiciário, no caso, diante do STF, que se deve pleitear a apenação proporcional (individualização da pena) e questionar eventuais prisões preventivas injustificadas. Jamais por meio do Congresso Nacional, a quem não cabe julgar. A clemência antes até do julgamento de alguns leva, na realidade, à impunidade para quem pôs em risco a própria Constituição e o Estado Democrático de Direito, o que é incompatível com a Constituição Federal.

O Instituto dos Advogados Brasileiros, na “NOTA DO IAB SOBRE O PL DA ANISTIA E EM DEFESA DA DEMOCRACIA”, alerta para que a Câmara dos Deputados, ao propor a anistia, dá à sociedade sinal equivocado de permissividade frente à tentativa de golpe de Estado, distancia-se da pacificação nacional e que:

“É oportuno lembrar aos parlamentares que, caso a tentativa de golpe tivesse sido consumada, o próprio Congresso Nacional estaria fechado, como comumente ocorre nos regimes ditatoriais.”

E que:

“Defender a democracia é, também, defender a própria existência e autonomia do Parlamento.”

Por sua vez, Celso de Mello lembra a advertência de Karl Popper de que:

“A tolerância ilimitada leva ao desaparecimento da própria tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada mesmo aos intolerantes, e se não estivermos preparados para defender a sociedade tolerante do assalto da intolerância, então, os tolerantes serão destruídos e a tolerância com eles...”

Além disso, alerta para que estamos diante do dilema entre a civilização e a barbárie, inclusive porque o assalto brutal, criminoso e

inconstitucional aos Poderes da República (art. 5º, XLIV, da Constituição Federal) constituiu um verdadeiro “crime contra a nacionalidade”.

7 – A realidade é que o PL da anistia aos golpistas de 8 de janeiro de 2023 não busca a pacificação nacional, como se alega e seria o fim de uma anistia política. Busca interferir em julgamento em andamento no STF e, por fim, a impunidade para os que atentaram contra o Estado Democrático de Direito, o que é extremamente grave.

Celso de Mello alerta para que a pretensão encontra obstáculo na ordem constitucional por diversas razões, inclusive porque constitui claro desvio de finalidade, distorcendo o objetivo do instituto de anistia, além de evidente interferência na atuação do Judiciário, ofendendo o princípio constitucional da separação de poderes (art. 2º, da Constituição Federal).

Com efeito, o que se pretende é impedir o Judiciário, no caso, o STF de exercer seu poder de julgar. Essa é a finalidade, que não há como se esconder, do PL.

Também por tudo isso, o PL da anistia aos golpistas de 8 de janeiro de 2023 é inconstitucional.

8 – Afora a inconstitucionalidade *ex radice* do PL, seus dispositivos, de per si, vão mais longe ainda na inconstitucionalidade.

Para essa análise, tomo como base o substitutivo proposto pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados

8.1 – Em primeiro lugar, o PL anistia os crimes praticados “entre o dia 08 de janeiro de 2023 e o dia de entrada em vigor desta lei” (art. 1º do Projeto).

Vale dizer que ficariam anistiados os crimes que poderiam ser cometidos até o dia da publicação da lei.

Como lembra Mírian Leitão, com total pertinência, o PL estabelece que a anistia vale para os atos até a data da publicação da lei, ou seja, hoje, anistia qualquer crime contra a democracia ainda a ser cometido, valendo dizer que quem for cometer tais crimes já está perdoado e que é uma licença para golpear.

8.2 - O § 1º do mesmo art. 1º do Projeto, além de anistiar os “crimes conexos”, anistia “aqueles definidos no Decreto-lei nº 2.848, de

7 de dezembro de 1940 – Código Penal”, à exceção dos que ressalva no art. 2º do PL.

Vale dizer que vai além de anistiar crimes políticos, anistiando também crimes comuns, quaisquer que sejam (exceto os ressalvados no art. 2º do PL) e que podem ser cometidos até a data da publicação da pretensa lei. Trata-se de total desvio de finalidade.

8.3 - Mírian Leitão também lembra que o projeto, além de pretender anistiar inclusive todos os autores intelectuais e financiadores do golpe de Estado, chega a “ameaçar a Justiça”.

Com efeito, ele prevê como “abuso de autoridade” qualquer investigação sobre os fatos (“nos casos em que decorra a instauração de procedimento investigatório referente aos fatos caracterizados no caput”, diz seu art. 3º). O PL criminaliza policiais, membros do Ministério Público e magistrados que ousarem exercer seu múnus público de uma forma que se entenda atentatória às disposições do projeto. Como ela diz, é um golpe do Legislativo contra o Judiciário e abre as portas para golpes de Estado futuros.

8.4 – O PL ainda vai muito além ao inserir alterações relevantes no Código Penal (artigos 4º a 7º do Projeto).

Não é novidade que uma lei de anistia, em hipótese alguma, deve inserir alteração em um código. Primeiro, porque versa sobre assunto alheio ao seu objeto, anistia, em total falta de técnica legislativa. É o que recebeu o apelido de “jabuti”. E, em segundo lugar, alteração de código é matéria que requer discussão mais ampla com a sociedade e com o mundo jurídico, sendo impróprio tratar de código em uma lei de anistia.

Mas não fica só nisso. As alterações propostas para o Código Penal são as mais absurdas, pois desnaturaliza o crime de golpe de Estado quando altera os artigos 359-L e 359-M do Código, neles incluindo a exigência do “emprego de violência contra a pessoa ou grave ameaça”, valendo dizer que fica permitido atentar contra o Estado Democrático de Direito desde que não se empregue violência “contra a pessoa”.

Data vênua, crime de golpe de Estado não tem de ser, necessariamente, crime contra a pessoa, porque o que o dispositivo legal e a Constituição Federal defendem, nesse caso, é o Estado Democrático de Direito.

Toda razão tem Mírian Leitão quando conclui que o PL legaliza o crime de golpe de Estado, criminaliza a Justiça e abre espaço para futuros atentados contra a democracia.

Perfeita e importante a colocação.

CONCLUSÃO

9 – A realidade é que, conforme exposto, o PL que anistia os golpistas de 8 de janeiro de 2023 é inconstitucional por várias razões, inclusive porque atenta, a um só tempo, contra o Estado Democrático de Direito e contra os três poderes, já que não só não coíbe como permite o golpe de Estado e atenta contra o princípio da separação dos poderes na medida em que constitui claro desvio de poder e interferência no funcionamento do Poder Judiciário.