

Leite Tosto Barros

**JUNTADA**  
Conforme provimento n.º 100/09 - CORE,  
junto este documento aos autos.  
São Paulo, 17/03/10

Técnico/Analista Judiciário - RF 3791

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA 4ª  
VARA CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

JFSP-FORUM CIVEL  
SEIOR DE PROTOCOLO GERAL E INTEGRADO  
15/03/2010 16:50 h  
Prot. nro. 2010.000064676-1  
0025168-03.2009.403.6100  
2009.61.00.025168-2  
[4a.V CIVEL]  
12871

Processo nº 2009.61.00.025168-2

**PAULO SALIM MALUF**, brasileiro, casado, Deputado Federal por São Paulo, inscrito no CPF sob o n.º 007.687.828-72, residente e domiciliado na Rua Costa Rica, 146, Jardim Europa, CEP 1437-010, São Paulo-SP, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., por seu advogado e bastante procurador que esta subscreve, nos autos da **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** em epígrafe, que lhe move e a outros o Ministério Público Federal, apresentar **CONTESTAÇÃO**, pelas razões de fato e direito a seguir expostas:

### 1 - DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL

Trata-se de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal em face de Paulo Salim Maluf e outros, na qual alega, em breve síntese, que durante sua gestão como prefeito (1969/1971), o ora contestante teria construído e inaugurado o cemitério de perus *"com o objetivo de ser destinado a corpos de indigentes"*.

Mais adiante, afirma o autor que o Réu Paulo Maluf teria contribuído *"para a destinação do Cemitério de Perus ao sepultamento clandestino de dissidentes políticos da ditadura"*.

Conclui que, *"sendo assim, o cemitério ficou conhecido como principal local onde, a partir de 1971, foram enterrados os militantes políticos mortos pela repressão"*.

Ao final, requereu o Ministério Público Federal, a declaração de responsabilidade pessoal do réu Paulo Salim Maluf, pela perpetração de violações aos direitos humanos e condenação do réu à reparação de *"danos morais coletivos"*, no importe não inferior a 10% do seu patrimônio declarado no ano base de 2008.

Requereu ainda, a perda das funções e cargos públicos, efetivos ou comissionados, dos réus que estejam exercendo função em qualquer ente federativo, ressalvado os cargos parlamentares de que trata o art. 55 da CF, além de cassar os benefícios de aposentadoria concedidos pelo regime de previdência dos servidores públicos de todos os réus, pessoas físicas.

Por fim, requereu a condenação dos réus nos ônus das sucumbências cabíveis.

Ocorre, todavia, que a presente ação não merece prosperar, conforme restará demonstrado adiante, senão vejamos.

## **2 - DO INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL**

### **2.1 - DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO**

O artigo 295, parágrafo único, inciso III, assevera que é inepta a petição inicial cujo pedido seja "juridicamente impossível".

No presente caso, o autor faz uma "ginástica" interpretativa para afastar a aplicação da chamada Lei de Anistia.

Alega que a Lei de Anistia não poderia ser aplicada ao presente em virtude de este tratar-se de "reparação cível decorrente de atos ilícitos"!!!

Não obstante, fato é que o autor imputa ao réu um crime (ocultação de cadáveres) e, caso fosse verdade, e não existisse a Lei de Anistia, o réu teria o direito de ter se defendido em eventual ação penal à época ou, se proposta agora, por quem teria legitimidade, estaria prescrita.

Portanto, não há que se falar em não aplicação da Lei n.º 6.683/79, que estabelece a Anistia **AMPLA, GERAL E IRRESTRITA À TODOS**, que no período da ditadura militar cometeram crimes políticos, ou conexos com estes:

*Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos*

*dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).*

*§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.*

Assim, apesar de os fatos imputados ao contestante serem (baixas) ilações, ainda que fossem verdade, estaria, sim, anistiado.

Ora Exa., não pode agora, mais de 30 anos após os supostos fatos, querer o Autor que seja desconsiderada a lei de anistia em pleno vigor.

Nesse sentido, importante transcrever parte do parecer n.º 1218 (íntegra doc. 02) da Procuradoria Geral da República – Órgão Máximo do Ministério Público Federal, autor da ação, diga-se –, oferecido nos autos da ADPF n.º 153/DF proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual pretende que o Supremo Tribunal Federal “revogue” a anistia concedida aos “crimes comuns praticados por agentes da repressão”, durante o regime militar que, *mutatis mutandi*, pode ser aplicado ao presente caso:

**“(...)**

**75.** *A anistia, no Brasil, todos sabemos, resultou de um longo debate nacional, com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual.*

**76.** *A sociedade civil brasileira, para além de uma singela participação neste processo, articulou-se e marcou na história do país uma luta pela democracia e pela transição pacífica e harmônica, capaz de evitar maiores conflitos.*

**77.** *Ao lado dos movimentos explícitos articulados ou inorgânicos, como greves sindicais e paralisações, protestos contra a censura e ressurgimento da voz civil, desenvolveram-se outras legítimas negociações com vistas a promover um processo de transição democrática. Negociações que, a despeito de nem*

*sempre planejadas, de volta e meia interrompidas unilateralmente pelos ocupantes do poder, se escoravam num anseio muito mais amplo no âmbito da sociedade, por uma democratização pacificadora.*

**78.** *Foi assim que começaram a ser defendidas e paulatinamente aceitas - a contragosto, em alguns segmentos - as propostas de anistia, concretizando-se numa iniciativa legislativa do Chefe do Executivo. Seu conteúdo, entretanto, estava inicialmente distante do que desejava a sociedade, especialmente por discriminar categorias de pessoas que receberiam e outras que não receberiam os benefícios da anistia.*

**79.** *Considerada a primeira manifestação social a levantar a bandeira da anistia, o Movimento Feminino pela Anistia surgiu em 1975. Com repercussão nacional, este movimento conclamou a nação a mobilizar-se em favor de uma anistia que manifesto divulgado em São Paulo, sob a liderança de Terezinha Zerbini, já defendia como ampla e geral:*

*Nós, mulheres brasileiras, assumimos nossas responsabilidades de cidadãs no quadro político nacional. Através da história provamos o espírito solidário da mulher, fortalecendo aspirações de amor e justiça. Eis porque nós nos antepomos aos destinos da nação que só cumprirá sua finalidade de paz se for concedida anistia ampla e geral a todos aqueles que foram atingidos pelos atos de exceção. Conclamamos todas as mulheres no sentido de se unirem a esse movimento, procurando o apoio de todos que se identifiquem com a idéia da necessidade de anistia, tendo em vista um dos objetivos nacionais: a união da nação. 7*

**80.** *Diversos outros setores da sociedade e instituições também se associaram na construção de uma transição capaz de concretizar os anseios nacionais de paz e superação das dificuldades políticas, podendo ser referidos, entre muitos outros, artistas, cientistas, trabalhadores em geral, o Instituto dos Advogados Brasileiros e o ora arguente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.*

*7. VARGAS, Mariluci Cardoso de. O Movimento Feminino pela Anistia como partida para a redemocratização brasileira. In: Vestígios do Passado: a história e suas fontes, Associação Nacional de História - Seção Rio Grande do Sul. IX Encontro Estadual de História. p. 2.*

**81.** *Pela ênfase com que sustenta o caráter amplo, geral e irrestrito a anistia, merece transcrição o manifesto dos artistas, lido em plenário pelo Senador Franco Montoro e publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção II, de 11 de agosto de 1979:*

**MOVIMENTO DOS ARTISTAS PELA ANISTIA AMPLA,  
GERAL E IRRESTRITA**

*Povo brasileiro*

*Homens do Governo*

*Presidente da Nação*

*Finalmente sentimos que é possível pelo menos falar. Nós, artistas brasileiros, por tanto tempo amordaçados em nossa sensibilidade criativa pela censura e violentados pela autocensura, sabemos ser grande nossa responsabilidade perante o povo brasileiro.*

*Foram longos demais esses anos de "caça às bruxas" e perseguições. Justamente quando entre os anseios do tão sofrido povo brasileiro cresce a necessidade urgente de paz, de reconstrução de uma Nação conciliada, justamente quando o Presidente "jura" fazer de nosso país uma Democracia, é concebida uma Anistia repleta de parágrafos, de itens que restringem e, portanto, reprimem novamente. Não podemos admitir, sobretudo, que quando se pretende uma conciliação Nacional sejam anistiados uns e marginalizados outros. E mais: perguntamos a todos e a nós mesmos, o número de mortos e de desaparecidos não se sabe ainda. No entanto este não é o momento em que se devam reascender divergências. E nem mesmo perguntar - por mais evidente que seja a resposta - quem atirou a primeira pedra.*

*É o momento vital de falar, de gritar, em nome dos mais elementares princípios de respeito humano, aos sentimentos cristãos:*

*Chega de rancores!*

*Chega de ódios!*

*Paz!*

**ANISTIA AMPLA, GERAL E IRRESTRITA.8**

*8 Diário do Congresso Nacional nº, Seção II, Sábado, 11 de agosto de 1979. p. 3570.*

**82.** *O Instituto dos Advogados Brasileiros encaminhou ao Senador Luiz Viana Filho, então Presidente do Senado Federal, manifestação aprovada por unanimidade pelo plenário de sua instituição, in verbis:*

*Em 30 de maio do corrente ano, o Instituto dos Advogados Brasileiros, pela unanimidade de seus membros então presentes firmou sua posição no concernente a anistia.*

*Naquela data, em resumo final, afirmou esta centenária instituição:*

*A Anistia, representando reconciliação da nação consigo mesma, deve ser ampla, deve ser geral e deve ser irrestrita. Deve abranger todos aqueles que*

de uma forma ou de outra praticaram atos políticos contrários a uma orientação então prevalente. Não deve ter limites, já que as características do ato político, se variaram de caso a caso tiveram um mesmo fator motivante. Sendo ato de conciliação da nação consigo mesma, não deve ser feita nenhuma forma de gradação ou consideração da natureza do ato político. Significa esquecer o passado e viver o presente, com vistas ao futuro.

(os grifos estão no original)<sup>9</sup>

**83.** No mesmo sentido, a Ordem, que, trinta anos depois, veicula entendimento oposto, teve intensa e decisiva participação no processo de construção da anistia ampla, geral e irrestrita no Brasil.

Aliás, como é notório, o papel da entidade no processo de transição política foi de importância essencial para a democracia brasileira. <sup>9</sup> Instituto dos Advogados Brasileiros. PR-437/79.

**84.** Naquele momento da história nacional, o Conselho Federal arguente foi ator fundamental no sentido de mediar a integração entre as forças políticas e sociais para viabilizar a transição do regime militar para a democracia.

**85.** Com perfeita consciência do contexto histórico e de suas implicações, com espírito conciliatório e agindo em defesa aberta da anistia ampla, geral e irrestrita, é que a Ordem saiu às ruas, mobilizou forças políticas e sociais e pressionou o Congresso Nacional a aprovar a lei da anistia.

**86.** Seu papel foi tão relevante que culminou, durante o processo legislativo, na adaptação do projeto de lei às sugestões que apresentou, contidas essencialmente no parecer elaborado pelo Conselheiro Sepúlveda Pertence e aprovado na Sessão Plenária de 24 de julho de 1979, que o então Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Seabra Fagundes, encaminhou ao Presidente do Senado Federal em 15 de agosto de 1979.

**87.** A linha mestra do parecer é justamente a defesa de uma anistia ampla, geral e irrestrita, incompatível com as discriminações contidas no projeto originário do governo militar:

Quem venha testemunhando a coerência da Ordem dos Advogados do Brasil, no desdobramento do seu compromisso com a aspiração de um Estado de Direito Democrático, não pode ter dúvidas quanto à posição do Conselho Federal, em face do projeto de lei de anistia que o Governo encaminhou ao Congresso. O pronunciamento que nos cabe, em nome do advogados brasileiros, haverá de somar-se ao das



1268 Y

*críticas logo endereçadas à mesquinha das discriminações e ressalvas que apequenam, desfiguram e desqualificam a proposição governamental.10*

**88.** *A palavra de ordem, levantada e defendida bravamente pela arguente na busca da transição para o estado democrático brasileiro, no tocante à discussão acerca da anistia que deu origem ao ato impugnado, foi deixar de lado uma anistia parcial para defender a anistia ampla, geral e irrestrita, sem qualquer distinção ou, nos seus próprios termos, sem a mesquinha das discriminações e ressalvas que apequenam, desfiguram e desqualificam a proposição governamental11.*

**89.** *Os pronunciamentos da arguente foram decisivos para alterar o rumo das coisas naquela oportunidade: as apontadas discriminações e ressalvas do projeto original da Lei deram lugar a uma anistia ampla, geral e irrestrita como pretendia a sociedade e a própria Ordem.*

*10 Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. Ofício 415/GP, referente ao Processo CP nº 2164/79 - Projeto de Lei de Anistia. Parecer final aprovado em Sessão Plenária do Conselho Federal.*

**90.** *Para melhor dimensionar a sua forte oposição, na época, à tese que agora defende aguerridamente não há melhor fonte senão o próprio Conselho Federal:*

*02. De resto, passado quase um mês da revelação da proposta, não é temerário afirmar que, à falta de contestação válida dos intérpretes do Poder, já se conscientizou a opinião pública da procedência das objeções suscitadas pela vanguarda da sociedade civil contra as restrições que o Governo pretende impor à conquista da anistia.*

*03. O exame global do projeto desvela de imediato o seu pecado substancial: é a sua frontal incompatibilidade com um dado elementar do próprio conceito de anistia, ou seja o seu caráter objetivo. Em outras palavras: o que o Governo está propondo, com o*

*nome de anistia, tem antes o espírito de um indulto coletivo que o de uma verdadeira anistia. Esta distorção básica está subjacente aos pontos mais criticáveis do projeto: da odiosa e arbitrária discriminação dirigida exclusivamente aos já condenados por determinados crimes políticos (art. 1º, § 2º), ao condicionamento do*

*retorno ou reversão dos servidores públicos à existência de vaga e ao interesse da Administração (art. 3º), e à exclusão desse benefício "quando o*



afastamento tiver sido motivado por improbidade do servidor" (art. 3º, §4º).

04. Mais que a forma de lei (que decorre de sua essência, mas com ela não se confunde), o que caracteriza a anistia é a sua objetividade. Isso sabidamente significa, como se lê, por exemplo, em Anibal Bruno (Direito Penal, III/201), que, "a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime e, em consequência, ficam excluídos de punição os que o cometeram". A idéia já estava presente no célebre arrazoado de Rui Barbosa (in Comentários à Constituição, 2/441), quando se mostrava que, pela anistia, "remontando-se ao delito, se lhe elimina o caráter criminoso, suprimindo-se a própria infração". Por isso, a observação de Pontes de Miranda (Comentários à Const. De 1946, I/343-344), de que "a finalidade da anistia é a mesma da lei criminal com sinais trocados"; e acrescenta: com ela, "olvida-se o ato criminal, com a consequência de se lhe não poderem atribuir efeitos de direito material ou

processual. Aconteceu o ato; agora, indo-se ao passado, mesmo onde ele está, acontece juridicamente desaparecer, deixar de ser, não ser". Na mesma linha, Raimundo Macedo (Extinção da Punibilidade, p.), a enfatizar que a anistia "é como a lei nova que deixou de considerar o fato como crime".

05. A recordação dessa verdade elementar basta para ver como não se pode sustentar a sério a legitimidade jurídica ou moral de pretender engalanarse com a grandeza da anistia - que está, por definição, na generalidade objetiva da determinação do seu alcance - um projeto que discrimina entre autores não condenados e autores já condenados pelos mesmos crimes políticos, para excluir estes dos benefícios da anistia, que se estenderão àqueles.

06. Não se desconhece que a tradição histórica - fonte necessária de identificação conceitual do instituto, onde, como ocorre entre nós, a Constituição não o define - tem legitimado a anistia parcial, que exclua da sua incidência discriminante determinadas categorias de partícipes do fato anistiado. Mas, para que tais exclusões sejam legítimas, devem elas basear-se em fatos atribuíveis às pessoas excluídas da anistia. São exemplos frequentes a reincidência, a recusa à deposição de armas no prazo estabelecido e outras tantas circunstâncias objetivas, às quais - porque imputáveis ao agente - se tem considerado que o legislador pode atribuir a força negativa de

*impedir que sobre sua conduta criminosa, em particular, se estenda a eficácia da anistia.(...)*

**91.** *Especialmente em relação à questão da concessão de anistia aos agentes do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil manifestou de forma bastante enérgica e clara sua posição, sempre por intermédio da pena ilustre do Conselheiro Sepúlveda Pertence:*

*17. Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia.*

*18. De outro lado, de tal modo a violência da repressão política foi tolerada - quando não estimulada, em certos períodos, pelos altos escalões do Poder - que uma eventual persecução penal dos seus executores materiais poderá vir a ganhar certo colorido de farisaísmo.*

*19. Não é preciso acentuar, de seu turno, que a extensão da anistia aos abusos da repressão terá efeitos meramente penais, não elidindo a responsabilidade civil do Estado, deles decorrentes.  
(...)*

**92.** *Em recentíssima entrevista, Sepúlveda Pertence, grande brasileiro, duplamente cassado pela ditadura militar, como membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e como professor da Universidade de Brasília, que tanto honrou a Procuradoria Geral da República e o Supremo Tribunal Federal, para falar o mínimo de sua folha de serviços à nação, teve a oportunidade*

*de afirmar nada ter a alterar no parecer que então submeti a meus pares, acrescentando:*

*No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o § 1º do art. 1º, que, definindo, com amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos "porões do regime", como então se dizia, pelos agentes civis e militares da repressão.*

*Meu parecer reconheceu abertamente que esse era o significado inequívoco do dispositivo. E sem alimentar esperanças vãs de que pudesse ele ser eliminado pelo Congresso, concentrava a impugnação*

*ao projeto governamental no § 2º do art. 1º, que excluía da anistia os já condenados por atos de violência contra o regime autoritário.*

.....  
.....  
É expressivo recordar que, no curso de todo o processo legislativo - que constituiu um marco incomum de intenso debate parlamentar sobre um projeto dos governos militares -, nem uma voz se tenha levantado para por em dúvida a interpretação de que o art. 1º, § 1º, se aprovado, como foi, implicava a anistia da tortura praticada e dos assassinios perpetrados por servidores públicos, sob o manto da imunidade de fato do regime de arbítrio. O que houve foram propostas de emenda - não muitas, porque de antemão condenadas à derrota sumária - para excluir da anistia os torturados e os assassinos da repressão desenfreada.<sup>12</sup>

**93.** Este o quadro, não parece aceitável, com as vênias devidas, fazer uma leitura atemporal do ato impugnado e, de forma pontual, atacar o mesmo contexto que possibilitou e conferiu legitimidade à convocação da Assembléia Nacional Constituinte.

<sup>12</sup>Carta Maior ([www.cartamaior.com.br](http://www.cartamaior.com.br)), 18/1/2010

**94.** Acatar a tese da arguente para desconstituir a anistia como concebida no final da década de 70 seria romper com o compromisso feito naquele contexto histórico.

**95.** A propósito, é de lembrar-se ensinamento de **Canotilho**:

"O consenso fundamental contratualmente estabelecido não pode, em primeiro lugar, ignorar o condicionamento do conteúdo das normas jurídicas pelos dados 'reais' e 'naturais' de uma comunidade. Um acto constituinte não é um 'estampido isolado no tempo' nem uma criação do direito a partir do nada. Como logo salientou Montesquieu (*Esprit des Lois*, I, 1 e 3) as leis (naturalmente, também as leis constitucionais) são 'rapports nécessaires qui dérivant de la nature des choses', ou seja, estão condicionadas por dados naturais, econômicos, culturais....".<sup>13</sup>

**96.** A simplificação do momento histórico extraordinário que vive um povo a um ato, a uma decisão ou a um recorte ligeiro de sua complexidade serve para fins didáticos ou ideológicos, não podendo, todavia, cegar a história ou fenomenologia da vida política.

**97.** É por essa razão que os constitucionalistas começam a admitir o que para muitos cientistas políticos parecia evidente: o chamado poder constituinte originário, especialmente o formal, é limitado.<sup>14</sup>

13 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 119-120  
14 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. cit., p. 119 et seq; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª. Ed. Coimbra; Coimbra Ed., 1991, II, p. 105 et seq;

**98.** Possui amarras, muitas vezes jurídicas e, na maioria dos casos, políticas. Consistem essas limitações políticas de acordos e compromissos que são firmados no curso dos fatos para abreviar ou prevenir conflitos. Compromissos entre os governantes do Estado caduco e os líderes do movimento de transição ou entre estes últimos próprios.

**99.** Um caso emblemático da última hipótese se deu com a Revolução dos Cravos, fazendo com que as forças socialistas triunfantes cedessem às tendências de centro que ombrearam o movimento de derrubada do salazarismo.<sup>15</sup>

**100.** Resultou desse compromisso uma Constituição dirigente que não instituía ainda um Estado socialista, mas programava o país para vir a ser, a menos que a revisão constitucional prevista para dali a cinco anos outra coisa dispusesse, como terminou por acontecer.<sup>16</sup> ELSTER, Jon. "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process". *Duke Law Journal*, v. 45, 1995-1996, p. 364 et seq  
15 NAVILLE, Pierre. *Pouvoir militaire et socialisme au Portugal*. Paris: Éditions Anthropos, 1975; MAILER, Phil. *Portugal: a revolução impossível?*. Porto: Afrontamento, 1978  
16 Sob o olhar crítico de EISFELD, Rainer: "A 'Revolução dos Cravos' e a política externa: o

fracasso do pluralismo socialista em Portugal a seguir a 1974". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n 11, 1983, p.95-129

**101.** Algo semelhante ocorreu com a elaboração da Lei Fundamental de Bonn. Diversas foram as imposições feitas pelas forças de ocupação. A começar pela elaboração de um novo texto uma assembléia constituinte a ser formada pelas assembléias dos Estados (Länder) redigiria a Constituição que seria submetida à aprovação dos governadores militares aliados. Se houvesse aprovação, dar-se-ia um referendo. Houve limites materiais também:

a estrutura federal de Estado e a declaração dos direitos e liberdades individuais, por exemplo.<sup>17</sup>

**102.** Se o próprio processo constituinte, no desenvolvimento de seus atos, cria as barreiras de

conformação jurídica do novo Estado, por meio da Constituição, é de se supor que as cláusulas de compromisso, firmadas nesse processo, sejam respeitadas sob a nova ordem constitucional, sob pena de negar-se ao direito a força que possui de integração social e de estabilizador das expectativas gerais de comportamento.

**103.** Especialmente quando essas cláusulas se tornam normas jurídicas, como sucedeu com a Lei de Anistia. Por maior que seja a repulsa a acontecimentos degradantes de violência física e 17 NEUMANN. "New Constitutions in German." *American Political Science Review*, XLII, 1948, p. 448 et seq; OPPEN, Beate Ruhm von (ed). *Documents on German under Occupation 1945-1954*. London; New York: Oxford University Press, 1955; MARKOVITZ, Inga. "Constitution Making after National Catastrophes: Germany in 1949 and 1990". *William. & Mary Law Review*, v. 49, 2008, p. 1307 et seq. É ilustrativo o exame do relatório norteamericano a respeito: U.S. DEPARTMENT OF STATE. "Germany 1947-1949. The Story in Documents". Dept. of State Pub.n. 3556/1950. Washington, D.C.: Dept. of State, 1950 moral que marcaram aquele período de nossa história, não é possível sucumbir às próprias pré-compreensões, de modo a encobrir o sentido jurídico, político e simbólico da anistia como verificada.

**104.** É evidente que reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia não significa apagar o passado.

**105.** Nesse sentido, o estado democrático de direito, para além da discussão acerca da punibilidade, precisa posicionar-se sobre a afirmação e concretização do direito fundamental à verdade histórica.<sup>18</sup>

**106.** Com a precisão habitual, o Ministro **Sepúlveda Pertence**, em entrevista antes referida, afirmou que viabilizar a reconstituição histórica daqueles tempos é um imperativo da dignidade nacional. Para propiciá-la às gerações de hoje e de amanhã, é necessário descobrir e escancarar os arquivos, estejam onde estiverem, seja quem for que os detenha.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Vide: SAMPAIO, José Adércio Leite; ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. *Verdade e História: por um direito fundamental à verdade*. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e Verdade: a justiça de transição no estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 249-272.

<sup>19</sup> Carta Maior ([www.cartamaior.com.br](http://www.cartamaior.com.br)), 18/01/2010



1274 Y

**107.** Romper com a boa-fé dos atores sociais e os anseios das diversas classes e instituições políticas do final dos anos 70, que em conjunto pugnaram – como já demonstrado – por uma Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita, significaria também prejudicar o acesso à verdade histórica.

**108.** O que se propõe, ao invés, é o desembaraço dos mecanismos existentes que ainda dificultam o conhecimento do ocorrido naquelas décadas. Nesta toada, está pendente de julgamento a **ADI nº 4077**, proposta pelo anterior Procurador-Geral da República, que questiona a constitucionalidade das Leis 8.159/91 e 11.111/05.

**109.** O julgamento da **ADI nº 4077** é sensível para resolver a controvérsia político-jurídica sobre o acesso a documentos do regime anterior. Se esse Supremo Tribunal Federal reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia e, no mesmo compasso, afirmar a possibilidade de acesso aos documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à verdade, o Brasil certamente estará em condições de, atento às lições do passado, prosseguir na construção madura do futuro democrático.

**110.** Concluindo, parece adequado lembrar, ainda uma vez, as recentes palavras de **Sepúlveda Pertence**, quanto aos argumentos desenvolvidos na presente arguição **20**:

20 Carta Maior ([www.cartamaior.com.br](http://www.cartamaior.com.br)), 18/01/2010  
Não superei a impressão inicial de que a maestria do autor não logrou livrar a tese do pecado do anacronismo: ela pretende reler, à luz da Constituição de hoje, que fez da tortura crime "insusceptível de graça e anistia", e de convenções internacionais que ditam a sua imprescritibilidade, a inequívoca interpretação de uma lei de 1979, editada sob a égide da Carta de 1969, outorgada pela junta militar que assaltara o Poder. Para aceitar a tese, de minha parte, teria de repudiar convicções acendradas.

**111.** Ante todo o exposto, a **PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA** opina pelo conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido."  
Brasília, 29 de janeiro de 2010

**ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS**  
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Portanto, resta claro o posicionamento da Nobre Procuradoria, em considerar que não

se poderia negar a vigência e validade da Lei de Anistia, nem tão pouco questionar a abrangência de seus efeitos a todos, indiscriminadamente.

E como se não bastasse "inventar" um fundamento, o MPF inovou, ainda, nos pedidos.

É que o MPF requereu que fosse declarada a responsabilidade do réu "perante a sociedade brasileira pela perpetração de violações aos direitos humanos"; condenar o réu ao pagamento de indenização (para quem?) não inferior a 10% de seu patrimônio ou em valor inferior, caso o réu prestasse declaração pública "dos fatos relativos à repressão política"; condenar a perda de funções ou cargos públicos; perda de aposentadoria concedida pelo regime dos servidores públicos; condenar os réus ao ônus de sucumbência.

O MPF, ainda, "legislou" (pagina 41 da inicial, 3º parágrafo), ao "acrescentar" uma causa de inelegibilidade à Lei Complementar 64/90, asseverando que "*o trânsito em julgado da sentença desfavorável a ambos os réus é elemento relevante para a apreciação por parte da Justiça Eleitoral sobre eventual inelegibilidade (...)!!!*

Ou seja Exa., resumidamente, o autor entrou com uma Ação Civil Pública, na Justiça Federal, para declarar a culpa do réu para o crime de ocultação de cadáveres (que é de competência da Justiça Estadual), 30 anos atrasado e, no lugar da pena "tradicional" (1 a 3 anos de reclusão), achou melhor pedir indenização, perda de cargo público, perda de aposentadoria e inelegibilidade!!!

Isso mesmo Exa.! Seria até engraçado, se não fosse temerário à Democracia o fato de um membro do MPF ignorar a existência da Lei de Anistia, atropelar



o Código de Processo Civil, "alterar" Lei Complementar 64/90 e aniquilar o Princípio da Reserva Legal.

Assim, se não há possibilidade jurídica do pedido, por conseqüência, ausente também o interesse de agir do MPF.

Por todo o exposto, requer seja, de pronto, indeferida a petição inicial da presente, pela patente e manifesta impossibilidade jurídica do pedido, com fundamento no artigo 295, I e parágrafo único, inciso III do CPC, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, conforme preceitua o art. 267, I e VI do CPC.

## **2.2 - DA CARÊNCIA DE AÇÃO**

### **2.2.1 - ILEGITIMIDADE ATIVA**

Não bastasse o já exposto, a presente ação carece, ainda, de legitimidade ativa do Ministério Público Federal.

É que a ação civil pública se destina à proteção dos direitos difusos e coletivos elencados no artigo 1º da Lei 7347/85, dentre eles o patrimônio histórico-cultural, usado pelo MPF para justificar o pedido de reparação do "dano moral coletivo".

Ocorre que, conforme restará demonstrado, respeitando correntes contrárias, certo é que o dano moral é personalíssimo e, portanto, incompatível com a coletividade inerente a Ação Civil Pública de titularidade do Ministério Público Federal, senão vejamos.

O emblemático voto (vencedor) do E. Ministro Teori Albino Zavascki nos autos do R.Esp. nº 598281<sup>1</sup>, sobre o tema, bem asseverou que:

"(...)

2. O dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral — como, por exemplo, na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, grande valor afetivo. **Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a idéia da "transindividualidade" (≡ da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando "a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" (Clayton Reis, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), "tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado" (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237). Nesse sentido é a lição de Rui Stoco, em seu Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: RT, que refuta a assertiva segundo a qual "sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de comoção popular, com ofensa ao sentimento coletivo, estará presente o dano moral ambiental" (José Rubens Morato Leite, Dano Ambiental: do individual ao extrapatrimonial, 1ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 300, apud Rui Stoco, op. cit., p. 854):**

**"No que pertine ao tema central do estudo, o primeiro reparo que se impõe é no sentido de que não existe 'dano moral ao meio ambiente'. Muito menos ofensa moral aos mares, rios, à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas. A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um vultus singular e único.**

**Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui**

<sup>1</sup> Recurso Especial 598281/MG, Relator Min. Luiz Fux, d.o. 01/06/06

**um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma.**

(...)

**A Constituição Federal, ao consagrar o direito de reparação por dano moral, não deixou margem à dúvida, mostrando-se esmerada sob o aspecto técnico-jurídico, ao deixar evidente que esse dever de reparar surge quando descumprido o preceito que assegura o direito de resposta nos casos de calúnia, injúria ou difamação ou quando o sujeito viola a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, incisos V e X), todos estes atributos da personalidade.**

**Ressuma claro que o dano moral é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis.**

**Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo.**

(...)

Dúvida, portanto, não pode resumir de que a natureza e o meio ambiente podem ser degradados e danificados.

Esse dano é único e não se confunde com seus efeitos, pois a meta optata é o resguardo e a preservação, ou seja, a reparação com o retorno da natureza ao statu quo ante, e não a indenização com uma certa quantia em dinheiro ou a compensação com determinado valor.

Convém lembrar que a Magna Carta busca objetivo maior ao estabelecer que 'todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações' (art. 225).

De modo que, não sendo possível a recomposição imediata do dano causado ao meio ambiente, a condenação ao pagamento de multa e de um valor que seja suficiente para aquela futura restauração não exsurge como objetivo principal, mas apenas meio para alcançar a meta estabelecida pela Constituição da República.

(...)

**Do que se conclui mostrar-se impróprio, tanto no plano fático como sob o aspecto lógico-jurídico, falar em dano moral ao ambiente, sendo insustentável a tese de que a degradação do meio ambiente por ação do homem conduza, através da mesma ação judicial, à obrigação de reconstituí-lo, e, ainda, de recompor o dano moral hipoteticamente suportado por um número indeterminado de pessoas." (pp. 855-857)**

3. Ao contrário, portanto, do que afirma o recorrente — segundo o qual o reconhecimento da ocorrência de dano ambiental implicaria necessariamente o reconhecimento do dano mora (fl. 494) —, é perfeitamente viável a tutela do bem jurídico salvaguardado pelo art. 225 da Constituição (meio ambiente ecologicamente equilibrado), tal como realizada nesta ação civil pública, mediante a determinação de providências que assegurem a restauração do ecossistema degradado, sem qualquer referência a um dano moral. Registre-se, por fim, não haver o autor sequer indicado, na presente ação civil pública, em que consistiria o alegado dano moral (pessoas afetadas, bens jurídico lesados, etc.). Na inicial, a única referência ao dano moral consta do pedido, nos seguintes termos: "requer ainda a condenação dos réus ao pagamento de quantia em dinheiro, a título de danos morais, art. 1º da Lei 7.347/85, a ser oportunamente arbitrado por V. Exa., em face da ilicitude da conduta praticada pelos agentes" (fl. 9). Ora, nem toda conduta ilícita importa em dano moral, nem, como bem observou o acórdão recorrido, se pode interpretar o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública de modo a "tornar o dano moral indenizável em todas as hipóteses descritas nos incisos I a V do art. 1º da referida lei" (fl. 462).

4. Pelas razões expostas, com a devida vênia do relator, nego provimento ao recurso  
especial. É o voto".

Assim, tem-se que o dano moral é, por sua natureza, personalíssimo, disponível e divisível. Não bastasse, o dano moral se faz repercutir de forma distinta para cada indivíduo. Assim, não se concebe sua aplicação para um número indeterminado de pessoas (direito difuso), por um grupo determinado unidos por um direito indivisível (direito coletivo) ou por várias pessoas tratadas individualmente (direito individual homogêneo).

A admissibilidade do dano moral coletivo vai de encontro com o próprio conceito de moral, tida como a repercussão individual de prejuízo de ordem extrapatrimonial. Nesta seara, em sendo a moral intrínseca ao conceito personalíssimo, não há de se entender como algo único

e indivisível, a se manifestar de mesma forma para todos os integrantes de determinada coletividade.

Acrescente-se que o "dano moral coletivo" esbarra na natureza reparatória positivada por nosso Código Civil.

O artigo 927 do Código Civil, contido no Título IX "Da responsabilidade civil", Capítulo I "Da obrigação de indenizar", prevê que a reparação do dano causado pelo ato ilícito deve ser na exata medida deste.

Logo, para a condenação por dano moral coletivo, haver-se-ia a necessidade de análise de cada caso concreto, o que não se vislumbra viável no bojo de ação civil pública. Somente com a análise concreta e individual é possível reparar-se o dano moral em sua exata medida.

Destarte, dentro deste enquadramento da reparação civil, ainda que se admitisse o dano moral coletivo, sua condenação deveria reverter-se às vítimas do dano, exclusivamente e de acordo com a extensão do prejuízo moral.

Todavia, na presente ação, há pedido de pagamento de quantia a ser revertida para o Fundo que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85!!!

Impossível conceber-se que à coletividade poderiam ser imputados os efeitos de um dano moral coletivo, uma vez que esta é inerente a transindividualidade.

Não há como aceitar que uma coletividade ou grupo tenha exatamente a mesma impressão e reação acerca de uma determinada situação e que esta cause o mesmo sentimento de dor e abalo psíquico.

Frise-se Exa., que a o acórdão citado não é fato isolado. Após aquele, há outros julgados do Superior Tribunal de Justiça<sup>2</sup>, professorando no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. APLICAÇÃO DA PENALIDADE CONSTANTE DO ART. 87 DA LEI 8.666/93. DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA "A QUO".

1. A simples indicação dos dispositivos tidos por violados (art. 1º, IV, da Lei 7347/85 e arts. 186 e 927 do Código Civil de 1916), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmula 282 e 356 do STF.

2. Ad argumentandum tantum, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, **melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo**, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano.

3. Sob esse enfoque decidiu a 1ª Turma desta Corte, no julgamento de hipótese análoga, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO." (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006)

<sup>2</sup> REsp 821891 / RS

4. Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido: "...Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiese efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral".
5. Recurso especial não conhecido.

Assim Exa., demonstrado a impossibilidade de ocorrência do "dano moral coletivo", conclui-se facilmente que o Ministério Público não tem legitimidade para pleitear sua reparação via ação civil pública.

Caso fosse verdade os fatos imputados ao réu Paulo Maluf, só as famílias de cada desaparecido poderiam, antes da prescrição, requerer a reparação do dano moral em juízo.

O MPF não pode pleitear direito alheio via ação civil pública!

MOACYR AMARAL SANTOS<sup>3</sup>, por sua vez conceitua:

*"São legitimados para agir ativa e passivamente, os titulares dos interesses em conflito; legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão; passiva terá o titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão".*

---

<sup>3</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. In *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 22ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2002. Pag. 171.



Destarte, daí, a ilegitimidade ativa do MPF, motivo pelo qual requer o contestante, desde já, seja extinto presente processo sem julgamento do mérito, conforme artigo 267, VI do CPC.

### 2.2.2 – ILEGITIMIDADE PASSIVA

Caso ultrapassadas as preliminares até aqui suscitadas, o que não se acredita, cumpre demonstrar a ilegitimidade do réu Paulo Maluf para figurar no pólo passivo da presente ação.

A norma processual civil, quando trata da legitimidade, dispõe que, para a parte responder em juízo, deve ter interesse na relação jurídica posta em questão. Embora a questão da legitimidade não seja bem definida pela legislação, é bem suprida pela doutrina.

VICENTE GRECO FILHO, de maneira didática, nos ensina:

*"A cada um de nós não é permitido propor ações sobre todas as lides que ocorrem no mundo. Em regra, somente podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo.*

*(...)*

*A legitimação, para ser regular, deve verificar-se no pólo ativo e no pólo passivo da relação processual. O autor deve ter legitimidade para agir em relação ao objeto da demanda e deve ele propô-la contra o outro pólo da relação jurídica discutida, ou seja, **o réu deve ser aquele que, por força da ordem jurídica material, deve, adequadamente suportar as conseqüências da demanda**<sup>4</sup>."*

---

<sup>4</sup> GRECO FILHO, Vicente. *In Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 1. 21ª Ed. Ed. Saraiva. São Paulo. 2009. Pag. 83.

Especificamente com relação à legitimidade do réu, afirma LUIZ RODRIGUES WAMBIER: "é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor".<sup>5</sup> Em outras palavras, "será parte legítima, **para figurar no pólo passivo, aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito**".<sup>6</sup>

No caso concreto, o autor alega que o co-réu Paulo Salim Maluf, durante seu mandato como chefe do executivo municipal de 1969 até 1971, teria projetado, construído e inaugurado cemitério, "com o objetivo único" de enterrar e cremar corpos de indigentes, em sua maioria cadáveres vindos do IML.

Ocorre que, na realidade, o então Prefeito apenas deu continuidade à obra do Cemitério de Perus, que já estava em andamento quando tomou posse. Não projetou coisa alguma em sua administração.

Terminada a obra, o cemitério foi inaugurado, no dia 02/03/1971. Um mês depois, exatamente em 07/04/1971, findava-se o mandato de Paulo Maluf.

O próprio Ministério Público Federal, afirma em suas razões iniciais que a construção do cemitério era uma necessidade dos moradores e que este ficou famoso "**a partir de 1971**" (fls. 7 da inicial), pelo alegado enterro de militantes políticos mortos pela repressão.

---

<sup>5</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.), in *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1, 9ª Ed. RT. São Paulo. 2007. Pag. 138.

<sup>6</sup> Ibidem.

Assim, o autor quer responsabilizar o contestante, por este ter executado uma obra de interesse público, que teria sido usada, após o término do seu mandato, para ocultação de cadáveres.

Agora, vejamos as datas em que teriam ocorridos os fatos alegados pelo autor:

- Miguel Sabat Nuet, morto em 01/12/73 (fls. 18 da inicial)
- Flavio Carvalho Molina, desaparecido em 04/11/71 (fls. 20 da inicial)
- Norberto Nehring, morto em 1970, (fls. 22 da inicial)
- Ruy Carlos Vieira Berbert, morto em 1972 (fls. 22 da inicial)
- Luiz Eurico Tejera Lisboa, morto em 1972 (fls. 23 da inicial)
- Marcio Beck Machado, morto em 1973 (fls. 24 da inicial)
- Maria Augusta Thomaz, morta em 1973 (fls. 24 da inicial)
- Helber José Gomes Goulart, morto em 1973 (fls. 24 da inicial)
- Carlos Marighella, morto em 1969 (fls. 27 da inicial)
- Edson Neves Quaresma, morto em 1970 (fls. 27 da inicial)
- Yoshitani Fujimore, morto em 1970 (fls. 27 da inicial)
- Luiz Hirata, morto em dezembro de 1971 (fls. 27 da inicial)
- Emmanuel Bezerra, morto em 1973 (fls. 28 da inicial)
- Manuel Lisboa de Moura, morto em 1973 (fls. 28 da inicial)
- Sônia Maria de Moraes Angel Jones, morta em 1973 (fls. 28 da inicial)

- Antonio Carlos Bicalho Lana, morto em 1973 (fls. 28 da inicial)
- José Ferreira de Almeida, morto em 1975 (fls. 29 da inicial)
- Vladimir Herzog, morto em 1975 (fls. 30 da inicial)

Como se vê Exa, **todos** os fatos alegados pelo autor ou ocorreram após o término do mandato do réu, 07/04/1971 ou, em apenas 4 casos, ocorreram antes da inauguração do Cemitério. É fisicamente impossível que o réu Paulo Maluf tenha participado de alguma ocultação de cadáver.

Repita-se, dos 18 casos narrados pela inicial, 4 ocorreram antes da inauguração do cemitério e 14 ocorreram após o término do mandato de Prefeito do réu, motivo pelo qual é impossível que ele tenha alguma participação.

Ademais, ainda que as datas coincidissem, o cemitério é Autarquia Municipal independente, sendo gerenciado por uma administração própria e responsável, desde aquela época, conforme expresso no art.1º da Lei Municipal n.º 7.187/68, promulgada pelo então prefeito Jose Vicente de Faria Lima, vejamos:

*"Art. 1º - Fica o Executivo autorizado a transferir, para o Serviço Funerário do Município de São Paulo, nos casos que julgar convenientes, a responsabilidade pela construção, manutenção e administração de cemitérios municipais."*

*Parágrafo único - Entre as atribuições que poderão ser deferidas ao Serviço Funerário do Município de São Paulo, incluem-se as seguintes:*

- I. conceder sepulturas para inumação, em qualquer das suas modalidades, bem como ossários e relicários;*
- II. autorizar exumações e renumações;*
- III. administrar fornos crematórios e proceder à cremação de restos mortais;*
- IV. receber e decidir, com prejuízo do disposto no art. 52 da Lei n.º 5.562, e 13 de novembro de 1958, pedidos e reclamações;*

- V. apurar e processar, até final declaração de extinção, os casos de abandono ou ruína de sepultura;
- VI. autorizar e fiscalizar construções funerárias;
- VII. proceder à escrituração dos cemitérios, em livros próprios;
- VIII. prover os cemitérios de todo o material necessário ao desenvolvimento de seus serviços e obras.

Querer responsabilizar o réu pelo fato de outros terem utilizados uma obra de seu mandato para outros fins, data vênia, é um absurdo!

É o mesmo que culpá-lo, por exemplo, por um atropelamento ocorrido no Elevado Costa e Silva - o Minhocão -, pelo fato de ter sido construído em seu mandato. Tirando o clamor público causado pelos crimes ocorridos no regime militar, seria exatamente a mesma coisa!

Patente, portanto, a ilegitimidade do contestante para figurar no pólo passivo da presente.

Pelo exposto, requer o manifestante a extinção do processo com fundamento no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

### **2.3 - DA PRESCRIÇÃO**

Não obstante o já exposto quanto à não punibilidade dos fatos narrados na inicial, ainda que assim não fosse, cumpre ressaltar estes estariam prescritos, tendo em vista que já se passaram mais de 30 (trinta) anos.

Alega o autor que não há menção de anistia à reparação civil referente aos crimes anistiados e que estes não estariam prescritos pelo fato de serem crimes contra a humanidade.

Ocorre que a premissa do autor é equivocada. O crime de ocultação de cadáver não é "crime contra a humanidade".

E ainda que fosse crime contra a humanidade, segundo a construção do autor, sua punibilidade é que não estaria prescrita, mas a reparação civil estaria sim.

Considerando que a Carta Magna encontra-se no topo da hierarquia das normas, e que esta estabelece que a lei regulará os prazos prescricionais.

Diante disso, sabe-se que o prazo prescricional máximo no ordenamento jurídico brasileiro é de 20 anos. Impossível, portanto, se faz a pretensão do autor em querer responsabilizar civilmente o réu por supostos atos cometidos a mais de 30 anos e expressamente anistiados por legislação.

Desta forma, deve ser considerada a prescrição da pretensão do autor, para que se digne este MM. Juízo à julgar extinta a presente demanda, com julgamento de mérito, com base no disposto no art. 269, IV, CPC.

### **3 - DO MÉRITO**

Na remota hipótese de serem ultrapassadas as preliminares até aqui suscitadas, bem como o não acolhimento da prescrição, cabe ao réu Paulo Maluf defender-se quanto ao mérito da presente ação.

Contudo, antes de expor os argumentos de fato e direito pelos quais deve-se decretar a improcedência da presente ação, cabe ao réu repudiar veementemente as acusações que lhe foram feitas através da exordial da presente.

É que o autor afirma com todas as letras e sem a menor "cerimônia", que o contestante construiu o cemitério com o objetivo único de ocultar cadáveres!

Ora Exa., como pode o autor saber qual era o objetivo do réu ao construir um cemitério que, segundo ele mesmo afirma, era uma necessidade da cidade?! Os Ilustres procuradores eram nascidos à época? Se eram nascidos, testemunharam o réu dar alguma ordem para que o cemitério fosse usado para ocultar cadáveres ou alguma outra pessoa testemunhou? Há documentos que comprovem isso?

O réu terminou de construir e inaugurou, sim, o cemitério, porém com objetivo único de servir à população. Jamais deu qualquer ordem ou insinuou que o cemitério fosse usado para fins escusos.

As acusações, além de não ter qualquer comprovação, caracterizam o crime de calúnia e ofendem profundamente à honra do contestante.

Ademais, conforme já exposto no tópico que versa sobre sua ilegitimidade passiva, não haveria como o réu ter participado dos fatos narrados na inicial, pelos seguintes motivos:

O primeiro, é que o cemitério fora inaugurado em 02/03/1971 e o mandato do réu terminou 35 dias depois, em 07/04/1971.

Assim, só poderia ter o réu participado de algum crime de ocultação de cadáver nesse curto período de 35 dias. Antes não havia o cemitério e após não era mais Prefeito.



Repita-se, que todos os supostos crimes elencados pelo autor, ou ocorreram após o término do mandato do réu, 07/04/1971 ou, em apenas 4 casos, ocorreram antes da inauguração do Cemitério, conforme descrito na inicial e transcrito nesta defesa no tópico da ilegitimidade passiva.

Ademais, ainda assim não fosse, ou seja, se tivesse algum fato nesse período de 35 dias, importante reiterar que a administração do cemitério era independente, conforme expresso no art.1º da Lei Municipal n.º 7.187/68.

Por este motivo é que deve ser a presente ação JULGADA TOTALMENTE IMPROCEDENTE COM RELAÇÃO AO RÉU PAULO MALUF.

#### **4 - DOS PEDIDOS**

Diante do todo o acima exposto, requer o réu indeferida a petição inicial pela sua inépcia e seja o presente processo julgado extinto sem julgamento de mérito com fundamento no disposto no art. 267, VI do CPC, diante da impossibilidade jurídica do pedido, da ilegitimidade ativa e passiva e a falta de interesse de agir.

Caso não seja o entendimento, oq eu não se acredita, requer seja o presente processo extinto com julgamento de mérito de acordo com art. 269, IV do CPC, ante a patente ocorrência de prescrição

Ad argumentandum, caso ultrapassadas todas as questões levantadas, requer seja julgada improcedente a presente ação quanto ao réu Paulo Maluf, pela falta de comprovação, bem como pela impossibilidade física de ter participado dos fatos narrados, em virtude das datas narradas na inicial.

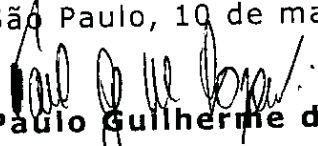
Requer ainda, seja condenado o Ministério Público Federal ao pagamento de custas e honorários aos patronos do réu contestante.

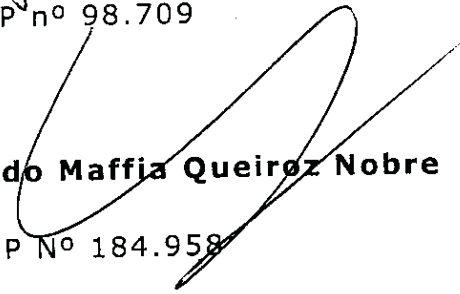
Por fim, requer que todas as intimações sejam levadas a efeito em nome do procurador signatário da presente, Paulo Guilherme de Mendonça Lopes, OAB/SP 98.709, sob pena de nulidade.

Nestes termos,

Pede Deferimento.

São Paulo, 10 de março de 2010

  
**Paulo Guilherme de Mendonça Lopes**  
OAB/SP nº 98.709

  
**Eduardo Maffia Queiroz Nobre**  
OAB/SP Nº 184.958

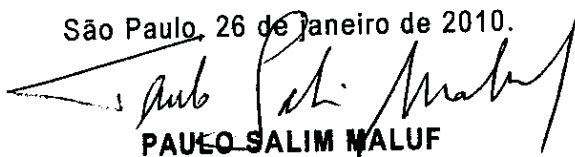
Doc. 1

1292

## PROCURAÇÃO

Pelo presente instrumento particular de procuração, **PAULO SALIM MALUF**, brasileiro, casado, engenheiro, RG nº 1.227.618, inscrito no CPF/MF sob nº 007.687.828-72, residente e domiciliado na Rua Costa Rica, 146, São Paulo/SP, neste ato nomeia e constitui seus bastantes procuradores, os advogados, brasileiros **RICARDO TOSTO DE OLIVEIRA CARVALHO**, OAB/SP 103.650, **ZANON DE PAULA BARROS**, OAB/RJ 18.329, **MURILO DA SILVA FREIRE** OAB/SP 12.420, **PAULO GUILHERME DE MENDONÇA LOPES**, OAB/SP 98.709, **JORGE NEMR**, OAB/SP 117.256, **CHARLES ISIDORO GRUENBERG**, OAB/SP 198.636, **EDUARDO MAFFIA QUEIROZ NOBRE**, OAB/SP 184.958, **PATRÍCIA RIOS SALLES DE OLIVEIRA**, OAB/SP 156.383, **RICARDO YAMAMOTO**, OAB/SP 178.342, **MAURÍCIO SILVA LEITE**, OAB/SP 164.483, sócios da sociedade **Leite, Tosto e Barros Advogados Associados S/C**, inscrita na OAB/SP sob o n.º 1762 com sede à Rua Doutor Renato Paes de Barros, 1017, 5º andar, Itaim Bibi, São Paulo-SP, e aos advogados **FERNANDO SARTORI MOLINO**, OAB/SP 230.600 e **SILVIO DE SOUZA GARRIDO JÚNIOR**, AB/SP nº 248.636, **FERNANDO AGRELA ARANEO**, OAB/SP 254.644 a quem confere amplos poderes para o foro em geral, com a cláusula "ad judicium", em qualquer juízo, Instância ou Tribunal, conferindo-lhe ainda poderes especiais para confessar, desistir, transigir, firmar compromissos ou acordos, receber e dar quitação, agindo em conjunto ou separadamente, podendo ainda, receber citação e substabelecer esta a outrem, com ou sem reservas de iguais poderes, especialmente para defender seus interesses na Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público de São Paulo, sob o nº 2009.61.00.025168-2, em tramite perante na 4ª Vara Federal de São Paulo/SP.

São Paulo, 26 de Janeiro de 2010.

  
**PAULO SALIM MALUF**

DOC. 2

1293 y



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

N.º 1218 - PGR - RG

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153/DF**  
**ARGUENTE :** CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  
**ARGUIDOS :** PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
CONGRESSO NACIONAL  
**RELATOR:** MINISTRO EROS GRAU

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Art. 1º, § 1º, da Lei 6.683/79. Pleito de interpretação conforme a Constituição, para que a anistia ali prevista não se estenda aos crimes comuns praticados por agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar. Cabimento da ADPF. Existência de controvérsia constitucional relevante. Desnecessidade de comprovação de controvérsia judicial, por não se tratar de ADPF incidental. Irrelevância da não impugnação do art. 4º, § 1º, da EC 26/85, que não substituiu, não ratificou e nem alterou a previsão legal questionada. A norma objeto da ação não é temporária mas, ainda que fosse, seria cabível a ADPF. É dispensável a indicação das autoridades responsáveis pelos atos questionados, uma vez que no processo objetivo, em que se discute a validade de normas, não há réus. A prescrição dos delitos não prejudica a análise da questão de fundo da arguição. Mérito. A interpretação questionada não afronta preceitos fundamentais da Constituição de 1988. Imprescindibilidade do seu exame no contexto histórico em que veio à luz a norma objeto da ADPF. Por maior que seja a repulsa a acontecimentos degradantes de violência física e moral que marcaram aquele período de nossa história, não é possível encobrir o sentido jurídico, político e simbólico da anistia como verificada Preservação, entretanto, do direito fundamental à verdade. ADI 4077.

— Parecer pelo conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido.

1294X



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

2

ADPF Nº 153/DF

I

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental em que o **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil** requer que o Supremo Tribunal Federal confira ao § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a anistia ali prevista não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar.

2. O dispositivo em causa tem o seguinte teor:

*Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo 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 (vetado).*

*§ 1º - Consideram-se conexos, para o efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.*

3. Invocando os preceitos fundamentais da isonomia em matéria de segurança, proibição de ocultar a verdade, e os princípios republicano, democrático e da dignidade da pessoa humana, e após sustentar o cabimento da medida, o arguente diz não haver conexão



1295



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

3

**ADPF Nº 153/DF**

entre os crimes dos opositores ao regime e os praticados no contexto da repressão. Alega, ainda, que aqueles que torturaram e mataram, entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, não praticaram nenhum dos crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, tais como definidos nos três diplomas legais vigentes no período: os decretos-lei 314 e 898 e a lei 6.620.

4. Prestadas as informações requeridas, a Advocacia Geral da União adotou entendimento pelo não conhecimento da arguição, em preliminar, e, no mérito, pela sua improcedência. Assinale-se que, no âmbito do Poder Executivo, o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil vieram pela procedência da ação. Os demais órgãos pronunciaram-se pelo seu descabimento ou pela sua improcedência.

II

5. Preliminarmente, são apontados vícios formais que impediriam o conhecimento da presente arguição.

6. A despeito dos respeitáveis argumentos desenvolvidos, alguns - pelo menos em princípio - de inegável consistência, parece à **Procuradoria Geral da República** que a extrema relevância do tema

1296 Y



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

4

**ADPF Nº 153/DF**

proposto recomenda afastar-se na espécie visão reducionista do instituto que inviabilize a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de questão de tamanha importância.

**7.** A primeira preliminar suscitada refere-se à suposta ausência de comprovação de controvérsia constitucional ou judicial sobre o ato questionado, que também se relaciona com a alegação de falta de prova de violação a preceitos fundamentais.

**8.** Sustenta-se que a ADPF foi proposta em modalidade incidental, conforme a hipótese do inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º da Lei nº 9.882/99. Nesse caso, seria indispensável a demonstração da existência de um estado de incerteza sobre a interpretação da norma em comento, notadamente no âmbito judicial, o que não ocorreu.

**9.** Não se verifica, todavia, o óbice apontado. A norma do inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 9.882/99, prevê o cabimento da ADPF *quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.*

**10.** Embora denominada por parte da doutrina como arguição incidental (ou incidente de inconstitucionalidade), a lei não exigiu que essa modalidade de ADPF fosse necessariamente fruto de

1297/



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

5

**ADPF Nº 153/DF**

uma controvérsia judicial. Referido dispositivo admite a arguição incidental a outra demanda (controvérsia) judicial, mas não se esgota nessa regra.

**11.** O comando do parágrafo único é ampliativo da regra do *caput* do artigo 1º, esclarecendo que atos normativos, inclusive pré-constitucionais e municipais (tradicionalmente excluídos do controle concentrado e objetivo de constitucionalidade) podem ser objeto da arguição. Assim, é possível a ADPF autônoma, na figura do inciso I do parágrafo primeiro: ADPF para questionar lei ou ato normativo de qualquer ente federativo em face de preceito fundamental constitucional.

**12.** A modalidade incidental é apenas uma das hipóteses de cabimento, o que se confirma pela dicção do artigo 3º, inciso V (*se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial*<sup>1</sup>), e artigo 6º, §1º (*poderá o relator ouvir as partes que ensejaram a arguição*).

**13.** Convivem três modalidades de ADPF: (a) autônoma, para questionar ato material do Poder Público, conforme a figura do *caput* do artigo 1º; (b) autônoma, para questionar ato normativo do Poder Público, nos termos do *caput* e do parágrafo único, inciso I, do artigo 1º, especialmente quando for incabível a ação direta de inconstitucionalidade (atos municipais e pré-constitucionais); e (c)

---

<sup>1</sup> Grifo não é do original.

1298



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

6

**ADPF Nº 153/DF**

incidental a uma outra ação, para decisão sobre ato normativo, com fundamento no parágrafo único, I do artigo 1º c/c inciso V do artigo 3º e § 1º do artigo 6º.

14. Portanto, a ADPF direta cujo objeto repousa sobre atos normativos tem suporte na combinação das regras matrizes, ou seja, do *caput* e do parágrafo único, I, do artigo 1º, da Lei nº 9.882/99. Como refere **Rothenburg**, trata-se de um bloco normativo que deve ser interpretado em conjunto:

*Equívoco reside (...) em querer relacionar as duas modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental a dois dispositivos específicos da Lei nº 9.882: enquanto a cabeça do art. 1º diria respeito à arguição direta, o inciso I do parágrafo único desse artigo compreenderia a arguição incidental. (...)*

*Essa correspondência linear não se sustenta, ainda que reflita a intenção dos autores da Lei (com a suposta finalidade de conciliar duas opiniões). A interpretação original (histórica) haverá de ceder passo a uma inteligência mais razoável do produto legislativo.*

*Se os diversos textos dissessem respeito a duas modalidades distintas, a segunda – e o instituto da arguição incidental por ela previsto – distinguir-se-ia, além do modo, também pelo requisito e pelo objeto (...)<sup>2</sup>*

---

<sup>2</sup>ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 204.

1299



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

7

**ADPF Nº 153/DF**

15. Não há sentido em defender que, para combater ato do Poder Público em geral (especialmente ato concreto), objeto da ADPF referido no *caput* do art. 1º da Lei 9.882 (tida como ADPF “autônoma” ou “principal”), não seja necessário demonstrar a relevância do fundamento da controvérsia constitucional, enquanto, para combater “*lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*”, objeto da ADPF referido no parágrafo único, I, do art. 1º da Lei 9.882, seja exigida tal relevância constitucional. Afinal, “*lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*”, podem ser tão ou mais lesivos a preceito fundamental que “*ato do Poder Público*”.

16. Assim, o art. 1º da Lei 9.882 deve ser lido considerando o conjunto formado pelo *caput* e o parágrafo único, a informar o regime geral da ADPF, conforme já apontado pelo Ministro **Néri da Silveira**, no voto que prolatou como relator na **ADI** nº **2.231**, na qual se analisa a constitucionalidade da Lei nº 9.882/99, assim registrado no Informativo nº 253:

*O Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da arguição autônoma de caráter abstrato, a arguição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário (...)*

(grifamos)

1309



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

8

**ADPF Nº 153/DF**

17. Nesse contexto, o regime jurídico das ADPFs (diretas ou incidentais) é único, devendo, em qualquer caso, estar lastreadas em controvérsia constitucional relevante. Uma controvérsia em sede *judicial* é exigível apenas quando se cuidar efetivamente da modalidade incidental<sup>3</sup>.

18. Assim, na hipótese de ação autônoma para discutir ato material ou normativo do Poder Público é irrelevante a existência de controvérsia *judicial* sobre a validade do ato, bastando a demonstração de dissidência jurídica.

19. Na ADPF ora sob exame, o objeto da demanda envolve dois aspectos: ao pretender fixar uma interpretação de inaplicabilidade da anistia instituída pela Lei nº 6.683/79 aos agentes públicos que praticaram crimes durante a repressão à dissidência política, a OAB busca evitar e reparar lesões a preceitos fundamentais, mediante atos comissivos e omissivos do Poder Público relacionados à (i) edição da lei ou à (ii) sua aplicação como obstáculo à persecução penal.

---

<sup>3</sup>É o que também ocorre com a ADC, em que a Lei 9.868/1999 estabelece, dentre os elementos da petição inicial, “a existência de controvérsia *judicial* relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória” (art. 14, III). E com a súmula vinculante, em que tanto a Constituição, no art. 103-A, § 1º, quanto a Lei 11.417/2006, no art. 2º, § 1º, referem-se a normas “acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública”.

1301



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

9

**ADPF Nº 153/DF**

**20.** O arguente trabalha com duas hipóteses: ou a redação da lei foi insuficiente para beneficiar aqueles agentes públicos (pois não existiria conexão de seus crimes com delitos políticos) e então foi forjada uma interpretação ilegal, ou a previsão normativa de uma anistia dessa espécie é incompatível com a Constituição.

**21.** Nas duas situações haveria atos do Poder Público (normativos ou materiais) que – em tese – provocam lesão a preceitos fundamentais. Seja ao editar norma legal de anistia a autores de crimes comuns de tortura, desaparecimento forçado e homicídios (edição inconstitucional de ato normativo), seja ao estender indevidamente benefício não previsto em lei (aplicação inconstitucional de lei), autoridades públicas estariam descumprindo, segundo o arguente, preceitos fundamentais. No primeiro caso, a violação se daria mediante a produção de ato normativo, no segundo mediante atos materiais (inclusive judiciais).

**22.** A ADPF ora proposta amolda-se, pois, tanto à hipótese do *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.882/99 (lesão a preceito fundamental por ato material do Poder Público, de não promover investigações e ações penais por indevida aplicação da lei), como também à do seu parágrafo único, inciso I (lesão por produção de ato normativo federal, que teria conferido indevidamente anistia a autores de crimes não passíveis de receberem o benefício).

1302



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**ADPF N° 153/DF**

**23.** Está claro na inicial que o objeto da arguição situa-se na validade de determinada interpretação do ato normativo (§ 1º do artigo 1º da Lei nº 6.683/79) utilizada para afastar a persecução penal em relação a autores de crimes. O fato de se tratar de interpretação equivocada do texto legal, ou de interpretação “correta” do preceito, mas incompatível com a Constituição, não altera o cenário de relevância constitucional da matéria. Seja qual for o motivo da interpretação questionada, haveria lesão a preceitos fundamentais, causada por atos omissivos do Poder Público (*caput* do artigo 1º) motivados por norma federal anterior à Constituição (figura do parágrafo único, inciso I).

**24.** Assim, sob qualquer ângulo que se examine a questão, o caso evidentemente não é de ADPF incidental, pois não se pretende a discussão paralela a qualquer outro processo judicial da matéria relativa à validade do ato normativo. Aliás, nem poderia assim ser, pois o arguente reclama justamente da inexistência de ações judiciais sobre a matéria, em decorrência da interpretação que se consolidou sobre a vigência da apontada anistia.

**25.** Por esses motivos, não há necessidade, no caso, de comprovação da existência de controvérsia judicial sobre a aplicação do preceito constitucional, mas sim de demonstração de uma controvérsia jurídica (em qualquer sede) sobre a validade da norma questionada (ou da sua interpretação).



1303



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

11

**ADPF Nº 153/DF**

26. E, sob esse prisma, está satisfatoriamente demonstrada a existência de polêmica sobre a validade constitucional de uma interpretação que reconheça a anistia aos agentes públicos que perpetraram crimes na repressão à dissidência política durante a ditadura militar.

27. São diversos os elementos a comprovarem a divergência interpretativa sobre a abrangência da anistia penal veiculada em tal ato normativo federal (notadamente se alcança ou não os agentes públicos que praticaram crimes na repressão à dissidência política durante o período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979), a começar pelo próprio Executivo federal.

28. Com efeito, a Presidência da República apresentou notas técnicas de diversos órgãos sobre a matéria, os quais divergem sobre o entendimento a ser fixado em relação à referida norma. Esse elemento, por si só, é suficiente para demonstrar a controvérsia instaurada e a relevância de uma decisão do Supremo Tribunal Federal.

29. Mas não é só. Essa Suprema Corte também já diagnosticou a presença de controvérsia sobre a interpretação a ser conferida à anistia penal da Lei nº 6.683/79, conforme os votos prolatados na Extradicação nº 974 (julgamento concluído pelo Plenário em 6 de agosto de 2009). Nesse feito, o Ministro **Marco Aurélio** expressamente consignou que a definição do alcance da anistia é



**ADPF N° 153/DF**

uma questão aberta, manifestando a sua opção pela aplicação do instituto a agentes públicos que, envolvidos com a repressão política, praticaram crimes.

**30.** Esse entendimento, porém, não foi admitido pela maioria (a extradição foi deferida, Relator para acórdão o Ministro **Ricardo Lewandowski**), tendo alguns membros da Corte se reservado a apreciar a questão da anistia, de modo mais profundo, no futuro, conforme revelaram os Informativos n° 519 e 526 (inteiro teor do julgamento ainda não publicado).

**31.** Há, portanto, estado de incerteza quanto à aplicação da anistia na situação posta na inicial, confirmada por dissidência no seio do Poder Executivo e nessa Suprema Corte.

**32.** Percebe-se, portanto, que a propositura da ADPF não repousa sobre mero debate acadêmico ou doutrinário. Há efetivamente interpretações antagônicas ao preceito legal, com reflexos profundos no exercício da persecução penal em todas as suas fases (da investigação policial ao pronunciamento judicial).

**33.** Está devidamente caracterizado o cabimento da ADPF nesse particular, devendo ser rejeitada a preliminar.

1304

1305 Y



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

13

**ADPF Nº 153/DF**

**34.** A Advocacia Geral da União e o Senado Federal invocaram também a preliminar de ausência de impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema. Em especial, reclamam que a inicial deveria ter questionado o § 1º do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 26, de 1985.

**35.** Não prospera a alegação. A Emenda Constitucional nº 26/85, embora tenha reafirmado genericamente a anistia instituída em 1979, pela Lei nº 6.683, em favor dos autores de crimes políticos e conexos, não repetiu a norma diretamente questionada pela arguente (§ 1º do artigo 1º da Lei).

**36.** Assim, para o cerne dessa ADPF, o preceito da Emenda Constitucional nº 26/85 não substituiu, não ratificou e nem alterou a norma do § 1º do artigo 1º da Lei nº 6.683. O texto constitucional reforçou apenas a previsão da anistia para os autores de crimes políticos e conexos, mas não tratou, sequer indiretamente, da definição dos crimes dos agentes públicos que reprimiram os opositores do regime militar. Ela apenas reforçou a figura do *caput* do artigo 1º da Lei, o que não afeta a discussão trazida a lume pela OAB.

**37.** Foi suscitado, também em preliminar, que a ADPF seria incabível por estar voltada contra lei cujos efeitos se esgotaram na data da sua edição.



## ADPF Nº 153/DF

38. Esta alegação deve ser afastada pela dupla razão de que a Lei nº 6.683/79 não é temporária e, de todo modo, leis temporárias podem ser objeto de ADPF.

39. A Lei nº 6.683/79 tem por objeto a anistia relativa a *crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais* e infrações punidas *com fundamento em Atos Institucionais e Complementares* (art. 1º). Não é a vigência da lei que está condicionada a determinado período, e sim seu objeto. Sempre que se discutirem fatos supostamente tipificados como *crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais* e infrações punidas *com fundamento em Atos Institucionais e Complementares*, acontecidos *no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979*, incidirá a Lei nº 6.683/1979. Não se confunde, portanto, o tempo em que os crimes e infrações referidos pela Lei nº 6.683/1979 foram cometidos (um tempo expressamente determinado pela própria lei), com o tempo de vigência da Lei nº 6.683/79 (vigência indeterminada, conforme o regime ordinário das leis, de acordo com o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei nº 4.657/1942).

40. Também não se trata, como afirma a Advocacia do Senado Federal, de confundir indevidamente *a incidência de uma lei com seus efeitos*. Os efeitos decorrentes da incidência podem durar por muito tempo depois da incidência e até da vigência da lei, isso é sabido. No caso da Lei nº 6.683, o que se tem é a possibilidade de incidência atual, pois a lei continua em vigor; basta que a lei seja

1306

1307



**ADPF Nº 153/DF**

aplicada hoje a fatos acontecidos no período por ela mesma estabelecido.

41. A Advocacia do Senado afirma, em seguida, que não há como se conferir à *Lei da Anistia interpretação conforme a Constituição de 1988, porque ela não anistia nenhum crime cometido após 5 de outubro de 1988*. O acerto da afirmação está no óbvio: que a lei se refere apenas aos crimes e infrações cometidos *entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979*. O erro está em que, quanto a esses crimes e infrações, a lei ainda está em vigor, apta a incidir e, assim, passível de interpretação conforme a Constituição atual.

42. Qualquer tentativa de imputação criminal que seja feita hoje, relativamente aos delitos criminais abrangidos pela norma, pode ser obstada pela incidência da Lei nº 6.683/79, o que demonstra sua vigência no tempo presente.

43. Por outro lado, mesmo que a Lei nº 6.683 fosse tida por norma temporária, poderia ela ser objeto de ADPF. O campo de cabimento da ADPF é amplo e busca cobrir exatamente aqueles atos que são excluídos do controle de constitucionalidade mediante a ADI. O figurino legal dado à ADPF teve por finalidade completar o quadro das ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade no Direito brasileiro<sup>4</sup>, tendo se tornado, justamente, o mecanismo

---

<sup>4</sup>TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 282.

1308 Y



**ADPF Nº 153/DF**

adequado ao controle de constitucionalidade de leis temporárias cuja vigência já se esgotou.

**44.** A ADPF é o meio hábil para a fiscalização direta de constitucionalidade de leis temporárias de vigência exaurida que violem ou violaram preceitos fundamentais, do mesmo modo que lhe incumbe combater leis pré-constitucionais e municipais, que também não são aceitas como objeto de ADI.

**45.** O cabimento da ADPF em relação a normas revogadas em geral (de que são espécie as normas temporárias com prazo de vigência esgotado) é explicitado pelo Ministro **Gilmar Mendes**, relator da ADPF 33-5/PA (julgamento em 07/12/2005): *após referir-se às controvérsias sobre direito posconstitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram, conclui Sua Excelência que, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental.*

**46.** Conclui-se, assim, que leis temporárias cuja vigência já findou podem ser objeto de ADPF. Aliás, a ADPF é a única forma de controle objetivo de constitucionalidade em relação a tais leis.

1309



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

17

**ADPF Nº 153/DF**

**47.** Tal circunstância satisfaz também a exigência de subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882).

**48.** Há uma outra preliminar, levantada pelo Ministério da Defesa, de falta de indicação das autoridades responsáveis pelos atos concretos de descumprimento de preceitos fundamentais, o que seria, nessa versão, consequência da falta de indicação dos próprios atos concretos. Porém, a existência e indicação desses atos, conforme apontado acima, elimina essa preliminar acessória.

**49.** A fixação da interpretação reclamada pela arguente atingirá todos os agentes públicos relacionados com a persecução penal. São os juizes, tribunais, membros do Ministério Público e agentes da Polícia Judiciária que aplicaram, aplicam e podem aplicar a Lei nº 6.683 em sentido incompatível com a Constituição, nas ações judiciais e investigações sob sua competência.

**50.** A ausência de qualquer dificuldade na identificação das autoridades e órgãos *responsáveis pela prática dos atos questionados* não impede que se advirta, todavia, que essa exigência de identificação é relativizada em relação à pretensa ADPF autônoma: nessa modalidade, realiza-se um controle objetivo da conformidade constitucional do ato normativo, sendo genéricos os efeitos do pronunciamento judicial em relação ao descumprimento de preceito fundamental. *A força obrigatória geral da declaração de inconstitucionalidade, assevera Mandelli Júnior, é consequência do*

1310



**ADPF N° 153/DF**

*objeto da declaração. Os atos com características normativas contêm uma regulamentação geral e abstrata, portanto declarar inconstitucional o ato deve atingir as mesmas situações e pessoas por ele abrangidas.*<sup>5</sup>

**51.** Vale aqui o quanto se reconhece às ações diretas de (in)constitucionalidade: que não há réus ou legitimados passivos, pois é a validade constitucional de normas o que se discute.<sup>6</sup>

**52.** Em precedentes, o STF, ao julgar procedente a alegação de descumprimento de preceitos fundamentais, aceitou os efeitos genéricos naturais ao controle objetivo de constitucionalidade. Na **ADPF n° 101/DF** (Relatora Ministra **Cármen Lúcia**, julgamento em 24/06/2009), proposta pelo Presidente da República, combatiam-se os efeitos das decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados. Na **ADPF n° 130/DF** (Relator Ministro **Carlos Britto**, julgamento em 30/04/2009), proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, pedia-se a declaração da revogação total da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1969). O STF satisfez-se com tal formulação e soube reconhecer sem dificuldade as autoridades e órgãos destinatários das providências cabíveis.

---

<sup>5</sup>Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 172.

<sup>6</sup>Na lição de CLÈVE, Clémerson Merlin (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 159): “É que a ação direta de inconstitucionalidade jamais será proposta *contra* alguém ou determinado órgão, mas sim *em face de* um ato normativo apontado como ilegítimo do ponto de vista constitucional”.



13118



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

ADPF Nº 153/DF

53. O Ministério da Defesa aponta um último argumento contra o cabimento da ADPF: a carência de utilidade de eventual decisão de procedência, pois os crimes – ainda que não anistiados – estariam prescritos. Assim, a ADPF não resultaria em nenhum efeito prático, acaso tenha o seu mérito acolhido.

54. A matéria da prescrição não prejudica a apreciação do mérito da ADPF. Ao contrário, apenas se ultrapassada a controvérsia sobre a previsão abstrata da anistia é que se abrirá a oportunidade para a verificação da prescrição.

III

55. O Conselho Federal requerente alinhou na petição inicial bem construídos argumentos de índole estritamente técnica em arrimo à sua pretensão. Sem diminuir-lhes a importância quando isoladamente considerados, entende a **Procuradoria Geral da República** que tem relevância maior o seu exame no contexto histórico em que veio à luz o dispositivo impugnado, o que será feito mais adiante.

56. Por isso mesmo, não parecendo útil, neste passo, renovar longas considerações acerca das questões suscitadas, pede-se vênia para reportar-se à adequada análise empreendida pela Advocacia Geral da União que, em linhas gerais, coincide com o

1312 J



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

20

**ADPF Nº 153/DF**

entendimento ministerial, e que se busca resumir nos parágrafos seguintes.

**57.** No tocante ao alegado caráter obscuro do § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/79, compreendido no tema *inépcia jurídica da interpretação questionada*, observou que o dispositivo teria sido redigido, segundo o arguente, de forma intencionalmente obscura, com o fim de incluir no âmbito da anistia os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos do regime militar.

**58.** Nota-se claramente, contudo, segundo a AGU, que a finalidade do questionado dispositivo legal foi, ao contrário, a de conferir amplitude e afastar dúvidas quanto à abrangência da anistia então concedida.

**59.** Por outro lado, a anistia tem caráter objetivo, não se destinando propriamente a beneficiar alguém mas dirigindo-se ao crime, eliminando o caráter delituoso e, por consequência, excluindo a punição daqueles que o cometeram. Nos dizeres de **Pontes de Miranda**, a anistia é como *uma lei criminal de sinais trocados*, ato abstrato e, portanto, impessoal.

1313



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

21

**ADPF Nº 153/DF**

**60.** Salientou, ainda, que a interpretação conferida à Lei questionada pautou-se pelo princípio de reconciliação e pacificação nacional, correspondente aos anseios da sociedade brasileira e reconhecido expressamente pelo Poder Público no art. 2º da Lei nº 9.140/95. Além disso, o ordenamento constitucional vigente consagra a possibilidade de retroatividade da Lei penal em benefício do réu, decorrendo daí a premissa de que, em matéria penal, deve-se interpretar ampliativamente as normas favoráveis aos réus.

**61.** Prossegue a AGU anotando que o requerente, invocando os arts. 29, 69 e 70, do Código Penal, e o art. 76, I, do Código de Processo Penal, e valendo-se do conceito dos institutos da co-autoria, do concurso material e formal e da conexão de crimes, alega inépcia técnica da interpretação dada ao art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/79, concluindo que, para fins de anistia dos agentes públicos que cometeram os crimes objeto da mencionada lei, seria necessário que houvesse uma comunhão de propósitos entre os referidos agentes (que teriam cometido crime conexo a crime político) e os opositores do regime de exceção que cometeram crime político.

**62.** O requerente constrói um conceito de conexão que abrangeria o concurso material e formal e a co-autoria, concluindo que a conexão de crimes implica uma identidade ou comunhão de propósitos ou objetivos nos vários crimes praticados.

13114



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

22

ADPF Nº 153/DF

63. A invocação de tais institutos é impertinente para a solução da controvérsia tratada na presente ação. Referidos institutos representam instrumentos técnicos voltados ao exercício jurisdicional em cada caso e não são úteis para a interpretação do dispositivo aqui impugnado. A argumentação trazida na inicial evidencia, segundo a AGU, a tentativa de impor limitações que não se encontram no texto da norma impugnada.

64. A comunhão de propósitos, nos termos propostos pelo requerente, não constitui requisito estabelecido pela Lei nº 6.683/79. O dispositivo questionado define como conexos aos crimes políticos os crimes de qualquer natureza, relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. A definição é ampla, e estabelece como limitador apenas a motivação política.

65. Adiante, é examinada a alegação do requerente no sentido de que a interpretação dada à Lei nº 6.683/79 violaria o princípio da *isonomia em matéria de segurança*, pois deixaria ao arbítrio do Poder Judiciário a escolha de quais crimes políticos devem ou não ser anistiados.

66. Neste ponto, assevera com total procedência a Advocacia Geral da União, que a interpretação ampliativa orientou-se pelo princípio de reconciliação e pacificação nacional, de modo a incluir as diversas espécies de crimes praticados por motivação política.

1315 Y



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

23

**ADPF Nº 153/DF**

**67.** Haveria também, segundo o requerente, o descumprimento do preceito fundamental de não ocultar a verdade: a Lei nº 6.683/79 teria contribuído para que não fosse revelada a verdade acerca dos crimes objeto da anistia concedida pela norma, alegando que *o povo brasileiro deveria tomar conhecimento da identidade dos responsáveis pelos horrores perpetrados durante o regime militar.*

**68.** Não se evidencia a alegada afronta, uma vez que a anistia relaciona-se a fatos e tem nítido caráter objetivo e impessoal, sendo a indeterminação dos beneficiários traço característico do próprio instituto.

**69.** Como se verá adiante, diversamente do que sustenta o requerente, a visão restritiva da anistia é que certamente criará embaraços ao pleno exercício do direito à verdade.

**70.** O requerente articula, ainda, alegação de desrespeito aos princípios democrático e republicano: para produzir o efeito de anistiar os crimes cometidos pelos agentes públicos pertencentes ao regime militar, a lei questionada deveria ser legitimada pelo órgão legislativo eleito após a promulgação da Constituição Federal de 1988 ou pelo próprio povo brasileiro por meio de referendo.



1316 J

**ADPF Nº 153/DF**

**71.** Não obstante legítima a impugnação de normas anteriores à Constituição de 1988, o argumento defendido pelo requerente pressupõe um pouco razoável juízo sumário de inconstitucionalidade formal, em tese extensivo aos demais atos aprovados pelo Congresso e promulgados pelo Chefe do Executivo no período da ditadura.

**72.** Por último, afirma a Advocacia Geral da União a improcedência da alegada violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que não cabe confundir a defesa da legitimidade do instituto da anistia com a defesa de atos como a tortura.

**IV**

**73.** As considerações desenvolvidas pela Advocacia Geral da União, acima sintetizadas, talvez bastassem, no viés estritamente técnico, para um juízo de improcedência da arguição.

**74.** A relevantíssima questão submetida ao Supremo Tribunal Federal, entretanto, não comporta exame dissociado do contexto histórico em que editada a norma objeto da arguição, absolutamente decisivo para a sua adequada interpretação e para o juízo definitivo acerca das alegações deduzidas pela Ordem, como, aliás, já destacado em outros pronunciamentos trazidos aos autos.



**ADPF Nº 153/DF**

**75.** A anistia, no Brasil, todos sabemos, resultou de um longo debate nacional, com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual.

**76.** A sociedade civil brasileira, para além de uma singela participação neste processo, articulou-se e marcou na história do país uma luta pela democracia e pela transição pacífica e harmônica, capaz de evitar maiores conflitos.

**77.** Ao lado dos movimentos explícitos articulados ou inorgânicos, como greves sindicais e paralisações, protestos contra a censura e ressurgimento da voz civil, desenvolveram-se outras legítimas negociações com vistas a promover um processo de transição democrática. Negociações que, a despeito de nem sempre planejadas, de volta e meia interrompidas unilateralmente pelos ocupantes do poder, se escoravam num anseio muito mais amplo no âmbito da sociedade, por uma democratização pacificadora.

**78.** Foi assim que começaram a ser defendidas e paulatinamente aceitas – a contragosto, em alguns segmentos – as propostas de anistia, concretizando-se numa iniciativa legislativa do Chefe do Executivo. Seu conteúdo, entretanto, estava inicialmente distante do que desejava a sociedade, especialmente por discriminar categorias de pessoas que receberiam e outras que não receberiam os benefícios da anistia.

13777

1318



**ADPF Nº 153/DF**

79. Considerada a primeira manifestação social a levantar a bandeira da anistia, o *Movimento Feminino pela Anistia* surgiu em 1975. Com repercussão nacional, este movimento conclamou a nação a mobilizar-se em favor de uma anistia que manifesto divulgado em São Paulo, sob a liderança de **Terezinha Zerbini**, já defendia como ampla e geral:

*Nós, mulheres brasileiras, assumimos nossas responsabilidades de cidadãs no quadro político nacional. Através da história provamos o espírito solidário da mulher, fortalecendo aspirações de amor e justiça. Eis porque nós nos antepomos aos destinos da nação que só cumprirá sua finalidade de paz se for concedida anistia ampla e geral a todos aqueles que foram atingidos pelos atos de exceção.*

*Conclamamos todas as mulheres no sentido de se unirem a esse movimento, procurando o apoio de todos que se identifiquem com a idéia da necessidade de anistia, tendo em vista um dos objetivos nacionais: a união da nação.<sup>7</sup>*

80. Diversos outros setores da sociedade e instituições também se associaram na construção de uma transição capaz de concretizar os anseios nacionais de paz e superação das dificuldades políticas, podendo ser referidos, entre muitos outros, artistas, cientistas, trabalhadores em geral, o Instituto dos Advogados Brasileiros e o ora arguente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

---

<sup>7</sup>VARGAS, Mariluci Cardoso de. O Movimento Feminino pela Anistia como partida para a redemocratização brasileira. In: *Vestígios do Passado: a história e suas fontes*, Associação Nacional de História - Seção Rio Grande do Sul. IX Encontro Estadual de História. p. 2.



1319



ADPF Nº 153/DF

81. Pela ênfase com que sustenta o caráter amplo, geral e irrestrito da anistia, merece transcrição o manifesto dos artistas, lido em plenário pelo Senador **Franco Montoro** e publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção II, de 11 de agosto de 1979:

*MOVIMENTO DOS ARTISTAS PELA ANISTIA AMPLA,  
GERAL E IRRESTRITA*

*Povo brasileiro  
Homens do Governo  
Presidente da Nação*

*Finalmente sentimos que é possível pelo menos falar. Nós, artistas brasileiros, por tanto tempo amordaçados em nossa sensibilidade criativa pela censura e violentados pela autocensura, sabemos ser grande nossa responsabilidade perante o povo brasileiro.*

*Foram longos demais esses anos de "caça às bruxas" e perseguições. Justamente quando entre os anseios do tão sofrido povo brasileiro cresce a necessidade urgente de paz, de reconstrução de uma Nação conciliada, justamente quando o Presidente "jura" fazer de nosso país uma Democracia, é concebida uma Anistia repleta de parágrafos, de itens que restringem e, portanto, reprimem novamente. Não podemos admitir, sobretudo, que quando se pretende uma conciliação Nacional sejam anistiados uns e marginalizados outros. E mais: perguntamos a todos e a nós mesmos, o número de mortos e de desaparecidos não se sabe ainda. No entanto este não é o momento em que se devam reascender divergências. E nem mesmo perguntar – por mais evidente que seja a resposta – quem atirou a primeira pedra.*

*É o momento vital de falar, de gritar, em nome dos mais elementares princípios de respeito humano, aos sentimentos cristãos:*

*Chega de rancores!  
Chega de ódios!  
Paz!*

*ANISTIA AMPLA, GERAL E IRRESTRITA.<sup>8</sup>*

<sup>8</sup>Diário do Congresso Nacional nº, Seção II, Sábado, 11 de agosto de 1979. p. 3570.

13207



ADPF Nº 153/DF

82. O Instituto dos Advogados Brasileiros encaminhou ao Senador **Luiz Viana Filho**, então Presidente do Senado Federal, manifestação aprovada por unanimidade pelo plenário de sua instituição, *in verbis*:

*Em 30 de maio do corrente ano, o Instituto dos Advogados Brasileiros, pela unanimidade de seus membros então presentes firmou sua posição no concernente a anistia.*

*Naquela data, em resumo final, afirmou esta centenária instituição:*

*A Anistia, representando reconciliação da nação consigo mesma, deve ser ampla, deve ser geral e deve ser irrestrita. Deve abranger todos aqueles que de uma forma ou de outra praticaram atos políticos contrários a uma orientação então prevalente. Não deve ter limites, já que as características do ato político, se variaram de caso a caso tiveram um mesmo fator motivante. Sendo ato de conciliação da nação consigo mesma, não deve ser feita nenhuma forma de gradação ou consideração da natureza do ato político. Significa esquecer o passado e viver o presente, com vistas ao futuro.*

(os grifos estão no original)<sup>9</sup>

83. No mesmo sentido, a Ordem, que, trinta anos depois, veicula entendimento oposto, teve intensa e decisiva participação no processo de construção da anistia ampla, geral e irrestrita no Brasil. Aliás, como é notório, o papel da entidade no processo de transição política foi de importância essencial para a democracia brasileira.

<sup>9</sup>Instituto dos Advogados Brasileiros. PR-437/79.



ADPF Nº 153/DF

84. Naquele momento da história nacional, o Conselho Federal arguente foi ator fundamental no sentido de mediar a integração entre as forças políticas e sociais para viabilizar a transição do regime militar para a democracia.

85. Com perfeita consciência do contexto histórico e de suas implicações, com espírito conciliatório e agindo em defesa aberta da anistia ampla, geral e irrestrita, é que a Ordem saiu às ruas, mobilizou forças políticas e sociais e pressionou o Congresso Nacional a aprovar a lei da anistia.

86. Seu papel foi tão relevante que culminou, durante o processo legislativo, na adaptação do projeto de lei às sugestões que apresentou, contidas essencialmente no parecer elaborado pelo Conselheiro **Sepúlveda Pertence** e aprovado na Sessão Plenária de 24 de julho de 1979, que o então Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **Seabra Fagundes**, encaminhou ao Presidente do Senado Federal em 15 de agosto de 1979.

87. A linha mestra do parecer é justamente a defesa de uma anistia ampla, geral e irrestrita, incompatível com as discriminações contidas no projeto originário do governo militar:

*Quem venha testemunhando a coerência da Ordem*

13228



**ADPF Nº 153/DF**

*dos Advogados do Brasil, no desdobramento do seu compromisso com a aspiração de um Estado de Direito Democrático, não pode ter dúvidas quanto à posição do Conselho Federal, em face do projeto de lei de anistia que o Governo encaminhou ao Congresso. O pronunciamento que nos cabe, em nome do advogados brasileiros, haverá de somar-se ao das críticas logo endereçadas à mesquinha das discriminações e ressalvas que apequenam, desfiguram e desqualificam a proposição governamental.<sup>10</sup>*

**88.** A palavra de ordem, levantada e defendida bravamente pela arguente na busca da transição para o estado democrático brasileiro, no tocante à discussão acerca da anistia que deu origem ao ato impugnado, foi deixar de lado uma anistia parcial para defender a anistia ampla, geral e irrestrita, sem qualquer distinção ou, nos seus próprios termos, sem a *mesquinha das discriminações e ressalvas que apequenam, desfiguram e desqualificam a proposição governamental<sup>11</sup>.*

**89.** Os pronunciamentos da arguente foram decisivos para alterar o rumo das coisas naquela oportunidade: as apontadas *discriminações e ressalvas* do projeto original da Lei deram lugar a uma anistia ampla, geral e irrestrita como pretendia a sociedade e a própria Ordem.

<sup>10</sup>Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. Ofício 415/GP, referente ao Processo CP nº 2164/79 - Projeto de Lei de Anistia. Parecer final aprovado em Sessão Plenária do Conselho Federal.

<sup>11</sup>Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. Ofício 415/GP, referente ao Processo CP nº 2164/79 - Projeto de Lei de Anistia. Parecer final aprovado em Sessão Plenária do Conselho Federal.



ADPF N° 153/DF

90. Para melhor dimensionar a sua forte oposição, na época, à tese que agora defende aguerridamente não há melhor fonte senão o próprio Conselho Federal:

*02. De resto, passado quase um mês da revelação da proposta, não é temerário afirmar que, à falta de contestação válida dos intérpretes do Poder, já se conscientizou a opinião pública da procedência das objeções suscitadas pela vanguarda da sociedade civil contra as restrições que o Governo pretende impor à conquista da anistia.*

*03. O exame global do projeto desvela de imediato o seu pecado substancial: é a sua frontal incompatibilidade com um dado elementar do próprio conceito de anistia, ou seja o seu caráter objetivo. Em outras palavras: o que o Governo está propondo, com o nome de anistia, tem antes o espírito de um indulto coletivo que o de uma verdadeira anistia. Esta distorção básica está subjacente aos pontos mais criticáveis do projeto: da odiosa e arbitraria discriminação dirigida exclusivamente aos já condenados por determinados crimes políticos (art. 1º, § 2º), ao condicionamento do retorno ou reversão dos servidores públicos à existência de vaga e ao interesse da Administração (art. 3º), e à exclusão desse benefício "quando o afastamento tiver sido motivado por improbidade do servidor" (art. 3º, § 4º).*

*04. Mais que a forma de lei (que decorre de sua essência, mas com ela não se confunde), o que caracteriza a anistia é a sua objetividade. Isso sabidamente significa, como se lê, por exemplo, em Anibal Bruno (Direito Penal, III/201), que, "a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime e, em consequência, ficam excluídos de punição os que o cometeram". A idéia já estava presente no célebre arrazoado de Rui Barbosa (in Comentários à Constituição, 2/441), quando se mostrava que, pela anistia, "remontando-se ao delito,*



ADPF Nº 153/DF

se lhe elimina o caráter criminoso, suprimindo-se a própria infração". Por isso, a observação de Pontes de Miranda (Comentários à Const. De 1946, I/343-344), de que "a finalidade da anistia é a mesma da lei criminal com sinais trocados"; e acrescenta: com ela, "olvida-se o ato criminal, com a consequência de se lhe não poderem atribuir efeitos de direito material ou processual. Aconteceu o ato; agora, indo-se ao passado, mesmo onde ele está, acontece juridicamente desaparecer, deixar de ser, não ser". Na mesma linha, Raimundo Macedo (Extinção da Punibilidade, p.), a enfatizar que a anistia "é como a lei nova que deixou de considerar o fato como crime".

05. A recordação dessa verdade elementar basta para ver como não se pode sustentar a sério a legitimidade jurídica ou moral de pretender engalanar-se com a grandeza da anistia – que está, por definição, na generalidade objetiva da determinação do seu alcance – um projeto que discrimina entre autores não condenados e autores já condenados pelos mesmos crimes políticos, para excluir estes dos benefícios da anistia, que se estenderão àqueles.

06. Não se desconhece que a tradição histórica – fonte necessária de identificação conceitual do instituto, onde, como ocorre entre nós, a Constituição não o define – tem legitimado a anistia parcial, que exclua da sua incidência discriminante determinadas categorias de partícipes do fato anistiado. Mas, para que tais exclusões sejam legítimas, devem elas basear-se em fatos atribuíveis às pessoas excluídas da anistia. São exemplos frequentes a reincidência, a recusa à deposição de armas no prazo estabelecido e outras tantas circunstâncias objetivas, às quais – porque imputáveis ao agente – se tem considerado que o legislador pode atribuir a força negativa de impedir que sobre sua conduta criminoso, em particular, se estenda a eficácia da anistia.

(...)

91. Especialmente em relação à questão da concessão de anistia aos agentes do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos



ADPF N° 153/DF

Advogados do Brasil manifestou de forma bastante enérgica e clara sua posição, sempre por intermédio da pena ilustre do Conselheiro **Sepúlveda Pertence**:

17. *Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia.*

18. *De outro lado, de tal modo a violência da repressão política foi tolerada – quando não estimulada, em certos períodos, pelos altos escalões do Poder – que uma eventual persecução penal dos seus executores materiais poderá vir a ganhar certo colorido de farisaísmo.*

19. *Não é preciso acentuar, de seu turno, que a extensão da anistia aos abusos da repressão terá efeitos meramente penais, não elidindo a responsabilidade civil do Estado, deles decorrentes.*

(...)

92. Em recentíssima entrevista, **Sepúlveda Pertence**, grande brasileiro, duplamente cassado pela ditadura militar, como membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e como professor da Universidade de Brasília, que tanto honrou a Procuradoria Geral da República e o Supremo Tribunal Federal, para falar o mínimo de sua folha de serviços à nação, teve a oportunidade de afirmar nada ter a alterar no parecer que então submeti a meus pares, acrescentando:

*No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o § 1º do art. 1º, que, definindo, com amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos*

1326



ADPF Nº 153/DF

*crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos "porões do regime", como então se dizia, pelos agentes civis e militares da repressão.*

*Meu parecer reconheceu abertamente que esse era o significado inequívoco do dispositivo. E sem alimentar esperanças vãs de que pudesse ele ser eliminado pelo Congresso, concentrava a impugnação ao projeto governamental no § 2º do art. 1º, que excluía da anistia os já condenados por atos de violência contra o regime autoritário.*

.....

*É expressivo recordar que, no curso de todo o processo legislativo - que constituiu um marco incomum de intenso debate parlamentar sobre um projeto dos governos militares -, nem uma voz se tenha levantado para por em dúvida a interpretação de que o art. 1º, § 1º, se aprovado, como foi, implicava a anistia da tortura praticada e dos assassinios perpetrados por servidores públicos, sob o manto da imunidade de fato do regime de arbítrio. O que houve foram propostas de emenda - não muitas, porque de antemão condenadas à derrota sumária - para excluir da anistia os torturados e os assassinos da repressão desenfreada.<sup>12</sup>*

**V**

**93.** Este o quadro, não parece aceitável, com as vênias devidas, fazer uma leitura atemporal do ato impugnado e, de forma pontual, atacar o mesmo contexto que possibilitou e conferiu legitimidade à convocação da Assembléia Nacional Constituinte.

<sup>12</sup>Carta Maior ([www.cartamaior.com.br](http://www.cartamaior.com.br)), 18/1/2010





## ADPF Nº 153/DF

94. Acatar a tese da arguente para desconstituir a anistia como concebida no final da década de 70 seria romper com o compromisso feito naquele contexto histórico.

95. A propósito, é de lembrar-se ensinamento de **Canotilho**:

*“O consenso fundamental contratualmente estabelecido não pode, em primeiro lugar, ignorar o condicionamento do conteúdo das normas jurídicas pelos dados ‘reais’ e ‘naturais’ de uma comunidade. Um acto constituinte não é um ‘stampido isolado no tempo’ nem uma criação do direito a partir do nada. Como logo salientou Montesquieu (Esprit des Lois, I, 1 e 3) as leis (naturalmente, também as leis constitucionais) são ‘rapports nécessaires qui dérivant de la nature des choses’, ou seja, estão condicionadas por dados naturais, económicos, culturais....”<sup>13</sup>*

96. A simplificação do momento histórico extraordinário que vive um povo a um ato, a uma decisão ou a um recorte ligeiro de sua complexidade serve para fins didáticos ou ideológicos, não podendo, todavia, cegar a história ou fenomenologia da vida política.

97. É por essa razão que os constitucionalistas começam a admitir o que para muitos cientistas políticos parecia evidente: o chamado poder constituinte originário, especialmente o formal, é limitado.<sup>14</sup>

<sup>13</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 119-120

<sup>14</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. . *Direito Constitucional*. cit., p. 119 et seq; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª. Ed. Coimbra; Coimbra Ed., 1991, II, p. 105 et seq;

1328/



ADPF Nº 153/DF

98. Possui amarras, muitas vezes jurídicas e, na maioria dos casos, políticas. Consistem essas limitações políticas de acertos e compromissos que são firmados no curso dos fatos para abreviar ou prevenir conflitos. Compromissos entre os governantes do Estado caduco e os líderes do movimento de transição ou entre estes últimos próprios.

99. Um caso emblemático da última hipótese se deu com a Revolução dos Cravos, fazendo com que as forças socialistas triunfantes cedessem às tendências de centro que ombream o movimento de derrubada do salazarismo.<sup>15</sup>

100. Resultou desse compromisso uma Constituição dirigente que não instituía ainda um Estado socialista, mas programava o país para vir a ser, a menos que a revisão constitucional prevista para dali a cinco anos outra coisa dispusesse, como terminou por acontecer.<sup>16</sup>

ELSTER, Jon. "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process". *Duke Law Journal*, v. 45, 1995-1996, p. 364 et seq

15NAVILLE, Pierre. *Pouvoir militaire et socialisme au Portugal*. Paris: Éditions Anthropos, 1975; MAILER, Phil. *Portugal: a revolução impossível?*. Porto: Afrontamento, 1978

16Sob o olhar crítico de EISFELD, Rainer: "A 'Revolução dos Cravos' e a política externa: o fracasso do pluralismo socialista em Portugal a seguir a 1974". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n 11, 1983, p.95-129

1329



ADPF Nº 153/DF

**101.** Algo semelhante ocorreu com a elaboração da Lei Fundamental de Bonn. Diversas foram as imposições feitas pelas forças de ocupação. A começar pela elaboração de um novo texto: uma assembléia constituinte a ser formada pelas assembléias dos Estados (*Länder*) redigiria a Constituição que seria submetida à aprovação dos governadores militares aliados. Se houvesse aprovação, dar-se-ia um referendo. Houve limites materiais também: a estrutura federal de Estado e a declaração dos direitos e liberdades individuais, por exemplo.<sup>17</sup>

**102.** Se o próprio processo constituinte, no desenvolvimento de seus atos, cria as barreiras de conformação jurídica do novo Estado, por meio da Constituição, é de se supor que as cláusulas de compromisso, firmadas nesse processo, sejam respeitadas sob a nova ordem constitucional, sob pena de negar-se ao direito a força que possui de integração social e de estabilizador das expectativas gerais de comportamento.

**103.** Especialmente quando essas cláusulas se tornam normas jurídicas, como sucedeu com a Lei de Anistia. Por maior que seja a repulsa a acontecimentos degradantes de violência física e

---

<sup>17</sup>NEUMANN. "New Constitutions in German." *American Political Science Review*, XLII, 1948, p. 448 et seq; OPPEN, Beate Ruhm von (ed). *Documents on German under Occupation 1945-1954*. London; New York: Oxford University Press, 1955; MARKOVITZ, Inga. "Constitution Making after National Catastrophes: Germany in 1949 and 1990". *William & Mary Law Review*, v. 49, 2008, p. 1307 et seq. É ilustrativo o exame do relatório norte-americano a respeito: U.S. DEPARTMENT OF STATE. "Germany 1947-1949. The Story in Documents". *Dept. of State Pub.n. 3556/1950*. Washington, D.C.: Dept. of State, 1950

1330



**ADPF Nº 153/DF**

moral que marcaram aquele período de nossa história, não é possível sucumbir às próprias pré-compreensões, de modo a encobrir o sentido jurídico, político e simbólico da anistia como verificada.

**VI**

**104.** É evidente que reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia não significa apagar o passado.

**105.** Nesse sentido, o estado democrático de direito, para além da discussão acerca da punibilidade, precisa posicionar-se sobre a afirmação e concretização do direito fundamental à verdade histórica.<sup>18</sup>

**106.** Com a precisão habitual, o Ministro **Sepúlveda Pertence**, em entrevista antes referida, afirmou que

*viabilizar a reconstituição histórica daqueles tempos é um imperativo da dignidade nacional. Para propiciá-la às gerações de hoje e de amanhã, é necessário descobrir e escancarar os arquivos, estejam onde estiverem, seja quem for que os detenha.<sup>19</sup>*

<sup>18</sup>Vide: SAMPAIO, José Adércio Leite; ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. Verdade e História: por um direito fundamental à verdade. In: SOARES, Inês Virginia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e Verdade: a justiça de transição no estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 249-272.

<sup>19</sup>Carta Maior ([www.cartamaior.com.br](http://www.cartamaior.com.br)), 18/01/2010

1331



**ADPF Nº 153/DF**

**107.** Romper com a boa-fé dos atores sociais e os anseios das diversas classes e instituições políticas do final dos anos 70, que em conjunto pugnaram – como já demonstrado – por uma Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita, significaria também prejudicar o acesso à verdade histórica.

**108.** O que se propõe, ao invés, é o desembaraço dos mecanismos existentes que ainda dificultam o conhecimento do ocorrido naquelas décadas. Nesta toada, está pendente de julgamento a **ADI nº 4077**, proposta pelo anterior Procurador-Geral da República, que questiona a constitucionalidade das Leis 8.159/91 e 11.111/05.

**109.** O julgamento da **ADI nº 4077** é sensível para resolver a controvérsia político-jurídica sobre o acesso a documentos do regime anterior. Se esse Supremo Tribunal Federal reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia e, no mesmo compasso, afirmar a possibilidade de acesso aos documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à verdade, o Brasil certamente estará em condições de, atento às lições do passado, prosseguir na construção madura do futuro democrático.

**110.** Concluindo, parece adequado lembrar, ainda uma vez, as recentes palavras de **Sepúlveda Pertence**, quanto aos argumentos desenvolvidos na presente arguição<sup>20</sup>:

<sup>20</sup>Carta Maior ([www.cartamaior.com.br](http://www.cartamaior.com.br)), 18/01/2010

1332



PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

40

ADPF Nº 153/DF

*Não superei a impressão inicial de que a maestria do autor não logrou livrar a tese do pecado do anacronismo: ela pretende reler, à luz da Constituição de hoje, que fez da tortura crime "insusceptível de graça e anistia", e de convenções internacionais que ditam a sua imprescritibilidade, a inequívoca interpretação de uma lei de 1979, editada sob a égide da Carta de 1969, outorgada pela junta militar que assaltara o Poder. Para aceitara tese, de minha parte, teria de repudiar convicções acendradas.*

VII

111. Ante todo o exposto, a **PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA** opina pelo conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Brasília, 29 de janeiro de 2010

**ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS**  
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

DOC. 3

1333

LEI N.º 7.187, DE 19 DE SETEMBRO DE 1968

**Autoriza o Executivo a transferir para o Serviço Funerário do Município de São Paulo, a responsabilidade pela construção, manutenção e administração de cemitérios, e dá outras providências.**

José Vicente de Faria Lima, Prefeito do Município de São Paulo, de acôrdo com o disposto no artigo 20 da Lei estadual n.º 9.842, de 19 de setembro de 1967, promulga a seguinte lei:

Art. 1.º — Fica o Executivo autorizado a transferir, para o Serviço Funerário do Município de São Paulo, nos casos que julgar convenientes, a responsabilidade pela construção, manutenção e administração de cemitérios municipais.

Parágrafo único — Entre as atribuições que poderão ser deferidas ao Serviço Funerário do Município de São Paulo, incluem-se as seguintes:

- I. conceder sepulturas para inumação, em qualquer das suas modalidades, bem como ossários e relicários;
- II. autorizar exumações e renumações;
- III. administrar fornos crematórios e proceder à cremação de restos mortais;
- IV. receber e decidir, com prejuízo do disposto no artigo 52 da Lei n.º 5.562, de 13 de novembro de 1958, pedidos e reclamações;
- V. apurar e processar, até final declaração de extinção, os casos de abandono ou ruína de sepultura;
- VI. autorizar e fiscalizar construções funerárias;
- VII. proceder à escrituração dos cemitérios, em livros próprios;
- VIII. prover os cemitérios de todo o material necessário ao desenvolvimento de seus serviços e obras.

Art. 2.º — A execução dos serviços de que trata esta lei, observada a legislação aplicável, será regulada por decreto.

Art. 3.º — As taxas de concessão de sepulturas, bem assim, as de serviços realizados em cemitérios sob administração do Serviço Funerário do Município de São Paulo, serão aprovadas pela Prefeitura, revertendo àquela Autarquia as respectivas receitas.

Art. 4.º — A Prefeitura poderá colocar à disposição do Serviço Funerário do Município de São Paulo, o pessoal necessário, obedecida a legislação em vigor.

Art. 5.º — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Prefeitura do Município de São Paulo, aos 19 de setembro de 1968, 415.º da fundação de São Paulo — O Prefeito, José Vicente de Faria Lima — O Secretário de Negócios Internos e Jurídicos, Teófilo Ribeiro de Andrade Filho — O Secretário das Finanças, Francisco de Paula Quintanilha Ribeiro — O Secretário de Serviços Municipais, Gesner Cunha.

Publicada na Diretoria do Departamento de Administração do Município de São Paulo, em 19 de setembro de 1968 — O Diretor, Paulo Villaça.