

VOTO:

Na presente arguição, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) questiona 313 portarias (Portarias nº. 1.266/2020 a 1.579/2020) do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos que anularam atos de anistia política concedida, entre 2002 e 2005, a cabos da Aeronáutica afastados da atividade pela Portaria nº 1.104/64 do Ministério da Justiça. Tais portarias anulatórias tiveram como motivo expresso a ausência de comprovação da existência de perseguição exclusivamente política no ato concessivo.

Conforme bem sintetizou a relatora no voto que apresentou na sessão virtual iniciada em 29/04/22, a questão que se coloca diz respeito a saber:

“se as trezentas e treze portarias expedidas pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (Portarias ns. 1.266/2020 a 1.579/2020), pelas quais teria sido anulada a anistia política concedida a cabos da Aeronáutica afastados pela Portaria n. 1.104/1964, ofendem os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da segurança jurídica e da defesa técnica (arts. 133 e 134 da Constituição da República)”.

Na mencionada sessão virtual, a Ministra **Cármem Lúcia**, relatora, votou pela conversão do julgamento da medida cautelar em definitivo de mérito, julgando o pedido parcialmente prejudicado e, na parte restante, **parcialmente procedente**.

Sua excelência reconheceu o prejuízo parcial da ação quanto a parcela das portarias questionadas, por terem sido anuladas por decisões judiciais ou administrativas.

Com relação às portarias ainda vigentes, Sua Excelência entendeu que elas violam os princípios constitucionais da razoabilidade, da razoável duração do processo, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica.

O processo foi por mim destacado para julgamento presencial.

1. Do não conhecimento da arguição

Peço vênia a Sua Excelência a relatora para divergir quanto ao cabimento da ADPF. Com efeito, esse instrumento não é apto a sanar a lesividade arguida pelo CFOAB - ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da defesa técnica -, pelo fato de que apenas na análise de cada caso singular é possível avaliar a ocorrência de tais violações.

A petição inicial foi instruída com parecer do professor Lenio Streck (edoc. 4), no qual se afirma que a ausência de observância do devido processo legal prévio às anulações questionadas seria perceptível a partir do exame dos andamentos de uma mostra de processos de requerimento de anistia, a partir do sistema SINCA (Sistema de Informações da Comissão de Anistia).

No entanto, após verificar uma mostra desses andamentos, não me pareceu haver nada que apontasse, de forma facilmente verificável, para a observância ou não do devido processo legal em tais casos. A própria necessidade de consulta aos andamentos de requerimentos individuais de anistia para se atestar a ocorrência, ou não, de violação à Constituição de 1988 já sugere a necessidade de verificação caso a caso das violações alegadas.

Ademais, se, de um lado, o autor da ação afirma que as portarias questionadas foram expedidas sem oportunizar a participação dos interessados, de outro lado, a Advocacia-Geral da União, nas informações (edoc. 16), afirma que

“foram expedidas notificações dirigidas aos interessados informando de forma expressa o início do procedimento de revisão da anistia nos termos da Portaria nº 3.076, de 2019, com o objeto nela exposto de averiguar o cumprimento dos requisitos legais e constitucionais para a concessão de anistia, sendo este, reiterar-se, o conteúdo da intimação para apresentação das razões de defesa.

Deveras, consoante informa a Consultoria Jurídica Adjunta do Comando da Aeronáutica, nas Informações n. 00001/2021/COJAER/CGU/AGU, **as notificações foram claras em dar ciência aos interessados acerca da instauração do processo de revisão de anistia”** (fl. 6).

Portanto, a própria premissa fática para o julgamento do pedido da ADPF é objeto de controvérsia nos autos desse processo, obviamente porque somente a análise caso a caso das situações singulares

contempladas em cada portaria questionada pode atestar se foi ou não atendido o devido processo legal.

Reconheço a nobre preocupação da eminente relatora, manifestada no voto proferido do Plenário Virtual, com os inúmeros processos judiciais em tramitação resultantes da impugnação das portarias questionadas e com a possibilidade de decisões conflitantes, o que sugeriria a necessidade de instrumento capaz de sanar a lesividade alegada de forma ampla, geral e imediata.

Ocorre que a lesividade alegada é de natureza tal que pressupõe a análise de cada caso individual para a sua aferição. O ponto foi bem sintetizado no parecer da Procuradoria-Geral da República (edoc. 25):

“Não está em causa discussão sobre a existência ou inexistência de direito à anistia nos casos concretos à luz do preenchimento dos requisitos do art. 8º do ADCT. A averiguação da motivação política do afastamento dos anistiados não é objeto desta arguição, mas de ações individuais de anistiados que tiveram anuladas as portarias concessivas respectivas, não se exigindo, nestes autos, nenhuma comprovação nesse sentido.

O debate proposto na arguição é objetivo e diz com a compatibilidade da anulação de atos de anistia sem a instauração de prévio procedimento administrativo direcionado a tanto. É objeto possível, a princípio, em ADPF, mas cujo exame em abstrato depende da certeza da premissa fática trazida – não observância do devido processo administrativo –, o que não logrou o requerente comprovar.

A ausência de documentação comprobatória nesse sentido, aliada às informações em direção contrária dos órgãos interessados, que sustentam o efetivo respeito ao processo legal e às garantias de defesa das partes afetadas, anunciam a controvérsia fática, a qual elimina o caráter objetivo da demanda, e cuja elucidação não é própria da via escolhida” (grifei).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que **o controle concentrado de constitucionalidade não se presta à defesa de interesses individuais e concretos, dada a natureza objetiva e abstrata do processo de fiscalização concentrada**. Nesse sentido, os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECRETO-LEI 77.890/1976. NEGATIVA DE SEGUIMENTO À ADPF. INOBSERVÂNCIA DO REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE. TUTELA DE SITUAÇÕES JURÍDICAS INDIVIDUAIS. PROCESSO DE NATUREZA OBJETIVA. EXAME DE ELEMENTOS DE PROVAS. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. O cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental será viável desde que haja a observância do princípio da subsidiariedade, que exige o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais, ou a verificação, ab initio, de sua inutilidade para a preservação do preceito. Precedentes desta CORTE. 2. **A ADPF não se presta à defesa de direitos e interesses individuais e concretos, em decorrência do perfil objetivo que caracteriza o controle abstrato de constitucionalidade.** Precedentes desta CORTE. 3. Ação ajuizada com o propósito de reverter o resultado contrário obtido em julgamento de processos judiciais individuais sobre a propriedade das terras em que situada a Aldeia Imbuhy. Não cabimento de ADPF para tal fim. Precedentes desta CORTE. 4. **A solução da controvérsia firmada nos autos demandaria necessário exame de provas a respeito da posse e propriedade das terras em que situada a Aldeia Imbuhy, não se prestando a jurisdição constitucional abstrata para tal fim.** Precedentes desta CORTE. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento. (ADPF 629 AgR, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, Tribunal Pleno, DJe 3/2/20).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE – NATUREZA OBJETIVA DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – IMPUGNAÇÃO TÓPICA OU FRAGMENTÁRIA DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS CONEXOS QUE INTEGRAM COMPLEXO NORMATIVO INCINDÍVEL – INVIABILIDADE – RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS. INADEQUAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DIRETA. –

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. – A **tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade** (CPC, art. 3º). Doutrina. Precedentes. (...) (ADI 2422 AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, DJe de 30/10/14, grifo nosso).

Pelo exposto, **não conheço da arguição.**

Caso vencido no ponto, reconheço a prejudicialidade parcial do pedido, diante da revogação de parcela das portarias questionadas, e passo à análise do mérito da controvérsia.

2. Do mérito

Começo rememorando os fatos que antecederam a edição das portarias questionadas.

Em 2002, a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça editou a súmula administrativa nº 2002.07.0003 **reconhecendo indiscriminadamente que todos os cabos da Aeronáutica que houvessem sido licenciados pela implementação do tempo de serviço militar (8 anos) seriam anistiados por ato de natureza exclusivamente política**, sendo esse o fundamento bastante para o enquadramento na situação do art. 8º do ADCT.

Conforme ressaltei no julgamento do RE nº 817.338/DF, da **minha relatoria**, a interpretação dada pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça conferiu uma **presunção de motivação** para os atos da Administração Federal consumados com fundamento na Portaria nº

1.104/1964, implicando números impressionantes de anistiados na Aeronáutica. Na minuta de voto, apresentei os seguintes dados numéricos acerca dessas anistias:

“De acordo as estatísticas apresentados pela Procuradoria Geral da República e obtidas da base de dados da própria Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, em 2019, no Exército Brasileiro (EB), foram concedidas 70 anistias a oficiais, 259 a Praças, 38 a Suboficiais, e 3 a Taifeiros, o que perfaz o total de 370 anistiados.

Na Marinha do Brasil (MB), concederam-se 86 anistias a Oficiais, 746 a Praças e 81 a Suboficiais, totalizando-se 913 anistiados.

Por sua vez, na Força Aérea Brasileira (FAB), concederam-se 44 anistias a Oficiais, 2.643 a Praças, 39 a Suboficiais, e 6 a Taifeiros, o que totaliza impressionantes 2.732 anistiados.

Em síntese, no Exército Brasileiro, houve 370 anistiados; na Marinha, 913 anistiados; e, na Aeronáutica, houve 2.732 anistiados!”

Não obstante a súmula, a matéria permaneceu controversa no poder executivo federal, tendo a Advocacia-Geral da União elaborado duas notas técnicas, em 2003 e 2006, afirmando que a natureza política dos afastamentos feitos com base na Portaria n. 1.104-GM3/1964 não poderia ser pressuposta e que a Súmula Administrativa n. 2002.07.0003 acabara por suprimir a análise detalhada de cada caso, a qual seria fundamental a uma análise adequada dos pedidos de anistia.

Em 2011, ocorreu uma série de novas análises de processos administrativos que concederam a anistia a cabos da Aeronáutica, no contexto do Grupo de Trabalho Interministerial de Revisão, composto por integrantes do Ministério da Justiça e da CGU, a partir da Portaria Interministerial nº 134. O objetivo do grupo foi reavaliar mais de 2,5 mil processos de concessão. Essas análises redundaram na intensa judicialização do tema.

A discussão chegou então ao Supremo Tribunal Federal. Em 16/10/2019, o Plenário julgou o Tema nº 839 da Repercussão Geral nos autos do RE nº 817.338/DF, da **minha relatoria**, fixando a seguinte tese:

“No exercício de seu poder de autotutela, poderá a Administração Pública rever os atos de concessão de anistia a

cabos da Aeronáutica relativos à Portaria nº 1.104, editada pelo Ministro de Estado da Aeronáutica, em 12 de outubro de 1964 quando se comprovar a ausência de ato com motivação exclusivamente política, assegurando-se ao anistiado, em procedimento administrativo, o devido processo legal e a não devolução das verbas já recebidas.”.

Após esse julgamento, a Ministra de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos editou a Portaria n. 3.076/2019, a qual, referindo-se expressamente ao julgamento do RE nº 817.338/DF, determinou a “realização de procedimento de revisão das anistias concedidas com fundamento na Portaria nº 1.104/GM3/1964, do Ministério da Aeronáutica, para averiguação do cumprimento dos requisitos legais e constitucionais para a concessão de anistia”. A portaria também fixava o **dever de se observar rigorosamente as regras Lei nº 9.784/1999, acerca do processo administrativo no âmbito da administração pública federal.**

Em seguida, em junho de 2020, a Ministra de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos expediu as Portarias nº. 1.266/2020 a 1.579/2020, objeto da presente ADPF, as quais, em sua maioria, anularam as portarias de 2002 a 2006 concessivas de anistia.

No que tange ao julgamento do RE nº 817.338/DF, o qual parece ter motivado a edição das portarias questionadas, rememoro que, no caso concreto do recurso paradigma, o ato administrativo que concedera anistia ao recorrido foi motivado por sua inadequação à condição de militar anistiado por ato de natureza política, **pois seu licenciamento das Forças Armadas se deu em razão do implemento do tempo legal de serviço militar** (Portaria nº 1.104 – GM3/64).

Conforme apontou a AGU naquele processo, o recorrido havia sido anistiado tão somente em decorrência da conclusão do tempo de serviço de oito anos no regime castrense, **não tendo havido a comprovação ou mesmo indicação de que tenha sofrido perseguição por motivação política, conforme apurado administrativamente.** Apurou-se que ex-cabo havia sido promovido a essa graduação após a edição da Portaria nº1.104/64, e que o seu licenciamento se dera em 10 de outubro de 1972, por conclusão de tempo de serviço.

Nesse cenário, ficava claro que, **no caso concreto analisado no RE nº 817.338 RG,** o ato concessivo de anistia ao recorrido era patentemente inconstitucional, por violação do art. 8º do ADCT. Destaco que, naquela situação concreta, houve processo administrativo em que se examinou

inclusive o histórico funcional do ex-cabo, tudo no intuito de apurar eventual perseguição política, a qual acabou não sendo comprovada.

Destaquei, assim, que **eventual anulação de ato concessivo de anistia com fundamento na Portaria nº 1.104/64, embora possível, deve ser essencialmente precedida da garantia, ao anistiado, do devido processo legal, em procedimento administrativo onde deve ocorrer a análise individualizada do caso.**

Durante o julgamento, na sessão de 10/10/19, esclareci que **a tese proposta não deveria implicar uma revisão geral de todos os casos, devendo cada caso ser apurado individualmente administrativamente.** Na ocasião, afirmei:

“Eu só gostaria de esclarecer, diante de votos tão bem fundamentados e divergentes do meu, proferidos ontem e também hoje, que, **ao dar provimento ao recurso, a tese que proponho não é rever todos os casos.** E exatamente dizer que, no exercício de seu poder de autotutela, poderá a Administração Pública rever os atos de concessão de anistia a cabos da Aeronáutica relativos à Portaria nº 1.104/64, ou seja, única e exclusivamente em relação a esse universo, mas desde que se **comprove** a ausência de ato com motivação exclusivamente política e, **em todo e qualquer caso, assegurando-se ao anistiado, em procedimento administrativo, o devido processo legal**”. (fl. 115 do acórdão - grifo nosso)

Consoante sintetizou a Procuradoria-Geral da República no parecer, “concedida a anistia na via administrativa, **sua invalidação não é automática,** e demanda a instauração de procedimento administrativo destinado a essa revisão, como assentado pela Suprema Corte”.

A necessidade de observância do devido processo legal e seus consectários decorre expressamente da Constituição de 1988, a qual diz que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e assegura aos litigantes, em processo judicial ou **administrativo,** o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, incisos LIV e LV).

A Constituição de 1988 assegura a todos, em última análise, um processo democrático, e não se faz um processo democrático sem a observância de normas fundamentais, as quais decorrem ora diretamente da Constituição – e **podem ter o status de direito**

fundamental, como, por exemplo, aquelas arroladas no art. 5º do texto constitucional –, ora diretamente da legislação infraconstitucional, mas tendo lastro no texto constitucional.

Não havendo comprovação nos autos do alegado pelo autor da ação — ausência de participação dos anistiados nos processos administrativos que redundaram na anulação do benefício —, **e tendo a Advocacia-Geral da União, nas informações, afirmado a efetiva ocorrência de participação dos interessados e do respeito do devido processo legal**, não se evidencia, dos autos, a alegada violação do devido processo legal pelas portarias questionadas.

No meu entendimento, diante da ausência de comprovação da alegada ofensa, presumi-la equivaleria a presumir a inconstitucionalidade das normas questionadas. Ocorre que, em nosso ordenamento jurídico, vigora a presunção de constitucionalidade das normas. Desse modo, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma sempre dependerá da efetiva demonstração de violação à Constituição de 1988, o que não ocorreu na espécie.

Pelo exposto, pedindo vênia à relatora, divirjo de Sua Excelência para **não conhecer** da arguição; caso vencido na preliminar, **julgo o pedido improcedente**.

É como voto.