



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

Faculdade de Direito – FAJS

FILIFE TORRES DE OLIVEIRA

**DIREITO E MORAL: UMA REFLEXÃO PRÁTICA SOB A
ÓTICA DE ROBERT ALEXY**

Brasília

2012

FILIPPE TORRES DE OLIVEIRA

**DIREITO E MORAL: UMA REFLEXÃO PRÁTICA SOB A
ÓTICA DE ROBERT ALEXY**

Monografia apresentada para obtenção
de aprovação na disciplina Monografia III
do curso de Direito do UNICEUB

Orientador: Professor Henrique Simon

Brasília – DF

2012

FILIPE TORRES DE OLIVEIRA

**DIREITO E MORAL: UMA REFLEXÃO PRÁTICA SOB A
ÓTICA DE ROBERT ALEXY**

Monografia apresentada para obtenção
de aprovação na disciplina Monografia III
do curso de Direito do UNICEUB

Orientador: Professor Henrique Simon

Brasília, 30 de abril de 2012

Banca examinadora

Prof. Henrique Simon
Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

No presente trabalho exibimos a problemática existente de termos normas injustas existentes em dado ordenamento jurídico, sendo que esta injustiça se torna insustentável a partir do momento em que esta cruza o limiar no “extremamente injusto”. Para analisar melhor a questão, nos remetemos a idéias basilares do Direito, como a *segurança jurídica* e a *pretensão à correção*. Através do estudo destas, em conjunto com as perspectivas do observador e do participante, podemos precisar a forma como estas injustiças se dão tanto em normas individuais quanto em ordenamentos jurídicos. Com a “extrema injustiça” já delineada, recorreremos à elementos subjetivos como forma de evitar estas situações. Quanto às normas individuais, vemos que a aplicação do *argumento dos princípios*, o *argumento da correção* e o *da moral* nos ajudam a sanar injustiças e evitar que elas ocorram no futuro. Já com relação ao ordenamento jurídico como um todo, a forma de sanar as injustiças dá-se através da validade do Direito. Ao chegarmos à *norma fundamental*, percebemos que para que esta seja dotada de subjetividade, devemos flexibilizá-la para que venha a conter uma *pretensão à correção* imbuída de uma moral. Somente assim poderemos ter um ordenamento com noções morais em sua fonte primária. Constatamos inclusive a incidência destes preceitos em um julgado recente da Suprema Corte brasileira através de uma comparação feita com os votos proferidos e as idéias supracitadas. As opiniões dos Magistrados neste caso foram tendentes à uma avaliação subjetiva da lei em conjunto com sua valoração literal. Dada a incidência destas idéias no plano prático, podemos deduzir que os Magistrados, de forma consciente ou não, concebem o Direito como sendo um conceito dotado de subjetividade na sua essência.

Palavras-chave: Moral. Segurança jurídica. Injustiça. Pretensão à correção. Validade. Norma fundamental. Regime autoritário. Obscuridade da lei. Anistia. Ação de descumprimento de preceito fundamental.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1. O CONCEITO E A VALIDADE MORAL DO DIREITO..... | 4 |
| 1.1 A extrema injustiça e a pretensão à correção | 4 |
| 1.1.1 Os posicionamentos perante a lei..... | 7 |
| 1.1.2 O conceito de Direito ligado à Moral | 14 |
| 1.2 O elemento da validade do Direito | 17 |
| 1.2.1 A relação entre as validades..... | 17 |
| 1.2.2 As regras de admissibilidade e rejeição..... | 20 |
| 1.3 A Norma Fundamental | 22 |
| 1.3.1 A análise de Alexy sobre a concepção Analítica de Kelsen..... | 23 |
| 1.3.2 A análise de Alexy sobre a concepção Normativa de Kant..... | 28 |
| 1.3.3 A análise de Alexy sobre a concepção Empírica de Hart | 30 |
| 1.3.4 A moralidade do sistema jurídico através da norma fundamental | 33 |
| 2. A LEI DA ANISTIA E A TESE DA VINCULAÇÃO DE ALEXY | 35 |
| 2.1 Relatório do Ministro Eros Grau | 35 |
| 2.1.1 Análise do relatório | 39 |
| 2.2 Voto: Eros Grau..... | 42 |
| 2.2.1 Da interpretação da lei..... | 42 |
| 2.2.2 A lei da anistia e a Constituição de 1988 | 45 |
| 2.2.3 A lei da anistia e a EC 26..... | 48 |
| 2.2.4 Análise do voto..... | 50 |
| 2.2.4.1 Sobre a interpretação da lei..... | 50 |
| 2.2.4.2 Da recepção da lei..... | 51 |
| 2.2.4.3 A recepção da Emenda nº26 | 54 |
| 2.3 Voto: Carmen Lúcia..... | 56 |
| 2.3.1 A norma fundamental e a lei da anistia. | 56 |
| 2.3.2 Da interpretação e a obscuridade da Lei da Anistia..... | 57 |
| 2.3.3 Análise do voto..... | 59 |

| | |
|--|----|
| 2.4 Voto: Ricardo Lewandowski | 60 |
| 2.4.1 Da interpretação da lei da anistia | 60 |
| 2.4.2 A teoria da preponderância dos meios..... | 61 |
| 2.4.3 Análise do voto..... | 63 |
| 2.5 Voto: Ayres Britto | 64 |
| 2.5.1 Da interpretação da lei | 64 |
| 2.5.2 Amplitude da lei da anistia | 65 |
| 2.5.3 Análise do voto..... | 67 |
| 2.6 Voto: Celso de Mello | 68 |
| 2.6.1 A Constituição e a lei da anistia | 68 |
| 2.6.1 Análise do voto..... | 69 |
| 2.7 Voto: Cezar Peluso | 70 |
| 2.7.1 Aspectos Constitucionais da lei da anistia | 70 |
| 2.7.2 Análise do voto..... | 71 |
| 2.8 Voto: Gilmar Mendes..... | 72 |
| 2.8.1 A Constituição e a emenda nº26..... | 72 |
| 2.8.2 Análise do voto..... | 75 |
| 2.9 Votos: Ellen Gracie e Marco Aurélio..... | 77 |
| 2.9.1 Análise dos votos de Ellen Gracie e Marco Aurélio..... | 77 |
| CONCLUSÃO..... | 79 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa tem como objetivo apresentar, e analisar, a relação existente entre o Direito e a moral, no campo da teoria, segundo a ótica de Robert Alexy, e sua aplicação prática, em estudo de caso, que enfoca os caminhos buscados pelos magistrados brasileiros em busca do adequado disciplinamento jurídico, em momento crucial da vida política brasileira – a transição para o Estado de Direito.

Algumas vezes, estes dois temas – Direito e moral – podem ser considerados como antitéticos no âmbito jurídico, com a conseqüente desvinculação entre o Direito e a subjetividade que o deve acompanhar em seu exercício pleno, pelos magistrados. Tomando tal aspecto em consideração, trataremos de demonstrar que, apesar destas concepções dogmáticas existentes, a coexistência dos mesmos existe no plano prático, como garantia da legitimidade do Direito. Esta noção de proximidade será tratada através de descrição dos elementos intrínsecos ao Direito com sua respectiva relação com a moral. No estudo do caso concreto, trataremos de apontar a incidência destes temas no campo prático, mostrando como a vinculação entre o Direito e a moral não se dá somente na teoria. Esta pesquisa, portanto, nos poderá fornecer uma compreensão adequada do Direito em sua finalidade primordial, como sendo efetivamente o norteador das relações inter-pessoais dentro da sociedade.

Para desenvolvermos melhor esta idéia, faremos uso de obras que explorem a inter-relação entre o Direito e a moral, de autoria de Robert Alexy, Gustav Radbruch, Eugenio Bulygin e Manuel Atienza. Assim, lograremos chegar à noção necessária à concepção do Direito como intrinsecamente ligado à moral em sua fonte. Ou seja, através destas idéias procuraremos demonstrar que a moral está inserida na própria concepção do Direito, tanto em seu conceito como através da norma fundamental. Sedimentada esta noção, passaremos a analisar de forma pormenorizada o julgamento da lei da anistia, mais precisamente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153.

Sendo que o primeiro capítulo deste trabalho consiste em pesquisa descritiva teórica, neste novo segmento nos ocuparemos de distinguir e ponderar como se

processa, no exercício prático, a vinculação do Direito com a moral, utilizando as idéias dos autores supracitados.

Iniciaremos nosso estudo com a caracterização didática de ordenamentos que não observem a moral, precisamente chamados de “extremamente injustos”. Veremos que, para que possamos sanar, ou evitar, estas injustiças, a maneira como a vinculação – Direito e moral – ocorre, através de preceitos e idéias recorrentes no âmbito jurídico, tais como a pretensão à correção e a segurança jurídica. Ilustraremos, também, a incidência destes elementos ligados à moral no âmbito da interpretação do magistrado e a ajuda que estes propiciam à solução de controvérsias possíveis. Finalmente, trataremos de estudar o modo como se verifica a validade desta concepção do Direito através de três elementos, que são inerentes à validade; são eles: a validade ética, a sociológica e a jurídica. Assim sendo, a partir de um destes elementos, o da validade jurídica, procederemos a uma análise da norma fundamental do ordenamento jurídico que esteja necessariamente vinculada à moral. Esta norma fundamental será a diretriz norteadora para todo o ordenamento jurídico. Este é o motivo da importância de estudarmos como se verifica a sua relação para com a moral, bem como todo o raciocínio existente por trás da origem desta norma.

No segundo capítulo, retomaremos o estudo feito no capítulo anterior e veremos como estas idéias são aplicáveis na prática. Através do estudo de caso, analisaremos a incidência de preceitos morais no julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental nº153. Esta ação foi impetrada pela OAB como forma de sanar a controvérsia existente após a promulgação da lei da anistia. Para a arguente, o teor desta lei infringe preceitos basilares contidos na Constituição Federal de 1988, tais como o princípio da dignidade humana e a obrigação que o Estado tem de não esconder a verdade. Da mesma forma, ela pede pela não-recepção da emenda constitucional nº26, que continha em seu texto alguns aspectos da lei 6683/79 (lei da anistia). E, por ser matéria de ordem constitucional, esta veio a ser julgada pelo STF. Esta parte da pesquisa será feita voto a voto, demonstrando através dos votos proferidos pelos respectivos Ministros, que a moral definitivamente é levada em conta no momento de analisar um caso cuja interpretação, ou re-interpretação, poderia levar a uma injustiça. Em um primeiro momento desta parte, faremos uma análise do relatório do Ministro Eros Grau,

mostrando as particularidades do regime militar, tomando por base as idéias de Alexy. Isto nos ajudará a caracterizar o regime militar como sendo injusto, ou extremamente injusto, conforme o que já havia sido estudado na primeira parte do trabalho, contextualizando assim, a motivação para a criação lei da anistia.

Após analisarmos a criação da lei, passaremos a estudar os votos de cada um dos Ministros. Entre estes votos nos deparamos com alguns temas intrínsecos à lei que são tratados em comum por vários Ministros, tais como: a bilateralidade da lei, a expressão “crimes conexos” inserida em seu texto, o seu aspecto amplo, a sua obscuridade e a recepção conferida pela Carta Magna à emenda constitucional nº26. Veremos que para analisar tais temas, os Ministros remeterão às idéias trazidas no início do trabalho, principalmente no que diz respeito à interpretação da lei e à idéia da pretensão à correção vinculada à moral. Ilustraremos também a forma como eles darão validade ou não à lei da anistia, seja através do próprio conceito de validade ligado à moral (ética), ou através da análise da norma fundamental tal como apresentado por Alexy. Tudo para que um eventual contexto de injustiça seja evitado no ordenamento jurídico mediante o resguardo e a proteção à Constituição Federal de 1988.

Como já mencionado anteriormente, esta pesquisa tem por objeto mostrar que o Direito, na verdade, abarca mais elementos do que poderia sugerir inicialmente ao observador menos atento. Para que possamos compreender melhor o Direito, devemos concebê-lo como vinculado à moral, o que lhe confere a devida legitimidade. Um ordenamento jurídico que observe este vínculo será sempre mais claro e preciso, eliminando as obscuridades e lacunas na lei presentes nos ordenamentos modernos, bem como normas injustas que poderiam vir a ser incorporadas ao sistema caso este vínculo não existisse.

1. O CONCEITO E A VALIDADE MORAL DO DIREITO

1.1 A extrema injustiça e a pretensão à correção

A injustiça extrema é caracterizada por uma insustentabilidade do sistema jurídico, no sentido de suas normas não mais serem respeitadas entre os indivíduos de dada sociedade. Radbruch expôs esta idéia extensamente em suas obras, ficando inclusive conhecido pela célebre fórmula que nos é exposta por Alexy:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do seu conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como 'direito incorreto', deva ceder lugar à justiça. (RADBRUCH, 1973, apud ALEXY, 2009 p. 34)

Assim, Radbruch nos passa a idéia de que todo Direito Positivo é válido, independente de ser este considerado justo ou não pela sociedade. Em outras palavras: se dito comportamento está positivado, então este deve ser cumprido (em caso de norma permissiva) ou não levado em conta (caso de norma restritiva). Temos então que mesmo um Direito considerado 'injusto' é ainda Direito: o conceito de Justiça neste caso fica relativizado perante a força coercitiva do ordenamento jurídico. Porém, estes valores se invertem, nos casos em que temos a "injustiça extrema" e o Direito deve ceder, então, seu lugar à Justiça. A injustiça neste caso é tamanha, que a sociedade não vê mais motivo justificado para seguir o Direito, e sendo assim, o ordenamento jurídico entra em colapso, pois não mais detém a força coativa de antes. E, neste contexto, cabe à Justiça, e não mais ao Direito, assegurar a perpetuação pacífica da sociedade.

Nesta fórmula, em primeiro plano, vemos o embate de dois conceitos: o de Justiça e o de segurança jurídica. O primeiro é caracterizado pelo sentimento que o ser humano tem com relação aos seus outros pares - todos são iguais perante o Direito, portanto todos merecem tratamento igual. Paralelamente, aqueles que não se situam adequadamente na sociedade, receberão tratamento desigual. A Justiça é, então, o norteador do ordenamento jurídico; sem ela dificilmente se estabelecerá um ordenamento coeso. Já a segurança jurídica existe para que sejam assegurados

os Direitos individuais do ser humano na sociedade, é o elemento que reforça o Direito no sentido de vir este a ser cumprido e seguido por todos. Pode-se dizer ainda, que a segurança jurídica nasce da Justiça, pois a primeira dá força jurídica aos elementos protegidos pela segunda. Importante ressaltar também que ante a ausência da justiça, a segurança jurídica nos indicará quais são os direitos a serem assegurados, sempre que esta tiver força coercitiva suficiente para ser respeitada. (RADBRUCH, 2010)

O problema entre a justiça e a segurança jurídica nasce da ausência da primeira neste caso. Ao não termos o que é justo, ou não soubermos apontar aquilo que é justo em uma sociedade, caberá à segurança jurídica nos dizer se este ou aquele comportamento é justo ou não. A segurança jurídica é um elemento objetivo dentro do Direito que tem como foco somente a perpetuação da sociedade, porém a segurança jurídica necessita do elemento subjetivo da justiça para ser aceita na sociedade. Normas de caráter injusto até podem ser aceitas pelo homem, mas, como vimos na fórmula de Radbruch, um Direito “extremamente injusto” será rejeitado. Isto acontece pela inobservância da justiça ao estabelecer-se a segurança jurídica. Neste caso, ganharão força coercitiva normas possivelmente injustas perante a sociedade e, dependendo deste grau de injustiça, estas serão veementemente rechaçadas pelo homem. O problema que nos aparece então, na verdade, é a forma de se levar em conta, ou de se inserir, um elemento subjetivo no âmbito de um ordenamento objetivo. O balanço entre a subjetividade da justiça e a objetividade da segurança jurídica nos leva a um Direito estável e coerente aos olhos do homem. Este equilíbrio nos remete à vigência do Direito.

Vimos que o Direito, como um todo, não precisa ser necessariamente justo para ser vigente, este pode ser injusto até um limite tolerável pelo homem. O que, em suma, caracterizará a vigência do ordenamento frente a determinada injustiça, no contexto do embate entre justiça e segurança jurídica, será a consciência individual do homem. Se a injustiça causada pelo ordenamento jurídico for inaceitável ao ponto de não poder ser tolerada pela consciência humana, estaremos diante de uma “injustiça extrema”, pois a consciência do homem não estará admitindo a vigência do Direito como um todo. (RADBRUCH, 2010)

Certamente, ao referir-se à vigência do Direito, Radbruch nos mostra que a aprovação posterior do ordenamento jurídico se dará pela via da Moral humana, pois

será tão somente a consciência do indivíduo o que virá a aceitar ou a rejeitar o Direito. Pode-se afirmar então que a segurança jurídica deve estar imbuída de um caráter moral para poder ser considerada justa, ou seja: o que fatalmente irá balancear a relação entre a segurança jurídica e a justiça será a Moral. Nas palavras do próprio Radbruch: “Só a Moral pode fundamentar a força obrigatória do Direito” (RADBRUCH, 2010, p. 66)

Com isto, percebemos, então, que a Moral é um elemento fundamental para que a “extrema injustiça” seja evitada. Ao ser, porém, considerada na prática, ela esbarra na legalidade do Direito:

[...] A moral exige que se cumpra esse dever pelo sentimento desse dever, o Direito tolera outros impulsos. À moral basta unicamente a mentalidade adequada à norma; ao Direito, a conduta adequada ao preceito, ou, segundo a expressão de Kant: a moral exige “*moralidade*”, o Direito somente “*legalidade*”. (RADBRUCH, 2010, p. 61)

A exigência de legalidade neste caso nos remete ao conflito moral existente no caso do Magistrado. Ao termos uma norma considerada injusta, seja ela muito onerosa para o acusado ou de cumprimento muito exigente, o juiz se depara com o problema moral de sentenciar um indivíduo por um ato culposamente cometido mas cuja pena é desproporcional ao ato em si. Sabe-se que o magistrado está a serviço da segurança jurídica ao julgar um caso concreto, e que este está atrelado a todos os preceitos legais que o fazem enxergar o Direito como sendo eficaz. Porém, caso o acusado se encontre em situação de considerar o Direito como sendo ineficaz, e que o descumprimento normativo decorra justamente de um sentimento imoral com relação à Lei em questão, estaremos diante de uma “extrema injustiça”. O magistrado se depara então com uma situação peculiar: a de sacrificar, em nome da legalidade e da segurança jurídica, o seu anseio moral perante a injustiça que está prestes a ser cometida. (RADBRUCH, 2010)

Diante do caso exposto, fica evidente que a legalidade por parte do juiz pode vir a acarretar uma injustiça, caso a Moral não seja levada em conta. Este problema, porém, não pode ser sanado, uma vez que a injustiça já esteja em mãos do magistrado, pois este deve (no sentido de dever ser) estar estritamente ligado à obediência dos preceitos legais para fundamentar a sua sentença. A solução do conflito *legalidade-moralidade* neste caso teria de dar-se anteriormente, no âmbito da própria segurança jurídica.

Se a injustiça extrema é caracterizada pela inobservância da Moral ao contrabalancear a Justiça e a Segurança jurídica, bastaria, para evitá-la, tão somente considerar a Moralidade no momento em que fosse estabelecida a Segurança Jurídica. Desta forma, se desviariam possíveis injustiças posteriores, e o magistrado não se defrontaria com o conseqüente o conflito moral-legalista em suas mãos devido a uma norma injusta a ser aplicada em um caso concreto.

1.1.1 Os posicionamentos perante a lei

Alexy, por sua vez, nos apresenta um esboço um pouco mais elaborado no que diz respeito à inserção da Moral como fator determinante para que a “extrema injustiça” seja evitada no contexto social. Ele não só nos dá uma noção de como a Moral atua na consciência daquele que participa de forma ativa no Direito, como também nos mostra a ramificação disto perante os olhos do observador da Lei, aquele para o qual a norma se destina como fim. Este tema é relevante, pois a percepção que um sujeito de Direito tem com relação às normas é distinta daquela experimentada efetivamente pelo que participa na criação e operação do ordenamento jurídico.

1.1.1.1 O Observador

Tomando como base a perspectiva externa do Direito, pode-se se dizer que a sua atuação como *observador* diz respeito às conseqüências da aplicação das leis. Este se caracteriza por aquele que vê no ordenamento jurídico uma força inquestionável que deve ser respeitada, sob pena de intervenção do Estado. Ou seja, este observador vê o ordenamento como um sistema coeso, cujas sanções penais e administrativas devem ser consideradas. Porém, o fato deste não questionar o ordenamento, não o impede de questionar as suas normas isoladas. Ao indagar sobre a validade destas normas, este não irá se perguntar se dita norma é “moral”, mas sim se ela é de “Direito”. Em outras palavras, para ele o Direito é tão coeso e coerente, que apenas é questionado se dito enunciado realmente pertence

ao ordenamento ou não. O fato da moral não ser questionada nos diz que o ordenamento lhe mostra aquilo que é aceitável ou não, o que nos leva a concluir que a *tese da vinculação*- Moral com Direito - não se aplica ao *observador* neste caso. (ALEXY, 2009 p. 34-42)

Portanto, a “extrema injustiça” neste contexto não fica caracterizada como mera indagação de uma norma isolada do ordenamento. O que o *observador* faz neste caso é tão somente verificar se o enunciado em pauta realmente se encaixa no contexto no qual estaria inserido, partindo do pressuposto de que o seu ordenamento é Moral perante a sua concepção, fazendo com que este ato não ponha em cheque o sistema jurídico como um todo. Por outro lado, o mesmo não pode ser dito de um questionamento referente ao sistema normativo vigente.

Vimos, então, que o Direito pode ser considerado injusto e continuar sendo vigente, sem que este perca a sua validade ou força. Porém, há um limite para a aceitação de dito ordenamento que será regido pela Moral dos seus sujeitos de Direito. Para Alexy, a caracterização da “extrema injustiça” se dá exatamente quando este limiar é cruzado, fazendo com que o *observador* questione não só normas isoladas, mas sim o Direito que está vigente como um todo.

O Direito existe para que seja propiciada a evolução da sociedade através de elementos característicos da Justiça. A não observância destes preceitos acarreta ordenamentos inválidos do ponto de vista jurídico, tais como os ordenamentos absurdos e os predatórios. Estes tipos de ordenamentos são fixados com base na inobservância de preceitos basilares da Justiça, ensejando sociedades que primam pelo bem-estar de poucos, ou pela dominação total ou parcial das massas através de força coativa excessiva das leis vigentes por parte daqueles que estão no comando. E por estes sistemas não levarem em conta a evolução da sociedade, não existirá a *pretensão à correção*. Para que o ordenamento seja aceito pela sociedade, este conceito deve estar minimamente presente no sistema jurídico vigente. O argumento da correção nos dá a idéia de que o Direito está constantemente corrigindo comportamentos por ele considerados impróprios, seja através de decisões proferidas pelos Magistrados ou pela própria existência da norma em si. Este conceito, portanto, é imprescindível para a aceitação de qualquer sistema jurídico, pois é através da *pretensão à correção* que a ordem e a Justiça prevalecem no Direito. (ALEXY, 2009 p. 43-48)

Portanto, a *pretensão à correção também* é imprescindível para que os sujeitos de Direito sigam as regras expressas na lei de forma coerente, sem que existam maiores interferências do Estado no seu comportamento. Pois o mero fato de existirem decisões judiciais a respeito de dita norma, faz com o cidadão atente aos seus comandos e respeite o seu conteúdo. Contudo, para que a *pretensão à correção* seja eficiente dentro do contexto jurídico, devem ser observadas duas características: “O primeiro, é que a decisão se fundamente corretamente *na moldura da ordem jurídica válida*. O segundo aspecto, contudo, assinala que o Direito válido é racional ou justo” (ATIENZA, 2002, p. 293)

Em outras palavras, a *pretensão à correção* deve seguir os moldes de um ordenamento que não seja somente válido, mas que também seja justo. Sem justiça não alcançaremos uma correção jurídica imprescindível à validade do próprio Direito, o que nos levaria a uma “injustiça extrema”, pois sem a *pretensão à correção*, o ordenamento perderia uma característica importante assinalada na fórmula de Radbruch: a da finalidade do Direito.

Uma aplicação incorreta desta *pretensão à correção* não iria satisfazer os preceitos necessários ao surgimento dos efeitos desejados perante o sujeito de Direito. E por mais que esta seja aplicada da forma coerente, se não forem observados aqueles preceitos já mencionados, a sua própria finalidade já estaria corrompida. Como nos mostra Alexy: “Uma decisão judicial que aplica corretamente uma Lei irracional ou injusta não satisfaz, portanto, em todos os seus aspectos, a pretensão de correção proposta com ela.” (ALEXY, 1989, apud ATIENZA, 2002 p. 293)

Pode-se dizer então, que a *tese da vinculação* é aceitável do ponto de vista do *observador* no que respeita aos sistemas jurídicos, mas não à norma isolada. Um ordenamento jurídico que contenha algumas normas injustas não terá a sua vigência posta em risco perante a sociedade, mas um ordenamento absurdo como um todo não será aceito do ponto de vista moral do homem. Em suma, é muito importante que sejam levados em conta elementos essenciais da Justiça, tais como Direitos fundamentais à vida e à propriedade, ao estabelecer-se um ordenamento jurídico. Elementos estes que são reforçados com a existência de uma *pretensão à correção*, pois este princípio faz com que comportamentos inadequados sejam corrigidos no futuro, e comportamentos socialmente adequados sejam perpetuados. A falta do

argumento da correção cria um embate moral no ser humano, pois este se encontra diante de uma “extrema injustiça” por parte do sistema jurídico e passa a rejeitar o Direito vigente como um modo para que seus Direitos sejam reavidos. Ou seja, diante de um ordenamento jurídico “extremamente injusto”, o homem passa a respeitar cada vez menos a força coativa do Direito. Dito isto, agora passaremos a analisar o exposto a partir da perspectiva do *participante*.

1.1.1.2 O participante

Enxergando o Direito pela sua perspectiva interna temos o *participante*, que é aquele que está efetivamente envolvido com o Direito, como um juiz ou um advogado, por exemplo. Apesar de também ser um sujeito de Direito, este tem como tarefa operar o ordenamento jurídico de forma coerente de acordo com as Normas e Leis positivadas em sua sociedade. Nesta perspectiva, a inclusão da Moral como forma de evitar a ‘extrema injustiça’ se dá através de três argumentos: o da correção, o da injustiça e o dos princípios.

O *argumento da correção* nos diz que toda sentença prolatada ou norma jurídica deve ter uma pretensão à correção, caso contrário o ordenamento não terá sua eficácia social garantida. E como vimos anteriormente, isto pode nos levar a um ordenamento absurdo ou predatório, dada a ausência deste conceito no sistema. Ao serem elaboradas as leis fundamentais de um Estado (Constituição), o Legislador deve atentar aos preceitos que são inseridos no texto, de modo a sempre guiar o homem rumo à prosperidade de sua sociedade. Tendo isto em vista, eventuais *imperfeições morais* em leis fundamentais podem levar a interpretações errôneas acerca das leis em questão e podem vir a estender-se a outros aspectos do mesmo ordenamento. (ALEXY, 2009)

O *argumento da correção* na perspectiva do *participante* é de fundamental importância na criação do Direito. Tendo em vista que a Carta Magna é o que guia o ordenamento jurídico aos seus objetivos, esta deve carecer de conexões classificadoras de forma a evitar que o sistema jurídico como um todo se torne “extremamente injusto” no futuro. O Legislador deve, então, atentar para que as leis fundamentais sejam imbuídas de um mínimo Moral para que o sistema não seja

afetado por eventuais erros interpretativos decorrentes de imperfeições morais em seu texto normativo.

O *argumento da injustiça*, por sua vez, refere-se à existência de injustiças embutidas em Normas individuais, ou no sistema jurídico como um todo. Isto já foi examinado no que diz respeito ao *observador*, veremos agora como se dá a inclusão da Moral como fator determinante para evitar a ‘extrema injustiça’ do ponto de vista de um *participante*.

A “extrema injustiça”, no caso das normas individuais, nos remete basicamente à linguagem utilizada pelo legislador ao criar a norma. A inclusão de preceitos morais no conceito de Direito, apesar de ser difícil na prática, evita que o limiar da extrema injustiça seja cruzado, gerando um sistema jurídico falho. A linguagem a ser utilizada aqui, deve ser extremamente clara para que, ao analisar um caso concreto, o Magistrado não venha a cometer uma injustiça. Portanto, a inclusão de preceitos morais, junto dos legais (de Direito), na norma deve ser feita de forma tal que não exista margem de erro interpretativo por parte do juiz ou do operador do Direito. A inserção de preceitos morais nas Normas de forma alguma macularia a *segurança jurídica* neste caso, ao contrário do que é afirmado pelos Positivistas, pois ela somente perde a sua força diante da ‘extrema injustiça’. (ALEXY, 2009 p. 48-64)

Pode-se dizer, então, que nos casos de normas individuais, a posição do magistrado com relação à ‘extrema injustiça’ é a de interpretar a lei da forma correta. Dado que, desde um princípio, as Normas do ordenamento já contenham preceitos Morais na sua criação, ele não precisará fazer valer sua subjetividade como forma de suprir a Lei nos casos ‘duvidosos’. A “lacuna moral” encontrada nestes casos já estará suprida na sua fonte, ensejando assim uma maior coerência entre o conceito de Direito e o de Moral através da *segurança jurídica*, criada pela observância destes preceitos. Perigoso é não observar elementos da Moral durante a criação normativa e deixar ao Magistrado que faça o preenchimento desta lacuna nos casos em que for preciso, pois isto poderia levar a uma desordem legal onde juízes se tornariam ditadores do Direito. De certa forma, a combinação da Moral com o Direito em sua fonte serviria de freio para o uso exacerbado da subjetividade dos Magistrados.

Já nos sistemas normativos, a conexão entre o Direito e a Moral se dá de uma forma principiológica. É sabido que o ordenamento jurídico se caracteriza por normas, e estas por sua vez, se norteiam por princípios fundamentais relativos à subjetividade do homem, tais como a Liberdade e a Igualdade, o que nos faz pensar que estes estão, na verdade, mais próximos do que se pensa:

[...] parece razoável pensar que os princípios têm, com relação às normas, tanto uma função de explicação, quanto uma de justificação, e que inclusive ambos os aspectos não podem se separar totalmente. (ATIENZA, 2002, p. 285)

Sendo assim, o juiz imbuído de sua responsabilidade para sanar conflitos legais, faz uso destes princípios ao aplicar a legislação vigente. Ao tomarmos como certo o *argumento dos princípios*, pode-se dizer que o magistrado, diante de uma Lei omissa, podem vir a fazer uso destes princípios justamente para suprimir esta falha. O uso destes princípios inerentes ao ser humano nos leva a constatar que o Magistrado está vinculado à Moral para que seja satisfeita a *pretensão à correção* (assim como uma *correção à moral*), já que de nada vale uma decisão que não tenha força corretiva perante a sociedade, pois a ausência desta nos leva à “extrema injustiça”. (ALEXY, 2009 p 76-86)

Ao falarmos em princípios, é importante ter em mente o conceito que nos é dado por Alexy:

Os *princípios*, contudo, “são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização* que se caracterizam por poder ser cumpridos em diversos graus”. Por isso, a forma característica de aplicação dos princípios é a *ponderação*. (ALEXY, 1988, apud ATIENZA, 2002, p. 267)

Portanto, para que o *argumento dos princípios* seja válido, o magistrado, ao ponderar sobre o caso em questão, e para suprir esta necessidade de ‘realizar algo na maior medida possível’, deverá ter cuidado redobrado para que seja satisfeita a *pretensão à correção*, assim como a *correção à Moral*. Isto porque a inclusão desta em um conceito de Direito nos levará inevitavelmente a uma ‘otimização’ do ordenamento jurídico, não existindo mais embates entre a Moral do indivíduo e o ordenamento vigente, pois a Moral já estaria contida no sistema jurídico desde o início.

A ponderação por parte do juiz, que leve em conta o *argumento dos princípios* e da *Moral*, nos leva a uma ramificação da decisão proferida que fica

dividida em dois pontos; quanto à forma e quanto ao conteúdo. A forma da decisão sempre se dará fazendo jus ao ordenamento jurídico positivo. Em outras palavras, a decisão sempre se dará na forma da lei. Quanto ao conteúdo, pode-se dizer que este fará uso da Moral ao analisar o caso concreto, fazendo com que a sentença proferida tenha um cunho moralmente corretivo também, ao levar em conta a Moral e os princípios acima mencionados. (ALEXY, 2009 p. 83-90)

Esta forma “principlológica” de resolução de casos concretos no Direito é comentada por Atienza. Este nos diz:

[...] nenhum sistema de normas jurídicas é capaz de garantir, por si mesmo, que todos os casos jurídicos possam ser resolvidos de forma puramente lógica, mediante o uso apenas das normas vigentes e da informação sobre os fatos. (ALEXY, 1978, apud ATIENZA, 2002 P. 251)

Sendo assim, o sistema jurídico não consegue se sustentar sem que haja um outro elemento envolvido na sua aplicação, que neste caso, seria a Moral. A inaplicabilidade do ordenamento, neste caso, nos é explicada da seguinte forma: “[...] as razões que Alexy dá para isso são, basicamente: a indefinição da linguagem jurídica, a imprecisão das regras do método jurídico e a impossibilidade de prever todos os casos possíveis.” (ATIENZA, 2002 p.252)

Pode-se dizer então que as três razões, apresentadas por Alexy na obra de Atienza, ocorrem por uma inobservância do *argumento da Moral* por parte do Legislador. Caso em que, se a Moral efetivamente fizesse parte do conceito de Direito na elaboração do ordenamento, a linguagem jurídica seria mais compreensível e assimilável aos olhos do *participante*. As regras jurídicas seriam não só mais claras como também mais precisas e, justamente por passarem a ter um aspecto moralmente coercitivo, elas seriam mais respeitadas e compreendidas. E, por fim, o sistema jurídico iria dispôr sobre um maior número de casos concretos, pois o ordenamento estaria sendo complementado por mais outro elemento, além das normas vigentes e a informação sobre os fatos: a Moral.

Note-se que, diante de uma ‘extrema injustiça’, na forma como nos foi mostrada por Radbruch, estas idéias são de grande valia ao analisarmos o sistema normativo sob a ótica de um *observador*. O uso de preceitos morais como forma de sanar um possível colapso do ordenamento jurídico chega para reforçar a *segurança jurídica*, que é justamente o ponto que irá falhar em primeiro plano caso

efetivamente seja ultrapassado o limiar da injustiça. E, mais importante ainda, esta segurança estará reforçada por não só por uma *pretensão à correção* coerente com o Direito vigente, mas também por uma *pretensão à Moral*.

O uso da Moral de forma efetiva nos casos 'duvidosos' e onde possivelmente iria ocorrer uma injustiça legal, faz com que a *pretensão à Moral* sirva de complemento à correção advinda da sentença judicial. Já que os princípios fundamentais, que naturalmente norteiam o Direito, estarão presentes junto com preceitos Morais, formando um ordenamento mais coeso, e menos suscetível de ruir devido à insuficiência da segurança jurídica.

Com isto em vista, podemos tirar uma conclusão importante: A moral está inserida no Direito de forma implícita através da *pretensão à correção*, e isto se dá justamente através do *argumento dos princípios* no que diz respeito à ponderação do magistrado. Analisaremos isto de forma mais minuciosa a partir de agora.

1.1.2 O conceito de Direito ligado à Moral

Vimos anteriormente que um ordenamento jurídico privado de uma *pretensão à correção* não pode ser considerado um sistema *per se*, já que a normatividade estaria desfalcada de sua finalidade máxima, que é a de prevenir atos semelhantes no futuro, corrigindo o comportamento dos sujeitos de Direito através da coerção:

Sistemas normativos que não contenham esta pretensão não são sistemas legais, e se esta pretensão é contida no ordenamento mas não é aplicada corretamente, estes serão sistemas faltosos. Uma norma singular que não contenha uma pretensão à correção continua sendo uma norma legal, mas é legalmente faltosa. O mesmo ocorre com uma norma que contenha esta pretensão, mas não a realiza. (BULYGIN, 2010, p. 14)

Sendo assim, para que se tenha um ordenamento jurídico coerente, este deverá não só ter a *pretensão à correção* em suas normas, mas também dispor que esta deva também ser cumprida. No entanto, este tipo de ordenamento (coerente) nos trará um outro problema presente em todos os sistemas jurídicos: o dos casos duvidosos e da lei omissa. Esta encruzilhada nos reporta ao *argumento dos princípios*, que, como já foi visto, remonta a uma *ponderação* por parte do juiz para

que o caso concreto seja resolvido. Esta *ponderação* nos remete a elementos subjetivos e, portanto, de ordem moral, uma vez que deve ser feita com cautela no sentido de resguardar a *pretensão à correção*, cuja finalidade é de extrema importância para o Direito. Eugênio Bulygin nos fala sobre este ato do magistrado:

Nos casos de lacunas na Lei ou inconsistências, os juízes não podem justificar suas decisões por meio de Leis já existentes, e ao invés de aplicarem uma Lei não-existente eles a mudam, aplicando uma nova Norma, criada por si mesmos. Isto significa que os juízes participam na criação do Direito¹. (BULYGIN, 2010, p. 13)

Assim sendo, a *ponderação* faz com que a *pretensão à correção* tenha não só aspectos legais (evitar que aquele ato não seja repetido futuramente), mas também aspectos subjetivos no sentido de fazer com que o ato praticado seja socialmente rejeitado. Com isto chegamos à *pretensão à moral*, pois a *ponderação* subjetiva reiterada por parte do magistrado faz com que a *pretensão à correção* se apresente imbuída de elementos Morais. Nessas condições, já que a *pretensão à correção* é um elemento imprescindível à eficácia do sistema jurídico, e este contém necessariamente elementos Morais em sua constituição, pode-se afirmar que o conceito de Direito abarca a Moral no formato da *pretensão à moral*.

Mas deste raciocínio, brota um problema suscitado por Bulygin. Este nos diz:

De acordo com Alexy, a pretensão à correção é necessária e ela implica uma correção à moral, isto é seguido de que o Direito inclui necessariamente elementos morais. Mas esta frase é ambígua: ela pode significar, primeiro, que todo sistema legal inclui sempre alguma, mas nem sempre a mesma, moralidade, ou em segundo lugar, que há uma Moral especial incluída em todo Direito². (BULYGIN, 2010, p. 15)

Pode-se dizer que este raciocínio não é isento de uma fundamentação corretamente embasada. Pois para Bulygin (2010), a *tese fraca* (primeiro significado) é irrelevante no caso, pois onde nos encontramos com o Direito hoje, é inegável a afirmação de que um mínimo Moral faz parte dos ordenamentos jurídicos. O que nos

¹ Tradução livre: In cases of normative gaps, or inconsistencies judges cannot justify their decision by means of existing law and so instead of applying an existent norm they change the law, applying a new norm, created by themselves. This means that judges participate in the creation of the law. (BULYGIN, 2010, p. 13)

² Tradução livre: As the claim to correctness, according to Alexy, is necessary and it implies moral correctness, it follows that the law necessarily includes moral elements. But this sentence is ambiguous: it can mean, first, that every legal system includes always some, but not necessarily the same, morality or, secondly, that there is one special morality that is included in every law. (BULYGIN, 2010, p. 15)

irá interessar é a *tese forte* (segundo significado), esta nos diz que todo sistema jurídico traz incluso uma Moral tida como “correta”, pois uma Moral “incorreta” seria completamente incoerente neste caso. Dificilmente teríamos uma *pretensão à correção* eficiente se esta contivesse elementos morais “incorretos” ou “injustos”, já que a finalidade da *pretensão* não estaria sendo alcançada com isto.

O problema desta ideia, na verdade, é meramente conceitual. A Moral “correta” neste caso não é algo tangível, que possa vir a ser explicitado para corretas interpretações futuras. Ela é, na verdade, apenas uma ideia, sendo subjetiva, no sentido de ter a interpretação necessária na situação em que seja preciso, moldando-se assim aos diferentes ordenamentos jurídicos. (ALEXY, 2009 p. 90-97)

Este pensamento nos é exposto de maneira coesa por Alexy, quando este nos fala da ideia de Moral:

[...] a ideia de uma moral correta tem o caráter de uma ideia reguladora, no sentido de um objetivo a ser ambicionado. Nessa medida, a pretensão à correção leva uma dimensão ideal, necessariamente vinculada ao Direito. (ALEXY, 2009, p. 97)

Ou seja, a Moral que está necessariamente vinculada ao Direito é um ideal e, portanto, é abstrata, ao contrário do que nos diz Bulygin quando fala de uma Moral “correta”, pois esta seria dificilmente universal. Como ele mesmo diz sucintamente: “Para que seja provada a *tese forte*, uma pessoa deveria conseguir mostrar que todos têm a mesma ideia de moral correta. Isto é extremamente improvável³.” (BULYGIN, 2010, p. 16) Este raciocínio estaria correto, se não fosse pelo fato de, para Alexy, a Moral, como parte do Direito, ser na verdade uma generalização de uma ideia. Assim sendo, esta poderá se moldar e adequar às mais variadas situações, justamente para que a *pretensão* dela seja alcançada.

³ Tradução livre: In order to prove that the strong thesis is correct, one should be able to show that all persons have the same idea of a correct morality. This is extremely improbable. (BULYGIN, 2010, p. 16)

1.2 O elemento da validade do Direito

Com um conceito de Direito mais amplo, que abarca a Moral, apresenta-se outra questão importante - de que forma este Direito se torna válido?

Em sua obra, Alexy divide a validade do Direito em três fragmentos: Validade Sociológica, Validade Ética e Validade Jurídica. O primeiro conceito de validade, o sociológico, não nos é relevante neste momento, pois este é meramente empírico. Ou seja, para que o Direito seja válido na forma sociológica, devemos observar qual é a influência deste na sociedade, e se os seus preceitos são verdadeiramente eficazes. Resta-nos, portanto, a Validade Ética e a Validade Jurídica. (ALEXY, 2009 p. 101-103)

O conceito de Validade Ética diz respeito à aceitação moral do Direito em dado contexto. Para tanto, o ordenamento jurídico deve ter uma justificativa moral para ser aceito, e somente assim a correção de comportamentos através das normas será definitivamente eficaz.

Já o conceito de Validade Jurídica está contido em si próprio, pois o que vem a dar validade ao Direito são as suas normas constitucionais e infraconstitucionais, assim como os procedimentos que acabam por levar a um eventual caso julgado. Tomando-se este fator em conta, pode-se dizer ainda que a Validade Jurídica é cíclica, já que esta depende de si mesma para que o Direito se torne válido. Portanto, a Validade Jurídica só se dá mediante a existência de um ordenamento prévio e já válido. (ALEXY, 2009 p. 103-104)

1.2.1 A relação entre as validades

Já foi afirmado que nos interessam somente os conceitos de Validade Ética - este por abranger a Moral, e de Validade Jurídica, já que estamos tratando de um sistema normativo. Não trataremos do conceito Sociológico, dado que a observância deste se dá de forma empírica, só podendo ser abordado se observarmos as interações entre os sujeitos de Direito em determinada sociedade. Com isto em

mente, podemos realizar algumas reflexões no que diz respeito à colisão entre os conceitos Ético e Jurídico de validade.

A relação existente entre a Validade Jurídica e Ética (Moral) pode ser dividida em dois aspectos no que diz respeito aos sistemas jurídicos. Ela pode ser analisada através da ótica dos *sistemas normativos* e das *normas individuais*. No que diz respeito aos *sistemas normativos*, podemos dizer que sua validade depende essencialmente da *pretensão à correção*, já que um ordenamento omissivo com relação a esta não poderá ser considerado um sistema legal. Porém, poderá surgir a hipótese em que um ordenamento contenha uma *pretensão* mas esta não tenha uma eficácia social relevante como para sustentar o ordenamento, o que virá por caracterizar o sistema como sendo injusto. Para solucionar este problema, devemos ter em mente que para que possa ser derogada a validade jurídica de um ordenamento, a esmagadora maioria de suas normas deve ser injusta, deixando de existir inclusive, a reserva mínima necessária para que o sistema legal se mantenha vivo e operante. (ALEXY, 2009 p. 108-110)

Ao examinarmos de perto a colisão de validade nos *sistemas normativos*, podemos observar que há um resquício da ‘extrema injustiça’, apresentada por Radbruch. O que ocorre, na verdade, é que a inobservância da *pretensão à correção*, seja por ineficácia ou irrelevância, nos leva a uma injustiça. Sendo assim, deve ser estabelecido um limiar que estabelecerá o mínimo necessário para que um ordenamento continue sendo considerado válido, por mais que exista uma parte deste caracteristicamente injusto. Esta disposição seria algo semelhante ao “limiar da injustiça”, o qual já foi discutido anteriormente neste trabalho.

Com relação à colisão de validade nas *normas individuais*, estas serão tidas como válidas no ordenamento quando, além de apresentarem validade perante o próprio sistema legal em si (Validade Jurídica), estas também apresentem uma justificabilidade moral (Validade Moral). Aqui nós temos, assim como ocorre com relação aos *sistemas normativos*, o estabelecimento de um ‘limite’ que será regulado pela Validade Moral, e não pela Validade Jurídica em si. (ALEXY, 2009 p.110-112)

É justamente no caso das *normas individuais* que vemos claramente a *pretensão à moral*. Esta vem a agir, neste caso, como uma forma de justificar a *pretensão à correção*, para que a norma se torne efetivamente válida no

ordenamento jurídico. Isto ocorre, a exemplo do que foi visto nos sistemas normativos, como meio de evitar a ‘extrema injustiça’ advinda das normas, pela inobservância destes preceitos corretivos. Porém, ao termos uma *pretensão à correção* carregada de elementos morais por meio da *pretensão à moral*, o ‘limiar da injustiça’ fica perfeitamente estabelecido dentro dos limites da própria pretensão. O que temos neste caso, então, é a *pretensão à correção* dando validade jurídica à norma, e a *pretensão a moral* justificando a existência desta própria norma através da ideia de uma moral ‘correta’ ou ideal.

Esta noção de Moral como justificativa para a validade jurídica de uma norma é uma boa saída para aquilo que Alexy (2009) chama de “ordenamentos predatórios”, onde temos um sistema jurídico que diz ter uma *pretensão à correção*, mas que, na verdade, esta pretensão não produz efeitos pois é baseada em preceitos imorais. Tal característica faz com que a correção se torne predatória no sentido de estar baseada em quaisquer elementos à escolha do governante, sem garantir moralidade alguma. Esta ideia fica bem assinalada na seguinte reflexão:

De um ponto de vista moral, um ordenamento que diz ser correto, mas é injusto ao extremo, é consideravelmente pior que um ordenamento abertamente predatório. Quando alguém usa o pretexto da correção à moral para cometer ações imorais, isto vem a ser chamado de hipocrisia⁴. (BULYGIN. 2010, p. 8)

Portanto, um ordenamento que faz uso de uma *pretensão à correção* que seja válida juridicamente, mas que moralmente não tem validade, pode estar fadado a tornar-se um ordenamento predatório, criando assim um excelente contexto para a culminação deste sistema jurídico em um Direito extremamente injusto. Podemos dizer, então, que a *pretensão à moral* é condição *sine qua non* para que o ordenamento jurídico tenha sua Validade Jurídica e Ética resguardada, já que um ordenamento que não tenha uma *pretensão à moral* pode manter a sua validade jurídica incólume, mas esta “imunidade” pode gradualmente vir a sucumbir pela falta de uma Validade Ética. O papel da Validade Moral seria o de resguardar a Moralidade das normas em questão, zelando pela sua coerência com uma Moral ‘correta’ ou ideal. Aqui podemos ver que a própria existência desta Validade já estaria garantindo o mínimo necessário para o estabelecimento daquele ‘limiar da

⁴ Tradução livre: From a moral point of view, an order that claims to be correct, but is unjust in the extreme, is considerably worse than an openly predatory order. When somebody uses the pretext of moral correctness to commit immoral actions, it is usually called hypocrisy. (BULYGIN. 2010, p. 8)

injustiça', que já foi discutido previamente neste trabalho, através da *pretensão à moral* em conjunto com a *pretensão à correção*.

1.2.2 As regras de admissibilidade e rejeição

Ainda com relação à Validade deste conceito de Direito, existe uma outra maneira de conceber a sua forma, bastante semelhante à que nos é dada por Alexy, e de certa forma vem a complementar as idéias deste. Começaremos pelo seguinte enunciado:

Seguindo a terminologia tradicional, chamaremos *válidos* os enunciados de Direito que os juristas aceitam como admissíveis para integrar a base de um sistema jurídico⁵. (BULYGIN e ALCHURRÓN, 1998, p. 118)

Esta frase pode parecer óbvia no início, porém é importante conceber a ideia de que dificilmente teremos uma norma válida se esta não for considerada assim pelos juristas, dado que a não-aceitação da norma por partes destes acarretará em uma invalidade tanto jurídica quanto sociológica. Mas esta espécie de seleção normativa por parte dos juristas não se dá de forma subjetiva e aleatória - existem *critérios de identificação* que são utilizados por aqueles neste momento da aceitação ou da rejeição normativa. Sendo assim, toda norma que pretenda tornar-se válida no ordenamento jurídico deve passar pelo filtro da *identificação* imposta pelos juristas. (BULYGIN e ALCHURRÓN, 1998)

É interessante ressaltar a forma como estes autores observam a validade do Direito. Para eles, sua validade dá-se mediante a aprovação dos juristas para que as normas tenham seus efeitos concretizados no ordenamento, diferentemente do que nos diz Alexy ao afirmar que a validade do Direito depende não só da *pretensão à correção*, mas também da *pretensão à moral*.

O mais intrigante, entretanto, é a forma como se registra essa admissibilidade por parte do jurista, no que diz respeito às ideias de Bulygin e Alchurrón:

⁵ Tradução livre: Seguindo la terminología tradicional, llamaremos válidos a los enunciados de derecho que los juristas aceptan como admisibles para integrar la base de un sistema jurídico. (BULYGIN e ALCHURRÓN, 1998, p. 118)

Os critérios de identificação compreendem duas classes de regras: a) *regras de admissão*, que estipulam as condições sob as quais um enunciado é válido, e b) *regras de rejeição*, que estabelecem quando um enunciado de Direito, válido de acordo com as regras de admissão, deixa de sê-lo⁶. (BULYGIN e ALCHURRÓN, 1998, p. 119)

Tendo isto em mente, podemos fazer um complemento às ideias de Alexy, no que diz respeito à validade do Direito. Em primeiro lugar, podemos dizer que a validade de uma norma depende de uma *pretensão à correção* e à *Moral*. Mas, como já sabemos que todo ordenamento jurídico tem uma *pretensão à correção*, ficando sujeito a não ser um ordenamento no caso contrário, a regra de admissão fica a cargo da *pretensão à moral* de dita norma. É ela quem vai nos dizer, em suma, se determinada norma será ou não aceita dentro daquele ordenamento, já que é ela que atribuirá validade normativa em última instância. Em outras palavras, a *pretensão à correção* por si só é incapaz de dar validade a uma norma, esta depende de uma *pretensão à Moral* coerente com a Moral ‘correta’ para que se torne válida. Assim sendo, podemos dizer que a regra de admissão se daria pela *pretensão à moral*.

Quanto às *regras de rejeição*, vimos que estas são responsáveis por tornar normas inválidas, mesmo após já terem sido consideradas válidas. Ora, isto nada mais é do que o *argumento da injustiça*. Normas que não contenham um mínimo de justiça, ou moral, serão descartadas para que o ordenamento não seja “contaminado” e entre em colapso. Da mesma forma, ao termos uma norma válida, e observarmos que sua *pretensão à correção* está imbuída de uma imoralidade ou moral ‘incorreta’, ou até mesmo que sua pretensão não esteja mais sendo considerada, esta norma será imediatamente rejeitada pelo sistema. Isto se dará pelo mesmo motivo citado acima, para que o restante do ordenamento considerado moralmente coerente e válido não seja afetado por esta norma defeituosa.

⁶ Tradução livre: Los criterios de identificación comprenden dos classes de reglas: a) reglas de admisión, que estipulan las condiciones bajo las cuáles un enunciado es válido, y b) reglas de rechazo, que establecen cuando un enunciado de derecho, válido de acuerdo com las reglas de admisión, deja de serlo. (BULYGIN e ALCHURRÓN, 1998, p. 119)

1.3 A Norma Fundamental

Com o exposto acima, analisamos o problema externo da Validade Jurídica, que diz respeito à sua validação em conjunto com a Validade Sociológica (empírica) e Ética (Moral). Existe, porém, um problema que é interno da própria Validade Jurídica em si, com exclusão dos elementos Sociais e Morais. Este consiste no fato da dificuldade de se apontar como se dá a Validação Jurídica, dado que esta pressupõe a sua própria existência para que seja efetivamente válida. (ALEXY, 2009 p. 113-114)

Em outras palavras, como vimos anteriormente, a Validade Jurídica é cíclica no sentido de já estar estabelecida pela mera existência de um ordenamento jurídico prévio. Mas, o que dá validade a este ordenamento prévio em primeiro lugar? Com este questionamento chegamos a um paradoxo da validação jurídica, onde nos parece improvável conseguir apontar com precisão o elemento que nos servirá como base para estabelecer uma validade. Note-se que ao perguntarmos regressivamente sobre esta validade, chegaremos sempre à mesma resposta: a própria validade jurídica. Com isto, surge um problema com relação à validação jurídica em *stricto sensu*. De que forma podemos dar validade a um Direito, se não conseguimos ao menos sua validação jurídica, que é essencial para o estabelecimento de um sistema eficaz?

Pode-se cogitar até em tomar a Constituição como sendo o elemento de validade neste caso. Mas, da mesma forma, a própria Constituição necessita de algo que lhe dê validade. Sendo assim, o questionamento prévio continua. O que vem a dar validade jurídica ao Direito, abarcando também a Constituição?

As respostas a estas indagações remetem a um conceito em comum, a *Norma Fundamental*. Esta é uma idéia, uma abstração, não estando, portanto, positivada de forma alguma no ordenamento, mas sua existência é uma pressuposição para que o sistema jurídico como um todo se torne válido. É através desta que o Direito obtém sua fundamentação legal, justificando, assim, sua própria existência. Bobbio nos conceitua a *Norma Fundamental* com um embasamento Kelseniano:

Então diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento; em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*. (BOBBIO, 1995, p. 62)]

Com isto em mente, trataremos então de dar validade jurídica ao Direito a partir desta idéia de que há uma norma “suprema” e hipotética que traz validação ao ordenamento como um todo.

1.3.1 A análise de Alexy sobre a concepção Analítica de Kelsen

Alexy nos fala da *Norma Fundamental* como sendo uma saída para esta questão da validade jurídica e o paradoxo da sua definição. Sendo assim, ele nos traz três análises distintas sobre este tema: As *Normas Fundamental Analítica*, Normativa e Empírica, encontradas respectivamente nas idéias de Kelsen, Kant e Hart. Com relação à *Norma Fundamental Analítica* de Kelsen, podemos dizer que é necessária para atribuirmos validade ao ordenamento jurídico como um todo, pois a “base jurídica” de um sistema de normas deve vir de algum lugar, e não ser uma deliberação meramente aleatória por parte do *observador*. Além disto, seu conteúdo deve ser conciso e objetivo. Em outras palavras, a *Norma Fundamental* deve ser um enunciado que não nos dê margem de dúvida sobre aquilo que está sendo expressamente estipulado em seus dizeres. Isto faz com que não possamos mais regredir em sua fundamentação lógica, no sentido de não termos mais de buscar *a priori* justificativas ao seu conteúdo. (ALEXY, 2009 p.114-117)

Sabemos agora que a *Norma Fundamental* é a “norma suprema”, uma *norma* que nos deverá indicar como será o ordenamento que a precede. Ela deverá conter os pilares fundamentais para que o Direito seja tido não só como válido, mas também como eficaz. O ordenamento jurídico perante esta é uma espécie de ramificação do seu enunciado, as máximas contidas nesta *norma* deverão ser seguidas pelo ordenamento de uma forma geral, independente de qual área estejamos analisando no momento. Sendo assim, através dela podemos encontrar a justificativa para toda e qualquer indagação que possamos vir a ter com relação às normas ali contidas no ordenamento. A efetiva obtenção da *Norma Fundamental* de qualquer ordenamento se dá por meio da regressão da fundamentação dos

preceitos jurídicos contidos no ordenamento. Esta regressão se dá de forma escalonada, partindo de pressupostos mais amplos, e afunilando até que cheguemos a um enunciado que não nos dará mais margem para regredirmos. Esta regressão se dá através da indagação sobre a legitimidade daquele preceito em questão:

Mas qual é a autoridade que tem esse poder legítimo? Quem é essa autoridade à qual esse poder foi atribuído por uma norma superior, também legítima? E essa norma superior, de onde vem? Mais uma vez, de grau em grau chegamos ao poder supremo, cuja legitimidade é dada por uma norma além da qual não existe outra, e é portanto a norma fundamental. (BOBBIO, 1995, p. 61)

Com isto em vista, devemos nos perguntar pela legitimidade daquele preceito em questão, e irmos subindo aos mais diferentes graus de legitimidade. Em outras palavras, para que cheguemos à *Norma Fundamental*, devemos nos perguntar “por quê?” até que cheguemos em uma frase sucinta e objetiva que não nos dá margem de erro interpretativo, onde não será mais possível realizarmos esta pergunta. Este é o motivo da *Norma Fundamental* não estar positivada, pois caso estivesse, sempre poderíamos regredir nesta indagação no sentido de buscar a justificativa para a existência desta norma, da seguinte e assim sucessivamente. Com isto, estaríamos presos no mesmo “loop” *ad infinitum* no qual começamos, ou seja, a validade jurídica estará contida em si mesma. Ao ser uma abstração, a dedução de uma *Norma Fundamental* válida torna-se mais tangível.

Porém, Bobbio nos faz uma advertência a este respeito:

O fato de essa norma não ser expressa não significa que não exista: a ela nos referimos como o fundamento subentendido na legitimidade de todo o sistema. Quando apelamos à Constituição para requerer a sua aplicação, alguma vez nos perguntamos o que significa juridicamente essa nossa aplicação? Significa que consideramos legítima a Constituição porque foi legitimamente estabelecida. (BOBBIO, 1995, p. 60)

Sendo assim, podemos nos indagar sobre a Carta Magna, já que esta é a fonte do Direito estabelecido na sociedade: “Por que devemos considerar legítima a Constituição?”

A partir desta pergunta, nos é revelada a *Norma Fundamental* que pode ser inferida do ponto de vista kelseniano:

Quando uma Constituição é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz, ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com essa Constituição (ALEXY, 2009, p. 116)

O que temos claramente neste enunciado, formulado a partir da indagação relacionada à Constituição, são os elementos de validade social e jurídico. Fica excluído portanto, o elemento de Validade Ético, fazendo com que este enunciado fique isento de uma carga valorativa no sentido de regular o Direito normativo através da *pretensão à Moral*, como foi visto anteriormente. Sendo assim, podemos vir a ter uma *pretensão à correção* eficaz neste sistema, mas possivelmente estará fadado ao fracasso, pois aqui existe a facilidade do ordenamento transgredir a 'extrema injustiça', pondo em risco a segurança jurídica. Situação esta que já foi exposta neste trabalho.

Levando em consideração o *argumento da injustiça*, devemos resguardar ao ordenamento a sua isenção de Normas imorais que possam vir a ensejar injustiças na sociedade, já que a *Norma Fundamental* acima exposta é extremamente aberta a este tipo de "contaminação". Esta *norma* Positivista, deve ser adaptada, portanto, para que seja considerada válida do ponto de vista do *argumento da injustiça*. Como foi visto anteriormente, a *pretensão à correção* necessita da *pretensão à moral* junto a ela, para que o ordenamento tenha validade tanto jurídica (correção), quanto ética (moral). Sendo assim, a *norma* previamente expressa, toma estes moldes:

Se uma Consituição é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz, ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com essa Consituição, tal como condiz com a pretensão à correção (ALEXY, 2009, p. 124)

Com essa consideração em vista, devemos mencionar um aspecto importante da *Norma Fundamental*: *caracterizar-se* por uma transição de um ser para um dever-ser, no sentido de esta transcendência outorgar objetividade e clareza ao enunciado da *Norma*. Como vimos, a indagação que é feita para chegarmos a esta *norma*, é feita de forma regressiva. Portanto, partimos do 'ser', fazendo uma racionalização inversa até chegarmos ao 'dever-ser'. Pois a conduta exposta pela *Norma Fundamental* é coesa no sentido de seu fundamento não poder mais ser questionado (ALEXY, 2009 p. 117-124)

Este fato é de extrema importância ao considerarmos a *Norma Fundamental* pertinente a um conceito de Direito necessariamente ligado à Moral. Ao termos esta

norma como uma espécie de “dogma”, do qual não será mais possível questionamento algum, teremos uma estrutura jurídica coerente do ponto de vista Positivista. Teremos ali o aspecto da obediência às normas jurídicas, no sentido de dizer de onde vêm a legitimação legal para as ações que tomamos como sujeitos de Direito. Porém, ao mantermos esta *norma* muito aberta, esta fica à mercê de interpretações errôneas, ou até mesmo servir como pretexto para que uma moral ‘incorreta’ seja justificada. Portanto, além de termos a validade sociológica e jurídica já presentes, devemos incluir também a validade ética, para que exista uma espécie de coação moral ali presente. Isto evitaria não só erros interpretativos com relação à *norma*, mas também iria tornar incapaz a formulação de um ordenamento que seja tendente a ser extremamente injusto. Ao darmos validade ética para a *Norma Fundamental* Positivista, estaremos assegurando que o cumprimento das regras estipuladas naquele ordenamento serão seguidas como manda a própria *norma*, pois aquele deve a sua existência a esta:

Saber se uma norma jurídica é válida, ou não, não é uma questão ociosa. Se uma norma jurídica é válida, significa que é obrigatório conformar-se a ela. E ser obrigatório conformar-se a ela significa geralmente que, se não nos conformarmos o juiz será por sua vez obrigado a intervir, atribuindo esta ou aquela sanção. (BOBBIO, 1995, p. 61)

Sendo assim, através da *Norma Fundamental* Analítica temos uma meta-obrigação de cumprirmos com o que está estabelecido no ordenamento, no sentido de que as ramificações produzidas por esta *norma* repercutirem na vida do sujeito de Direito. O fator “dogma” que incide sobre a *norma* neste caso, nos impede de questionarmos além do que já está estipulado no seu próprio enunciado, fazendo com que as suas deliberações devam ser seguidas. Por isto, deve-se ter muito cuidado na hora da sua definição. A validade jurídica de um conceito de Direito vinculado à Moral se torna imprescindível neste caso, pois sem ele o ordenamento ficaria vulnerável a um eventual sistema jurídico injusto. Isto porque faltaria o elemento regulador da *pretensão à moral*, conforme já foi visto neste trabalho.

Além de considerarmos o *argumento da injustiça*, que já foi relacionado à *Norma Fundamental* Analítica kelseniana, há também que se levar em conta o *argumento dos princípios* na presente exposição. Levando em conta de que esta concepção da *Norma Fundamental* é expressamente Positivista, inevitavelmente esta nos estará dizendo que a presente *norma* conterà apenas aquilo que é do

Direito, e nada além disto. Isto terminará por limitar o Ordenamento Jurídico a matérias estritamente objetivas, não dando margem para a subjetividade, fazendo com que a *Norma Fundamental* se torne radical quanto ao seu conteúdo. (ALEXY, 2009 p. 125-138)

A saída para isto é justamente a consideração do *argumento dos princípios*. Este nos diz que o Direito contém preceitos de natureza variada, e não somente legais e normativos. A *ponderação* é um exemplo que se encaixa perfeitamente neste raciocínio. O que seria dos magistrados se estes não pudessem fazer uso da *ponderação* no momento da resolução de um caso ‘obscuro’, de difícil análise ou até mesmo de uma lacuna na lei? Portanto, a *Norma Fundamental* deve conter uma abertura para que haja a possibilidade de inserção de preceitos subjetivos também, como nos diz o *argumento dos princípios*. Com a inclusão deste na *norma* temos uma abertura mais ampla para um conceito de Direito Moralmente válido, pois com este *argumento* a norma conterá uma amplitude maior no que diz respeito àquilo que é do Direito.

Portanto, para que a *Norma Fundamental Analítica* outorgue validade a um conceito de Direito ligado à Moral, é necessário que haja a inclusão dos argumentos da injustiça e dos princípios. Assim, ficará resguardado um ordenamento justo, com normas sendo constantemente reguladas pelo crivo da *pretensão à correção*, assim como da *pretensão à moral*. Impedindo que o sistema jurídico venha a ser eventualmente ‘contaminado’ por alguma norma injusta, ou moralmente ‘incorreta’, pois a *correção à Moral* pressupõe que a Moral a ser observada aqui, é aquela que Alexy chama de Moral ‘ideal’. Além disto, o sistema estaria aberto a uma eventual ponderação e interpretação normativa a ser realizada por parte dos magistrados. Isto tudo contribui para um ordenamento mais flexível, ficando mais distante daquela concepção de *Norma Fundamental* rígida e radical, como é vista na concepção Analítica de Kelsen.

Com a parte da *Norma Analítica* de Kelsen já definida, passaremos a analisar a *Norma Fundamental Normativa*. Ela está presente nas idéias de Kant, que a trata de forma um pouco diversa daquela que nos foi apresentada por Kelsen. Entretanto, esta precisará de uma limitação à sua existência, da mesma forma como foi visto na *Norma Analítica*. Isto será exposto a seguir.

1.3.2 A análise de Alexy sobre a concepção Normativa de Kant

Com relação à *Norma Fundamental* Normativa de Kant, podemos afirmar que sua existência é dedutiva, ou seja, não está expressamente delineado nos raciocínios de Kant. Este nos dá uma visão mais racional do que foi visto em Kelsen, assemelhando-se ao ideário que nos é apresentado na doutrina Jusnaturalista. O que ocorre com a concepção Normativa é que existe uma necessidade, assim como vimos na parte Analítica, de encontrar a legitimidade existente no poder Legislativo, já que todo o poder do Estado emana deste em última instância. Sendo assim, o que Kant nos traz é a idéia de que para chegarmos a uma idéia de “norma superior”, devemos nos remeter à criação do Estado em si. Ou seja, devemos analisar como se dá a criação do próprio Poder legislativo, e mais importante ainda: ver o motivo pelo qual deu-se essa legitimidade. E ao chegarmos a esta “norma superior”, não poderemos mais nos indagar sobre sua legitimidade. (ALEXY, 2009 p.139 - 140)

É interessante ressaltar aqui um aspecto em comum com a concepção Analítica de Kelsen. Em ambos podemos encontrar a necessidade de se taxar de onde vem a legitimidade para o funcionamento do Estado, e, por conseguinte, todo o ordenamento jurídico vigente. Porém, ao contrário de Kelsen, Kant trata disto de uma forma mais objetiva, vai diretamente ao ponto e questiona sobre a legitimidade do próprio poder Legislativo, enquanto a forma Analítica se preocupa com uma indagação escalonada desta até chegarmos a um preceito inquestionável. Ao falarmos na legitimidade do poder Legislativo, nos vêm em mente as idéias de Locke, que tratava do poder Estatal como uma justificativa para toda a vontade do ser humano que convive em sociedade⁷.

Tendo isto em vista, podemos afirmar categoricamente que há uma norma que precede o poder Legislativo, assim como todo o ordenamento jurídico vigente. Kant compartilha desta idéia, no sentido de que todo o poder do Estado emana

⁷ Sendo o principal objetivo da entrada dos homens em sociedade eles disfrutarem de suas propriedades em paz e segurança, e estando o principal instrumento para tal nas leis estabelecidas naquela sociedade, a lei positiva primeira e fundamental de todas as sociedades é o estabelecimento do poder legislativo – já que a lei primeira e fundamental, destinada até mesmo a governar o próprio legislativo, consiste na conservação da sociedade e (até onde seja compatível com o bem público) de qualquer um dos seus integrantes. (LOCKE, 1998, p. 502)

apriorísticamente da vontade da sociedade de forma geral, uma vez que esta ingressa no Estado Civil. Ao termos uma comunidade efetivamente inserida em um “Estado Natural”, podemos encontrar forças de vontade conflitantes assim como deveres e obrigações. Sendo assim, esta sociedade transfere o poder que é subjetivamente inerente ao Estado, na forma do Poder Legislativo, ou seja, as leis no caso são positivadas tendo como ponto de partida a vontade humana advinda de uma concepção racional (ou Moral) de tudo aquilo que é o Direito. E é a partir desta que o ordenamento é criado através do Poder Legislativo. (ALEXY, 2009 p. 140-142)

Indo mais além, após a efetiva instauração deste poder, as ditas normas que este poderá vir a promulgar, terão força obrigatória perante a sociedade⁸. Então, o que ocorre na *Norma Fundamental* Normativa de Kant, é uma análise feita a partir da legitimação do poder através de uma fundamentação feita *a priori*. Em outras palavras, para que cheguemos à sua *Norma Fundamental*, devemos tomar como ponto de partida a última instância possível do poder do Estado, para que somente então possamos buscar uma justificativa para ele. Esta idéia assemelha-se à regressão que é feita na concepção Analítica, com a diferença de que o ponto de partida é outro. Mas as semelhanças param por aí.

Existe um problema com relação à concepção Normativa que é puramente interpretativo e conceitual. Levando em conta a obrigatoriedade do seu cumprimento, após a efetiva instauração do poder Legislativo validado pela população, e esta validade se dando com base nos preceitos subjetivos e morais daquela sociedade *à priori*, então como poderemos saber que a forma pela qual estará legislando este poder, é a forma da Moral ‘ideal’ e não a incorreta?

O que ocorre neste caso, assim como vimos na concepção Analítica, é uma radicalização da *Norma Fundamental*. Isto ocorre no sentido de esta Norma, através do Legislativo, forçar uma Moral a todos de forma coativa. Se a moral, neste caso utilizada como base na *norma*, for uma ‘incorreta’ estaríamos frente a um ordenamento injusto baseado nos argumentos de Radbruch. (ALEXY, 2009 p. 142-145)

⁸ “Portanto, toda obediência a que alguém pode estar obrigado pelos vínculos os mais solenes termina finalmente nesse poder supremo e é regida pelas leis que ele promulga. [...] pois é ridículo imaginar alguém definitivamente obrigado a obedecer a qualquer poder dessa sociedade que não seja o supremo.” (LOCKE, 1998, p. 503)

Isto faz com que a *Norma Fundamental* tome um aspecto tirânico, onde nem mesmo a própria moral do cidadão comum fica aberta ao livre arbítrio, forçosamente ligada ao que diz o Legislativo por meio das leis. Sendo assim, deve haver uma ‘limitação’ desta *Norma Fundamental* para que esta seja refreada através do *argumento da injustiça*. Com isto, poderíamos afirmar que uma Moral ‘incorreta’ não seria usada como base para a elaboração de um ordenamento jurídico, mas sim a Moral ‘ideal’, que resguardaria exatamente aquilo que a fórmula de Radbruch defende contra os regimes autoritários e predatórios. Tendo esta limitação do *argumento da injustiça* em mente podemos dizer que a *Norma Fundamental Normativa* de Kant serve como complemento à *Norma Analítica* de Kelsen, em termos de dar um maior embasamento racional, ou moral, para todo o ordenamento jurídico com base em uma “norma superior” que, por sua vez, irá regular todo o Direito vigente.

1.3.3 A análise de Alexy sobre a concepção Empírica de Hart

Em terceiro lugar nas concepções da *Norma Fundamental*, temos a concepção empírica de Hart. Ao contrário de Kelsen, Hart não nos fala diretamente de uma *Norma Fundamental*, sendo esta dedutível a partir de uma análise de suas idéias principais. Na sua concepção, Hart vê a *norma fundamental* como sendo uma “rule of recognition”, ou regra de reconhecimento. Veremos com isto se dá a seguir.

Alexy em sua obra nos mostra claramente que Hart era ligado às instituições do Direito no que tangia a apreciar e a dar valor a toda a movimentação da máquina jurídica em sentido amplo. Sendo assim, a aceitação do Direito por parte do ser humano se dá a partir da concretização de suas práticas reiteradas, alegando que um ordenamento que contenha regras, mas que estas não sejam efetivamente postas em prática, significa que o sistema jurídico não está sendo aceito - isto se verifica tanto da perspectiva do observador, como do participante. Em outras palavras, o ordenamento não será válido caso suas regras não sejam postas em prática. (ALEXY, 2009 p. 145-147)

Esta concepção empírica nos é melhor explicada por Simon, quando nos fala sobre as idéias de Hart:

Ele busca uma justificativa para a *validade* das condições convencionais que fazem com que os indivíduos se vejam vinculados por regras, para que eles reconheçam regras como criadoras de direitos e obrigações: o que faz do direito uma instituição social [...]. (SIMON, 2006, p. 102)

Com isto podemos dizer que a validade, para Hart, em princípio, se apresenta por meio da aceitação ou reconhecimento das regras impostas pelo Direito. Onde teremos a criação ulterior de uma instituição social chamada “Direito”, no caso destas regras serem reconhecidas pela sociedade. Porém, aqui podemos começar a perceber certas semelhanças com o que nos mostrou Kelsen com sua concepção Analítica da *Norma Fundamental*.

Já ficou exposto neste trabalho a forma como Kelsen busca a validade do ordenamento de uma forma esclonada, fazendo indagações pertinentes à existência daquele preceito em questão. Esta indagação se dá de forma regressiva, até que por fim cheguemos a um preceito inquestionável, ou *Norma Fundamental*. Da mesma forma, vemos que isto ocorre com os preceitos de Hart, já que a fundamentação desta instituição social que é o Direito, deve vir de algum lugar, algo por trás das normas aparentes nos deve dar a validade destas, algum preceito ou norma deve ditar a transcendência de um preceito universal para o ordenamento jurídico surgir. Em outras palavras, deve haver uma *Norma Fundamental* que justifique e que dê *validade* a esta instituição social.

Certamente, esta idéia de *Norma Fundamental* está presente também em Hart, porém a nomenclatura é distinta, sendo necessária uma interpretação do que prescreve para que cheguemos definitivamente à ela:

Hart não chama sua norma fundamental de “norma fundamental”, mas de “rule of recognition” (“regra de reconhecimento”, ou “regra de reconhecimento”) . [...] Ele fundamenta a diferença terminológica principalmente com o *status* distinto de sua norma fundamental. (ALEXY, 2009, p. 145)

Portanto, para Hart, a *Norma Fundamental* nada mais é do que um regra de reconhecimento da validade de todo o ordenamento jurídico. Sendo assim, a sua existência é definida por uma regra semelhante a uma norma imperativa, ao contrário de Kelsen que nos diz que a *Norma Fundamental* é um norteador para o sistema, uma norma que dá o rumo definitivo para o ordenamento jurídico. Este não nos abre espaço para o reconhecimento da “norma suprema”, o seu reconhecimento não muda em nada a sua função, enquanto que Hart crê ser imprescindível o

reconhecimento desta regra por parte de todos, para que o ordenamento efetivamente seja validado. Pois sem esta, não existiria razão para o sistema jurídico existir em primeiro lugar, e mesmo que existisse dificilmente seria seguido pois não haveria o reconhecimento que é necessário à sua validade.

Porém, como vimos acima, Alexy nos fala que a diferença terminológica se dá pelo status distinto da concepção da *Norma Fundamental* Empírica. Vimos que nas outras duas concepções (Analítica e Normativa) a fundamentação da *norma* se dá através de uma análise de sua fundamentação, de forma a criar uma racionalização inversa dos preceitos normativos, ou através de uma análise *a priori* daquilo que fundamenta o Estado Civil no presente. Diferentemente de Kelsen e Kant, Hart vê a sua regra de reconhecimento como um fundamento de validade para uma instituição social. Sendo esta uma instituição social, ela necessita de uma aplicabilidade prática, no sentido de dar sustento a ela, através de ações reiteradas e efetivamente reconhecidas como sendo de Direito. Estas ações são de grande valia para Hart, pois serão elas que darão a validade do ordenamento, desde que sejam reconhecidas, e em acordo com a “regra de reconhecimento”, que, por sua vez, também necessita ser reconhecida por todos. A “regra de reconhecimento”, portanto, não pode ser implícita. (ALEXY, 2009 p.147)

Isto não quer dizer porém, que as concepções Analítica e Empírica são distintas, pois ambas existem para dar validade ao ordenamento jurídico:

[...] as regras que recebem maior atenção de Herbert Hart são aquelas que resolvem a questão de se saber se uma regra é válida, ou qual o âmbito de sua aplicação: são as regras de reconhecimento. (SIMON, 2006, p. 108)

Portanto, pode-se afirmar que a *Norma Fundamental* Empírica nos remete ao reconhecimento de ações de Direito que sejam tidas como válidas perante a “regra de reconhecimento”. O que mais chama a atenção nesta concepção, é a noção de que o Direito é uma instituição social, definida por atitudes reiteradas por parte dos seus participantes. Ficando esta, por sua vez, à mercê da validação de uma “norma suprema”, chamada de regra de reconhecimento.

1.3.4 A moralidade do sistema jurídico através da norma fundamental

Com as concepções Analítica, Normativa e Empírica já definidas, podemos agora dar validade a um conceito de Direito ligado à Moral através de um entrelaçamento de suas principais idéias.

Para podermos dar validade a um conceito de Direito ligado à Moral, devemos em primeiro lugar nos remeter à *Norma Fundamental* Analítica. Esta nos traz a idéia de que, por tras de todo ordenamento jurídico existe uma norma que vai além, e esta irá reger o sistema através de um preceito que servirá de guia. Porém, para que a Moral seja efetivamente inclusa nesta concepção, devemos limitá-la, incorporando aspectos da *pretensão à correção* e à *Moral*. Isto fará com que este enunciado fique em conformidade com os *argumentos da injustiça* e *princípios*, evitando que o ordenamento jurídico caia na fórmula da injustiça de Radbruch.

Tendo isto presente, vemos claramente que não há necessidade de fazermos uma regressão *a priori* como nos mostrou Kant, pois a validade do Direito neste caso independe de uma justificativa que nos irá remeter a um longínquo Estado de Natureza, onde o subjetivismo era tido como norteador para todas as regras comportamentais. A sua validade já estará no próprio conceito de Direito, pois através da *pretensão à correção* temos resguardados os aspectos necessários da Moral para que o ordenamento seja tido não só como válido, mas também como justo perante a sociedade. O que é necessário para que seja fundamentado este conceito de Direito, é a racionalização inversa proposta por Kelsen, pois para que sejam aplicados os *argumentos da injustiça* e *princípios*, devemos nos remeter à *Norma Fundamental* na sua Concepção Analítica através da indagação regressiva, a fim de inserir estes argumentos em seu enunciado.

Necessária se faz também a referência à concepção empírica. De acordo com o que já foi exposto neste trabalho, um Direito que contenha uma *pretensão à correção*, mas que esta não é aplicada ou observada pela sociedade, não pode ser considerado um ordenamento jurídico em si. Portanto, necessário é o reconhecimento por parte da sociedade de que este Direito está em acordo com a *Norma Fundamental*. E, nos termos da “regra de reconhecimento”, a prática reiterada deste Direito ligado à Moral fará com que este torne-se uma instituição

social. Com isto, teremos uma conexão com a Moral efetivamente válida pois esta não só se encontra presente na *Normal Fundamental*, como também será praticada pela sociedade e participantes do judiciário. Isto fará com que a Moral se consolide como parte da instituição jurídica.

Assim sendo, a Moral estará presente em dois pólos do Direito. Primeiro, estará contida no próprio conceito de Direito, através da *pretensão à correção e moral*, assim como estará presente também na *Norma Fundamental*. Portanto, ela exercerá um papel duplo no Direito, dando validade às normas individuais, assim como ao ordenamento como um todo.

2. A LEI DA ANISTIA E A TESE DA VINCULAÇÃO DE ALEXY

Para que possamos melhor entender a vinculação do com a moral na prática, iremos analisar a partir de agora a Lei da Anistia. Esta lei infraconstitucional causou bastante alarde na sua propositura, já que nesta época o regime militar estava dando espaço para uma nova era da Democracia no Brasil e a população pedia pela punição daqueles envolvidos nos crimes cometidos contra os cidadãos na época. O problema da propositura desta lei se deu no momento em que os militares anistiarão a todos aqueles que participaram de ditos crimes, civis e militares. Tudo isto culminou com o julgamento do STF para com a validade constitucional de dita lei, entrando efetivamente nos pormenores do contexto da lei e de seu exaurimento, inclusive ao abordar o tema fazendo uso de idéias que já foram analisadas no começo deste estudo. Trataremos aqui, de mostrar como podemos fazer a ligação entre a promulgação da lei da anistia e a moralidade de sua vigência nos dias de hoje, dado que temos uma nova Constituição Federal em vigor. Para que possamos conseguir enxergar esta relação, faremos uso de idéias que já foram trabalhadas em partes anteriores do nosso estudo, tais como: a *segurança jurídica*, *pretensão à correção*, *pretensão à moral* e, inevitavelmente, a *norma fundamental*.

Esta abordagem será feita a partir da exposição dos votos dos respectivos Ministros do Supremo Tribunal que foram proferidos durante o julgamento da *ação de descumprimento de preceito fundamental nº 153*. Iremos nos ater principalmente ao voto de Eros Grau, não só por este ser o Relator do julgamento, mas pelo fato de seu voto ser o mais completo no que diz respeito ao mérito da questão. Isto, porém, não quer dizer que outros elementos importantes expostos pelos demais Ministros, e que foram deixados de lado no voto do relator, não venham a ser alvo de uma análise posterior.

2.1 Relatório do Ministro Eros Grau

Como foi mencionado acima, entre os anos 1964 e 1985 o Brasil esteve sob a égide da ditadura militar. Este período da história Brasileira é emblemático não só

pela forma ditatorial do governo em sí, mas principalmente pelos reiterados conflitos que existiam nesta época, entre militares e civis. Futuramente, estes conflitos seriam decisivos na elaboração da Lei da Anistia, já que muitos estão desaparecidos até hoje por força destes enfrentamentos. Ao ser sancionada a Lei da Anistia, ela contava com a seguinte redação:

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.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (BRASIL, 1979)

O debate sobre a legalidade constitucional desta lei se origina no seu §1º, já que a interpretação deste leva a creer que existe uma equiparação entre os agentes do Estado à época e os civis que eram considerados “subversivos”. Sendo assim, ambos os lados seriam anistiados: aqueles agentes do Estado responsáveis por cometeram crimes contra a vida e os civis que lutavam por pelo fim da ditadura. Levando-se em conta que os crimes cometidos por aqueles que estavam no poder são tidos como sendo hediondos, sobreveio uma sensação de que eles haviam saído impunes daquela situação.

Esta idéia de impunidade remanescente da época da ditadura foi o objeto da *ação de descumprimento de preceito fundamental* nº 153. Nas próprias palavras do Ministro Eros Grau, a ADPF é um instrumento jurídico para “[...] definir, com eficácia geral, se a lei federal guarda conformidade com a ordem constitucional vigente.” (BRASIL, 2010, p.6)

Sendo assim, a presente ADPF foi impetrada pela OAB em 2008, vindo a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2010. Em seu mérito, propunha:

[...] declaração de não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no art. 1º da lei nº 6683, de 19 de dezembro de 1979. A concessão da anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos estender-se-ia, segundo este preceito, aos crimes conexos --- crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (BRASIL, 2010, p. 5)

Em outras palavras, a auto-anistia declarada ao final do regime militar é o alvo desta ação. A OAB propôs que a constituição de 88 não recepcionasse dita lei, já que de acordo com a interpretação da Carta Magna, não seria possível dar legitimidade a um texto normativo que isentasse criminalmente agentes públicos que cometeram crimes contra a vida. Com isto, a anistia iria contemplar somente os civis que lutaram pelos seus direitos nesta época. Além disto, a recepção desta lei pela Constituição Federal acarretaria no descumprimento do dever que o Estado tem de não ocultar a verdade, dado que os arquivos sobre o que de fato aconteceu na época até hoje não foram difundidos. O recebimento ensejaria, também, uma afronta ao princípio da dignidade humana. Em uma manifestação, a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça toma o mesmo posicionamento tomado pela OAB. (BRASIL, 2010)

Vale frisar, neste momento, que a Lei da Anistia fora promulgada sob a égide de uma Constituição anterior à de 1988. Sendo assim, ambos estes textos detêm uma enorme disparidade no que diz respeito ao contexto histórico e cultural no qual ganharam vigência. Isto faz com que a interpretação de uma lei com vigência anterior à Constituição atual se torne um processo difícil e delicado. Principalmente se levarmos em conta que esta interpretação deve ser feita à luz da Carta Magna contemporânea.

Outro aspecto importante, também presente no relatório do Ministro Eros Grau, foi o parecer dado pelo Senado Federal. Ao analisar a ação, este arguiu que a inicial era inepta, visto que a lei da anistia teve todos os seus efeitos consumados na data em que entrou em vigência. Com isto, não existiria mais razão para se pleitar um Direito que não só já fora adquirido, mas que também não gera efeito jurídico algum nos dias de hoje. Ou seja, para o Senado não existe mais discussão sobre a validade Constitucional de dita lei pois ela já está exaurida, os seus “alvos jurídicos” já foram beneficiados com sua propositura e não há mais forma de discutir o tema.

Seguindo este mesmo direcionamento, a Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia Geral da União arguiu, no mérito da questão, que não há como analisar o objeto da ação proposta pela OAB. Uma vez que o contexto histórico é completamente diferente daquele que vivemos hoje e, sendo assim, o que se quer com a ação é justamente forçar uma mudança de interpretação do texto normativo, fazendo com que fosse “contrariada a intenção do legislador”. Sustenta ainda,

embasado pelas idéias já mencionadas no parecer do Senado, que devido ao exaurimento conhecido de dita lei, uma possível mudança na sua interpretação poderia resultar na violação de um princípio que é fundamental para o Estado de Direito: a *segurança jurídica*. O princípio foi invocado nesta preliminar levando em consideração a Emenda Consitucional 26/85, mais precisamente o artigo 4º em conjunto com seus parágrafos 1º e 2º:

Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§.2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no "caput" deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979." (BRASIL, 1985.)

Então, para a Secretaria-Geral de Contencioso da AGU, o fato desta emenda existir já dá forças para que a lei da anistia tenha os seus efeitos amplos, beneficiando tanto os civis quanto os militares, igualmente.

Em parecer dado pelo Procurador Geral da República, é afirmado que o contexto histórico sob o qual foi promulgada a lei da anistia não deve ser ignorado. Como foi mencionado acima neste mesmo trabalho, a lei da anistia exauriu seus efeitos sob o manto de uma outra Constituição que não a de 1988. Além disto, para que o STF possa de fato vir a interpretar de forma coerente dita lei, o momento no qual ela foi criada deve ser levado em consideração: a luta da sociedade para que tal anistia fosse conseguida, o clamor da sociedade pedindo um basta às atrocidades sendo cometidas à época, entre outros acontecimentos. Ou seja, para a interpretação eficaz desta lei, dois contextos devem ser levados em conta: o contemporâneo e o da diradura militar. (BRASIL, 2010, p 7 - 10)

2.1.1 Análise do relatório

Neste momento, convém realizarmos uma análise sobre o que foi dito até agora, para que cheguemos ao motivo da propositura desta ação por parte da OAB. Em primeiro lugar, devemos nos remeter aos primórdios do regime militar, para que possamos entender melhor os motivos pela tomada do poder, e as suas consequências.

Tal se verifica em uma parte posterior deste julgamento, mais precisamente nos votos dos Ministros Ayres Britto e Celso de Mello. O primeiro nos traz uma informação importante para nosso estudo, e diz respeito ao motivo dado pelas Forças Armadas no advento da tomada do poder:

Entendiam que o regime democrático brasileiro estava sob ameaça e que se urdia, em torno do então presidente da república, um plano de tomada comunista do poder para implantar aqui uma república sindicalista ou coisa que valha. (BRASIL, 2010 p. 138)

Com isto, temos as intenções iniciais das Forças Armadas para que fosse implementado o regime de exceção. Porém, o Ministro Celso de Mello complementa este trecho que nos foi dado por Ayres Britto. Ele nos diz que logo após a instauração do regime militar, as portas se abriram para diversas arbitrariedades em prol do desenvolvimento eficaz da nação. Primeiro, foram os *atos institucionais* que conferiam poderes amplos ao regime, inclusive sendo imune ao controle contitucional exercido pela Carta Magna de então. Com isto, foram suprimidos diversos direitos individuais e coletivos dos cidadãos como forma de controlar melhor o Brasil. Devido a esta imunidade inerente aos *atos institucionais*, não havia forma de questionar a aplicabilidade de um ordenamento “justo” ou “correto”, as pessoas tinham a obrigação de respeitar os mandamentos repassados pelo governo de então, sob ameaça de sofrerem sérias represálias por parte do Estado.

Porém, com o passar do tempo, a população se revoltou com estes acontecimentos e começou a se manifestar sobre a devida observância aos seus direitos como cidadãos. Estas manifestações foram prontamente reprimidas pelo governo através de confrontos, mas principalmente, por meio da tortura. O que houve a partir deste momento, foi uma institucionalização deste ato covarde, como forma de coagir a população a obedecer o Estado.

Após estes atos bárbaros começarem a ganhar cada vez mais força no país, a sociedade começou a se manifestar de outra maneira: através das vias legais. Com isso, a passos curtos, a população começou a ver que, gradativamente, os seus direitos passaram a ser novamente observados e respeitados pelo poder. E é exatamente aqui que entra a lei da anistia. Ela foi promulgada, na verdade, como forma de solidificar a ruptura com o antigo poder (militar), em favor de um novo Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 2010 p. 159 – 161)

Em face disto, podemos tirar algumas conclusões desde já. Vimos que a justificativa dada para a tomada do poder e para a subsequente supressão dos direitos individuais dos cidadãos, foi uma “iminente ameaça” comunista destinada a tomar o poder do país. Nesse contexto, do ponto de vista moral, a decisão seria um gesto nobre por parte das forças armadas, que estão presentes para efetivamente defender e resguardar o país de toda e qualquer ameaça externa. Contudo, Bulygin (2010), já nos asseverou este ponto de forma enfática: ao usarmos a *correção à moral*, vista aqui pelo argumento de proteção ao país da ameaça comunista, para justificarmos um ordenamento injusto, temos um governo pior que autoritário. O que temos aqui, na verdade, é a instauração de um ordenamento extremamente injusto, cuja inobservância de preceitos básicos, como a *pretensão à moral* e o *argumento da injustiça*, leva a um Estado onde existe uma “negação do direito” como um todo. Claramente, o que tínhamos era um ordenamento a favor de poucos, em detrimento de muitos.

Seguindo este mesmo raciocínio, vimos também que a *pretensão à correção* é uma parte inerente de todo ordenamento que se preze, e que junto de uma moral ligada a esta, temos um sistema com um limiar da “extrema injustiça” perfeitamente estabelecido. O exemplo que nos é dado pelo regime militar, é o de uma *pretensão à correção* desvinculada da moral, acarretando diversas injustiças, a maior delas sendo a tortura e inobservância de direitos humanos. Sendo assim, podemos ver que, apesar de ser um ordenamento jurídico em *stricto sensu*, este não era em nada um ordenamento justo. Diante disto, podemos conceber que o sistema jurídico então vigente tornou-se insustentável diante das crescentes injustiças que estavam sendo cometidas. (ALEXY, 2009)

Sendo assim, e diante desta insustentabilidade, a lei da anistia se tornou uma realidade, como forma a tentar “esquecer o passado” e ajudar a abrir o caminho para

a instauração de um ordenamento justo e válido: o Estado Democrático de Direito. Isto nos traz à presente ADPF nº 153, onde a OAB pede pelo não recebimento desta lei por parte da Constituição Federal de 1988, por esta vir a ferir os preceitos básicos contidos na Carta Magna, tais como: a isenção penal de criminosos que cometeram crimes hediondos e a inobservância do princípio da dignidade humana.

Claramente, dentro daquilo que nos foi mostrado por Alexy, a preocupação da OAB é pela incidência do *argumento da injustiça* e inobservância do *argumento da correção* na promulgação da lei da anistia. Com relação ao primeiro argumento, para a OAB, existem injustiças contidas dentro da lei da anistia que não foram observadas no momento de sua recepção pela Carta Magna de 1988. Estas injustiças são as afrontas cometidas aos direitos do homem diante da promulgação da lei da anistia, tal como o dever que o Estado tem de não ocultar a verdade. Já com relação ao segundo argumento, o da *correção*, apesar de existir uma *pretensão à correção* neste caso, ela carece de preceitos morais. Como vimos anteriormente, uma *pretensão* que não observa a moral pode estar inserida em um ordenamento, mas dificilmente este será justo. A preocupação da OAB neste caso é considerável, pois trata-se da inobservância de preceitos basilares de um ordenamento justo, ou seja: para a arguente, trata-se da inserção de uma norma injusta em um ordenamento justo. Por estes motivos, a lei da anistia deveria ser rejeitada no presente ordenamento para que seja evitada a sua contaminação e o provável colapso posterior do sistema advindo desta junção.

Com isto, temos um esboço do contexto de criação da lei da anistia. A partir de agora, veremos os pormenores do debate sobre esta lei. Focaremos então, no mérito da questão tal como nos é apresentada pelo Ministro Relator Eros Grau.

2.2 Voto: Eros Grau

2.2.1 Da interpretação da lei

No que diz respeito ao objeto da ADPF, o Ministro nos traz algumas considerações interessantes. Em um primeiro momento, ele faz menção ao pedido da OAB referente à interpretação da lei da anistia conforme a Constituição Federal de 1988, restringindo os efeitos normativos da lei apenas para os opositores políticos. Para a arguente, a anistia concedida para os agentes públicos da época, veio a acontecer através de uma obscuridade intencional na lei, ampliando assim a abrangência da anistia. Eros Grau rebate este argumento ao dizer que toda lei é obscura no seu início. Apenas com a sua interpretação é que se poderá jogar uma luz naquilo que esta nos diz. Nas suas próprias palavras:

As normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto textos, enunciados, disposições, não dizem nada: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem. (BRASIL, 2010, p 16)

Com isto, fica clara a impossibilidade argumentativa da OAB no tocante à “obscuridade da lei”. Nesta parte do voto do Ministro, vemos uma justificativa plausível para esta obscuridade: a necessidade de ser esta lei interpretada de uma forma coerente. E com a devida interpretação desta, poderemos ter uma idéia de qual a sua finalidade, ou motivo de ser. (BRASIL, 2010, p 14 - 16)

O problema da interpretação normativa advém, no caso, do contexto utilizado para tal. Ao observarmos uma norma para extrair dela o seu objetivo esbarramos com o problema crucial do *marco temporal* da mesma, em outras palavras: o contexto histórico deve ser observado. Quando dita lei foi promulgada? Qual era a situação econômico-social à sua época? Estas são algumas das perguntas que o intérprete deve realizar, segundo o Ministro. Mas há uma ressalva quanto a isto:

Essa afirmação aplica-se exclusivamente, contudo, às leis doadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas que chamamos de lei-medida. (BRASIL, 2010, p 30)

Importante frisar neste momento, que esta ressalva diz respeito à argumentação anteriormente vista no parecer do Senado. Este havia dito que a lei da anistia havia exaurido todos os seus efeitos, com razão. Seguindo o raciocínio do Ministro Relator, fica claro que ao lidarmos com a anistia, estamos lidando com uma *lei-medida*, uma norma que não se impõem por força própria.

Continuando com o voto do Ministro, vemos que a concretização da *lei-medida* se dá através de um ato administrativo que toma o aspecto de uma norma ordinária. Mesmo não sendo uma norma “comum”, estas se revestem com a força de uma norma para que sua finalidade seja atendida e executada conforme a vontade da administração contemporânea a esta. Daí o seu exaurimento imediato, no momento em que esta vontade se torna uma norma, ela se junta à força coativa que é característica das demais textos legais tornando realidade aquele desejo da administração. E quando isto acontece, os efeitos param naquele momento em que a intenção da *lei-medida* se tornou realidade, não gerando efeito algum no futuro. (BRASIL, 2010, p 30 - 33)

Com isto em mente, podemos ter uma breve idéia de como podemos vir a solucionar o problema da expressão “crimes-conexos”. Pois foi através desta expressão, contida na lei da anistia, que se concedeu o benefício àqueles que foram responsáveis pelos crimes contra a vida durante aquele período. O ilustre Ministro nos revela como tentar solucionar esta controvérsia interpretativa:

É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979 que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão “*crimes conexos*” na lei 6.683/79. É a anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros a concebem, senão qual foi na época conquistada. (BRASIL, 2010, p 33)

Retornando então àquela época, o Ministro Eros Grau nos mostra as opiniões emitidas por um ilustre daquele tempo no que diz respeito à elaboração da lei da anistia. Trata-se de um parecer e uma entrevista, concedida por José Paulo Sepúlveda Pertence, enquanto era Conselheiro da OAB e Ministro da Suprema Corte, respectivamente. E, surpreendentemente, em nenhum desses documentos ele se manifesta sobre a expressão “*crimes conexos*”. A sua preocupação primária era com relação a discriminação que estava sendo cometida pela lei no que diz respeito àqueles que já haviam sido condenados por crimes políticos, assim como também ao fato de haver restrições do benefício da anistia para com servidores

públicos que atuavam na época. Estas preocupações dizem respeito aos artigos 1º, §2º e ao 3º, §4º da lei da anistia. Não há menção sobre o que está contido no §1º do artigo 1º. (BRASIL, 2010, p 34 - 37)

Com isto, podemos resolver a questão das leis obscuras e, conseqüentemente, a sua interpretação. Ora, se a chave para uma interpretação bem feita, mesmo nos casos de uma *lei-medida*, for uma consideração contextual-histórica, a resposta está exatamente neste parecer e entrevista. Quando nos remetemos aos personagens ativos da época (no sentido de estarem exercendo suas funções no âmbito jurídico), podemos ter uma excelente idéia daquilo que estava em jogo, aquilo que realmente poderia ser motivo para uma eventual desistência de propositura de dita lei. E foi isto que o Ministro fez - ao compartilhar estes trechos, ele nos mostrou que na época não se falava em anistia mútua ou na equiparação de crimes contida no artigo 1º da lei da anistia. O debate girava em torno de outros aspectos dentro da mesma lei. Sendo assim, difícil se torna imaginar coerência no pedido da OAB no que diz respeito à interpretação que retirava do âmbito da lei da anistia os *crimes conexos*, fazendo com que somente os opositores do regime fossem agraciados com essa benesse.

Ainda no tocante aos *crimes conexos*, o Ministro nos traz uma noção importante em seu voto: a da abrangência da lei, no sentido da anistia ser ampla e irrestrita. Como vimos acima, a OAB arguiu pela restrição da anistia no tocante ao seu alcance a crimes comuns. Para a arguente, estes crimes comuns somente dizem respeito àqueles que praticaram tais atos contra o governo, fazendo com que os que detinham o poder não pudessem ser contemplados com esta benesse. Sendo assim, a OAB pleiteou pela restrição da amplitude da lei no que diz respeito à conexão com os crimes comuns, porém, somente com relação aos militares; os crimes comuns praticados por civis continuariam sendo anistiados.

Entretanto, para o Ministro Eros Grau, isto é uma questão de interpretação que pode ser resolvida ao observarmos a própria lei. O problema aparentemente surge quando a lei deixa indefinido o que são os “crimes comuns”, criando uma abertura em si própria que pode ser alvo de inúmeras interpretações. Porém, a própria lei da anistia sana essa controvérsia suscitada pela arguente. A lei nos mostra, ou denomina em quais condições os crimes praticados serão considerados conexos aos políticos. Nas palavras do Ministro, no que diz respeito a estes crimes:

Podem ser de “qualquer natureza” mas não [i] de terem estado relacionados com crimes políticos ou [ii] não de terem sido praticados por motivação política. São crimes outros que não políticos; logo, são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. (BRASIL, 2010, p 25)

Este aspecto da lei é inquestionável. Pois ela mesma restringe a anistia somente àqueles que não tiverem cometido algum crime de “sangue” que tenha transitado em julgado à época. Sendo assim, o argumento da OAB não pode ser levado em conta, já que esta lacuna na lei não existe para dar anistia a todo e qualquer crime sob a desculpa de se encaixar na norma. Com isto, podemos inclusive nos indagar sobre o aspecto *amplo* da lei, já que nem todos aqueles que cometeram crimes políticos, ou conexos a estes, poderiam ter sido beneficiados com a anistia. (BRASIL, 2010, p 24 - 28)

2.2.2 A lei da anistia e a Constituição de 1988

Neste momento de seu voto, o Ministro fala sobre a receptividade da Constituição Federal de 1988 com relação à lei da anistia. Há, na nossa Constituição, um inciso do parágrafo 5º que trata da não-recepção de lei que beneficie com a anistia atos advindos de crimes contra a vida, como a tortura:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLIII: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (BRASIL, 1988)

Isto certamente seria um óbice para a recepção da lei da anistia, já que esta anistiou agentes do governo que praticaram tais atos na época da ditadura militar no Brasil. Isto, porém, não constitui fato consumado neste caso. Mesmo em se tratando de uma *lei-medida*, a sua recepção deve ser concedida. Isto acontece por conta do marco temporal presente entre os dois textos normativos: a Constituição Federal e a

lei da anistia. A Constituição de 1988, a qual contém o inciso supracitado, fora promulgada muito tempo após a anistia, por isto é que o inciso não alcança os efeitos desta lei em questão. A Carta Magna não pode deixar de recepcionar uma *lei-medida* que já teve os seus efeitos devidamente consumados à época de sua propositura. E, com isto, não há que se falar em não-recepção da Constituição no que diz respeito à lei da anistia, por se tratar de uma impossibilidade jurídica. (BRASIL, 2010, p 37)

Ainda neste ponto, nos é mencionado o pedido da inicial da OAB que diz respeito à afronta aos *preceitos fundamentais* contidos na Constituição Federal de 1988. São eles: A isonomia, o direito de receber informações de interesse particular ou público, o princípio democrático e republicano e a dignidade da pessoa humana.

Com relação ao primeiro, a isonomia, a OAB arguiu na sua inicial que o próprio texto da lei, e não a norma resultante, estaria colidindo com o referido princípio. Segundo a arguente, tal ocorre pela expressão “relacionados” existente no texto da lei. Com esta expressão a interpretação que estende a anistia ao corpo militar, no comando à época, se torna plausível, pois todo crime estaria conexo com os crimes políticos devido à expressão “relacionados”. Fere-se, assim, a isonomia, já que os próprios militares autores de atos criminosos estariam sendo anistiados. O Ministro Relator repudia este argumento dizendo que:

É certo, pois, que o argumento da arguente não prospera, mesmo porque há desigualdade entre a prática de crimes políticos e crimes conexos com eles. A lei poderia, sim, sem afronta à isonomia --- que consiste também em tratar desigualmente os desiguais --- anistiá-los, ou não, desigualmente. (BRASIL, 2010, p 17)

Em outras palavras, a isonomia não teria sido agredida com esta lei, dado que a anistia pode ser concedida de forma desigual. Sendo assim, se o crime conexo é menos gravoso do que um crime político cometido por outrem, pouco importa para a lei. Ambos estariam sendo anistiados da mesma forma. Obviamente neste caso, a anistia se daria de forma “desigual”, dado o teor dos atos que foram praticados. (BRASIL, 2010, p 16 -17)

No que concerne ao *direito de receber informações de interesse particular ou público*, a Arguente nos trouxe na inicial que devido a interpretação extensa da anistia, várias informações valiosas foram encobertas. Os autores dos crimes em questão entraram para o anonimato e os familiares daqueles que pereceram durante

esta época ficariam completamente sem informações sobre quem foram os responsáveis pelo que havia ocorrido, fazendo com que o povo Brasileiro permanecesse sem informações sobre estes fatos, o que veio a ferir este direito Constitucional. Mais uma vez, o Ministro Relator repudia este argumento. Para ele, a anistia deve ser objetiva, ela abarca os fatos contidos no seu texto, pouco se importando com nomes ou identidade de responsáveis. Nas palavras do próprio Ministro: “Liga-se a fatos, não estando direcionada a pessoas determinadas. A anistia é mesmo para ser concedida a pessoas indeterminadas”. (BRASIL, 2010, p 18)

No que tange aos princípios *democrático e republicano*, a inicial nos traz que a lei da anistia fora elaborada e posta em vigor por um regime autoritário, que sequer fora escolhido pelo povo brasileiro, dado que o chefe de governo era escolhido entre os próprios militares. E, com isto, os atos praticados por estes não estariam refletindo a vontade da nação, tirando a legitimidade da lei da anistia através da inobservância dos princípios supracitados. Eros Grau entende que, ao acatar este argumento da OAB, o da não-recepção da lei por ferir estes princípios, a possibilidade da atual Constituição de 1988 recepcionar leis anteriores a ela estaria em cheque. Com isto, toda lei que fora promulgada antes da Carta Magna não teria validade nos dias de hoje, o que criaria, assim, uma enorme instabilidade jurídica no âmbito Constitucional no que diz respeito à validade das leis infra-constitucionais. Ademais disto, com o não recebimento de dita lei, a anistia deixaria de contemplar não só os militares, mas também aqueles que se “rebelaram” contra o governo da época. As consequências jurídicas de um ato como este seriam catastróficas no sentido de não fazer justiça àqueles que lutaram por sua liberdade de expressão na época da ditadura.

Finalmente, o Ministro nos destaca o argumento utilizado pela OAB acerca do princípio da *dignidade humana e do povo brasileiro*. Nele, a arguente nos diz que houve uma espécie de barganha no que diz respeito à elaboração da lei da anistia. Segundo a inicial, a transição para um Estado democrático de Direito só ocorreu porque a lei existiu e, se não fosse por ela, os militares teriam permanecido no poder. Com isto, a dignidade daqueles que sofreram com o regime, seja pela perda de um ente querido ou com a perda da própria vida, estaria sendo usada como “moeda” na discussão da criação da lei. Sendo assim, a efetiva promulgação da lei

da anistia serviu como um meio de encobrir a vontade das autoridades da época, já que uma eventual “caça às bruxas” poderia ocorrer assim que os militares deixassem o poder.

O Ministro Eros Grau rejeita esta idéia presente na inicial e nos lembra do que ocorreu efetivamente naquela época. Realmente houve um acordo, mas este foi necessário para o contexto que estava sendo vivenciado. Uma verdadeira batalha jurídica e política veio à tona para que se pudesse promulgar dita lei. Caso o argumento da arguente fosse acatado; onde ficaria a dignidade humana daqueles que sofreram para que seus parentes fossem anistiados e pudessem voltar do exílio no exterior? Ambos os lados tiveram de ceder para que esta lei se tornasse realidade. Mesmo com a expressão “crimes conexos”, esta lei era vista com ansiedade por aqueles civis que seriam beneficiados por ela. O bem maior do povo brasileiro teve que ser levado em conta neste momento, em outras palavras: mesmo com a eventual impunidade daqueles que cometeram crimes enquanto estavam no poder, a liberdade de ir-e-vir daqueles que sofriam com o regime compensava qualquer injustiça que estava sendo cometida. (BRASIL, 2010, p 19 - 24)

2.2.3 A lei da anistia e a EC 26

Na última parte de seu voto, o Ministro Relator nos fala um pouco mais do embate constitucional envolvendo a Carta Magna de 1988 e a EC 26 de 27 de novembro de 1985. A discussão suscitada na inicial dizia respeito à recepção, por parte da Constituição Federal de 1988, da referida emenda. Para a OAB, a integração desta na nova ordem Constitucional só poderia se tornar uma realidade após a concordância do povo brasileiro, o que não ocorreu. A emenda foi automaticamente recepcionada pela nova Constituição assim que esta fora promulgada, gerando a presente controvérsia.

Para o Ministro, a razão desta recepção ter ocorrido deveu-se ao fato de que em seu artigo 1º, a emenda convoca uma nova assembléia consituente:

Art. 1º: Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, reunir-se-ão, unicameralmente, na Assembléia Nacional

Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. (BRASIL, 1985.)

Ora, com isto podemos tirar uma conclusão: Esta emenda estava criando uma nova ordem jurídica Constitucional. Ao associarmos o artigo 1º desta emenda, com o seu conteúdo dirigido à anistia dos servidores públicos e civis envolvidos nos crimes políticos da época, podemos afirmar que a anistia estava propriamente incluída nas diretrizes geradoras da nova Carta Magna. E neste caso, não estamos falando de uma norma que autorize uma nova Consituição, ela apenas autoriza a Assembléia Constituinte. Sendo assim, não há norma que tenha concedido diretrizes para elaborar os artigos presentes na Carta, mas há, sim, uma Assembléia dotada de poderes que antecede mesmo àquela norma que autorizou sua existência. Estes poderes vem de uma nova norma, chamada de “norma-origem” pois esta irá originar o novo ordenamento constitucional oriundo da reunião desta Assembléia.

Com isto, podemos afirmar que a anistia foi instaurada, definitivamente, na Constituição Federal através desta emenda, pois a anistia fazia parte das diretrizes “fundamentais” à elaboração da Constituição. A Assembléia Constituinte poderia ter afastado o artigo 4º da emenda, mas não o fez, concretizando os benefícios advindos da anistia em nossa nova ordem consitucional. Eros Grau nos esclarece, em seu voto, como se deu esta recepção:

A Emenda Consitucional n. 25/86 inaugura a nova ordem Contitucional. Consubstancia a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988. Consubstancia, nesse sentido, a *revolução branca* que a esta confere legitimidade. Daí que a reafirmação que a lei da anistia de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental. (BRASIL, 2010, p 44)

Fica, com isto, refutado o argumento da OAB tendo em vista que a recepção, pela Consituição de 1988, dada à lei da anistia foi feita através da norma fundamental. E levando-se em conta que esta é parte integral da Carta Magna, mesmo que de forma implícita, não podemos falar que esta recepção foi inconstitucional. Diante de tudo isto que fora exposto, o Ministro Relator Eros Grau julgou *improcedente* a ADPF nº153. (BRASIL, 2010, p 42 - 46)

2.2.4 Análise do voto

2.2.4.1 Sobre a interpretação da lei

No tocante à parte interpretativa de seu voto, temos algumas considerações importantes a serem feitas. Em nosso estudo prévio, vimos que ao deparar-se com uma lei omissa ou ambígua, o magistrado deve fazer uso da *ponderação* para sanar o caso em tela. Esta *ponderação* deve observar tanto o *argumento dos princípios*, que diz respeito ao uso de princípios inerentes ao ser humano, quanto a *pretensão à moral*. Ao usar estes dois preceitos mostrados por Alexy (2010), o magistrado consegue suprir lacunas na lei de forma otimizada, pois além de existir uma correção ao comportamento do indivíduo, há uma correção à moral embutida em sua decisão também.

Para fazer jus a esta *pretensão à moral*, o Ministro faz uma digressão para o tempo da propositura da lei e descobre que, para os juristas da época, não havia discussão sobre a amplitude da lei. As discussões geradas em torno da anistia eram outras. Sendo assim, naquela época a amplitude da lei tinha Validade Ética, principalmente pelo fato da anistia bilateral constituir um passo para a redemocratização do Brasil. Porém, para que a lei da anistia na sua interpretação presente seja válida, é necessário que esta respeite o *argumento dos princípios*. (ALEXY, 2009)

Quanto a este *argumento*, vimos que ele leva qualquer decisão do juiz a ter dois pontos importantes: quanto à forma e quanto ao conteúdo. Em primeiro lugar, no que diz respeito à forma, a decisão que seja proferida pelo juiz deve ser nos limites do texto da lei, respeitando assim, o ordenamento jurídico como um todo. E foi exatamente o que fez o Ministro em seu voto. Ao analisar a definição dos “crimes conexos”, ele encontra a definição destes no próprio texto da lei, afirmando inclusive, que a sua amplitude é restrita àqueles que não tenham sido condenados por “crimes de sangue”. Com isto, o Ministro fez valer da letra da lei e, quanto à forma, a decisão está nos moldes daquilo que foi repassado por Alexy. Já quanto ao conteúdo, vimos que esta mesma decisão deve ter uma sanção moral também. Sanção esta que se dá através da *pretensão à moral*, no sentido de coagir o indivíduo a conceber aquele

ato como sendo moralmente inaceitável, não vindo a cometê-lo mais no futuro. Assim como no tocante à forma, Eros Grau vê uma coação moral no momento em que se tenta reinterpretar a lei da anistia. Ele nos explica que esta coerção se daria no sentido de tornar inexistentes os esforços daqueles que tanto lutaram pela redemocratização do país. Portanto, seria inaceitável do ponto de vista moral, reinterpretar uma lei que, como efeito secundário, viria por retirar todo o mérito daqueles envolvidos nas discussões e brigas judiciárias para tornar a anistia uma realidade. O uso do *argumento dos princípios* em conjunto com a *pretensão à moral* leva a decisões que não ferem o ordenamento jurídico, pois além destas serem compatíveis com o texto legal vigente, elas observam um patamar mínimo de moral para que o sistema fique incólume a injustiças.

Com isto, podemos constatar que a argumentação dada pelo Ministro no que tange à interpretação da lei, é válida do ponto de vista de Alexy. Porém, há uma outra parte de cunho similar presente no seu voto, o da recepção da lei da anistia por parte da Constituição Federal de 1988.

2.2.4.2 Da recepção da lei

Nesta parte de seu voto, vimos como o Ministro refuta os argumentos da OAB no que diz respeito ao descumprimento de princípios inerentes à Carta Magna. Em primeiro lugar, ele nos remete à isonomia. A arguente disse na inicial que este princípio estava sendo ferido, pois crimes com pesos distintos estavam sendo tratados com o mesmo benefício. (BRASIL, 2010)

Porém, o Ministro rejeita este argumento e afirma a validade da lei da anistia perante a Constituição Federal de 1988. Este fato nos remonta à colisão das validades jurídica e ética contida nos ensinamentos de Alexy. Para ele, a validade de uma norma individual se dá através de dois aspectos principais, o jurídico e o ético. O primeiro nos fala que a lei deve estar em acordo com o ordenamento jurídico vigente no momento de sua propositura, para que seus efeitos possam ser exauridos com eficácia. Já o aspecto ético de sua validade, nos remonta à aceitação moral que é dada pelos indivíduos dentro do contexto da lei. (ALEXY, 2009)

A lei da anistia faz jus ao aspecto jurídico da validade, dado que foi elaborada para “perdoar” um ou mais crimes que foram cometidos em uma época determinada, estando portanto, dentro dos moldes legais da época. Já o aspecto ético da lei, se dá através da bilateralidade que lhe foi conferida. Diante do voto do Ministro Eros Grau, fica claro que caso a anistia não fosse bilateral, ela privilegiaria apenas os militares, não contemplando os civis envolvidos. Porém, para que esta fosse moralmente aceita perante a sociedade, a anistia foi concedida igualmente aos cidadãos envolvidos no crimes. Sendo assim, e em observância ao aspecto ético da validade da lei, a anistia foi concedida para todos aqueles envolvidos. Com isto, não podemos falar em falta de isonomia na lei, dado que a bilateralidade desta comprova a existência da validade ética e jurídica, nos moldes daquilo que foi ensinado por Alexy.

Com estes elementos de validade em mente, o jurídico e o ético, podemos dizer que o argumento da OAB de não-recepção da lei por parte da Constituição de 1988, não prospera. Mesmo que a Carta Magna diga expressamente que não haverá lei que isente criminalmente aqueles que cometem o ato de tortura, a anistia deve ser recepcionada. O Ministro nos advertiu que tal ocorreu pelo fato de haver uma diferença temporal muito grande entre a lei e a Constituição; sendo assim, os preceitos contidos na lei não abarcariam leis anteriormente promulgadas. Caso contrário, teríamos uma negação da validade jurídica da Constituição, pois fica claro que a não-recepção de dita lei estaria em desacordo com um princípio basilar do Direito: o da não retroatividade da lei quando esta vier a prejudicar o indivíduo. Sendo assim, não recepcionar a lei da anistia pelos motivos expostos pela arguente, estaria em desacordo com o ordenamento jurídico vigente, carecendo assim, de um dos aspectos da validade de uma norma individual: o jurídico.

O mesmo ocorre com relação ao *direito de receber informações particulares ou públicas*. Porém, neste caso a validade jurídica se dá pela própria lei da anistia, como nos foi mostrado no voto. O Ministro nos aponta que este tipo de lei é dirigido a fatos e não a pessoas - com isto, vemos que em momento algum é dever do Estado revelar este tipo de informações com o advento da lei. Já o aspecto ético da lei, neste caso, se apresenta em momento posterior do seu voto, quando nos diz que apesar da lei da anistia não revelar pessoas e fatos relacionados ao ocorrido, existe

a possibilidade destes acontecimentos virem à tona. Nas palavras do próprio Ministro:

Impõe-se sim, o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultem o conhecimento do quanto ocorreu entre nós durante aquelas décadas sombrias que conheci. Que se o faça – e se espera que isso logo ocorra – quando do julgamento da ADI nº 4077, na qual é questionada a existência das leis nº 8159/91 e 11.111/05. (BRASIL, 2010, p 45)

Com isto, vemos que revelar os acontecimentos da época é relevante, mas para que isto ocorra devemos primeiro esperar pela decisão do Supremo Tribunal no tocante a estas leis. Sendo assim, embora a validade ética neste caso exista, ela fica dependendo do julgamento destas leis para que sejam descobertos todos os acontecimentos daquela época.

No tocante ao argumento da OAB referente à afronta existente para com os princípios republicano e democrático, o Ministro nos mostra uma saída simples. A arguente diz que a lei não poderia ser considerada devido ao fato desta ter sido promulgada por um governo autoritário e ilegítimo. Eros Grau refuta esta afirmação, dizendo que, caso fosse acatada esta demanda, a lei cessaria de existir, devendo aquelas pessoas que foram contempladas pela mesma serem devidamente responsabilizadas. O que vemos aqui é claramente a incidência do *argumento da injustiça*, como nos é mostrado por Alexy: “As normas individuais de um sistema jurídico perdem o seu caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou iniquidade é transposto.” (ALEXY, 2009 p 48)

Sendo assim, diante do contexto requerido pela arguente, teríamos um colapso do ordenamento jurídico vigente. Primeiro, seria cometida uma injustiça para com aqueles civis que já foram beneficiados com a anistia, e que sequer são objeto da ADPF nº153. Em segundo lugar, como nos mostrou o Ministro, toda e qualquer lei advinda antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 seria inválida. Isto viria a gerar uma enorme instabilidade jurídica e, inevitavelmente, o colapso do sistema como um todo. Portanto, para que fosse resguardada a moralidade e integridade do sistema jurídico, o Ministro refutou esta demanda da OAB.

Por último, temos a presumida ofensa ao princípio da dignidade humana, como foi demonstrada pela inicial da OAB. A arguente disse que, no advento da lei da anistia, a dignidade das pessoas foi usada como “moeda” para que se pudesse

alcançar uma benesse para os militares também. Para a OAB, o desaparecimento (ou morte) daqueles que lutaram por um regime democrático durante a ditadura, foi em vão, dado que os responsáveis pelas atrocidades cometidas estavam prestes a ter a sua imunidade penal declarada.

Eros Grau, novamente, encontra a saída para esta controvérsia no conflito das validades jurídica e ética. Já vimos acima que a lei foi promulgada em conformidade com o ordenamento vigente, surtindo seus efeitos de forma esperada e sem estar em conflito com outras normas de então. Porém, existe a necessidade da validade ética para que tenhamos a validade da norma como um todo também. E esta se dá pelo fato de que os civis terem lutado para que esta benesse fosse a eles concedida. Durante a elaboração da lei, era sabido que esta anistia para os civis só seria concedida se os militares também fossem beneficiados por esta. Sendo assim, a validade ética se deu diante do conformismo por parte do povo brasileiro com relação a este aspecto da lei. Indubitavelmente, para que fosse moralmente aceita a lei, esta deveria beneficiar os civis, isto porém jamais aconteceria se os militares não obtivessem esta benesse também. E, na realidade, foi este o teor do supracitado acordo: a aceitação moral da lei, em detrimento da isenção penal daqueles que reprimiam os cidadãos da época.

Neste aspecto do voto, vimos como se deu a validade da lei da anistia perante os princípios expostos na presente Constituição Federal. Sendo esta lei válida no campos dos preceitos fundamentais desta Carta, passaremos agora a analisar o que diz respeito à Emenda nº26, de acordo com aquilo que foi repassado pelo Ministro Relator em seu voto.

2.2.4.3 A recepção da Emenda nº26

Ficou claro nesta parte de seu voto, que o Ministro estava se referindo à *norma fundamental* e ele, assim como Alexy, trata desta como se fosse um elemento imprescindível para a efetiva validade da Constituição. Previamente vimos que para a moral estar inserida em um conceito de direito e ficar vinculada à *norma fundamental*, esta deve ter as três respectivas análises presentes: a Analítica, a Normativa e a Empírica. Somente através de uma concepção da *norma fundamental*

oriunda destas três análises é que podemos chegar à norma-origem como nos foi mostrada por Alexy. A ausência de uma destas acarreta uma desvinculação da *pretensão à correção* com relação à moral, e, com isto, teríamos uma norma que dá origem a um direito isento de concepções morais em seu conceito. (ALEXY, 2009)

Diante do que nos foi exposto no voto do Ministro, podemos inferir que a *norma fundamental* refere-se à norma Analítica de Kelsen. Esta se dá ao nos remetermos à origem do direito vigente, em outras palavras: de onde veio a presente ordem jurídica? Claramente, neste caso, o ordenamento vigente veio dos dispositivos expressos na Emenda nº26, onde foi estipulado que a nova Assembléia Constituinte iria se reunir, para a elaboração da nova Carta Magna. Esta emenda continha todos os mandamentos necessários para que a Constituição fosse concebida com sucesso, dentro dos moldes da legalidade. Ao questionarmos a emenda ou parte dela, que é o que ocorre na inicial da OAB, estamos questionando na verdade as bases do nosso ordenamento vigente. Isto pode vir a ser desastroso para o direito brasileiro, dado que ao retirarmos esta emenda do círculo jurídico, estaríamos negando a concepção Analítica de Kelsen no que tange à *norma fundamental*. Sem um dos três aspectos desta norma, teríamos um ordenamento inevitavelmente fadado ao fracasso, pois não haveria forma de conceber uma *pretensão à correção* ligada à moral em sua origem. E, por fim, sem esta pretensão em sua origem, teríamos a incidência do *argumento da injustiça* em algum determinado momento da vida deste ordenamento.

O que vemos nesta parte do voto, então, é uma proteção concedida à Constituição Federal por parte do Ministro. Para que o ordenamento seja resguardado de eventuais normas moralmente incorretas por meio do *argumento da injustiça*, Eros Grau nos diz que seria impossível retirar esta emenda do âmbito jurídico, a não ser que se queira correr o risco de ver o sistema ruir em razão da sua contaminação por normas tidas como iníquas.

Isto posto, terminamos nossa análise do voto do Ministro Relator Eros Grau. Passaremos agora, a estudar os próximos votos deste julgamento, sempre tendo como base os ensinamentos de Robert Alexy. No entanto, nos próximos votos serão tratados apenas aspectos que não foram abordados pelo Relator, assim como assuntos que devido à sua importância merecem uma ressalva. Seguiremos então, com o voto da Ministra Carmen Lúcia.

2.3 Voto: Carmen Lúcia

2.3.1 A norma fundamental e a lei da anistia.

Nesta parte de seu voto, a Ministra nos explica um pouco melhor a forma como se originou a Constitucionalização dada à lei da anistia através da Emenda nº 26. Fica, então, explicado que naquele período a Constituição da época era chamada de “Emenda nº1 de 1969”, mas que de emenda propriamente dita detinha apenas o nome. Na verdade o que ocorria era que esta emenda dava ao Estado as diretrizes legais para a operacionalização deste, no sentido de agir como um norteador, não só para o ordenamento jurídico, mas também para a administração pública. Em outras palavras, esta agia como uma Constituição.

Com isto explicitado, o que podemos dizer sobre a Emenda nº 26? Ora, ela serviu como diretriz para a formação de um novo Estado de Direito, assim como a Emenda nº1 de 1969. Porém, com uma diferença - a EC 26 dispunha sobre uma nova Assembléia Constituinte, ou seja, da efetivação desta emenda, inevitavelmente surgiria uma nova Constituição Federal. Nesta emenda estavam contidas todas as informações necessárias para que a transição de um Estado de exceção para que um regime Democrático ocorresse da forma mais pacífica possível (levando-se em consideração os ânimos exacerbados pelos vários conflitos ocorridos). Como no artigo 4º desta emenda estava explícito que a anistia deveria ser concedida de forma ampla e geral, tanto para os civis quanto os militares, a Assembléia Constituinte resultante desta mesma emenda deveria levar em conta este aspecto do referido artigo.

Com isto em mente, a Ministra explana sobre a não-integração da Emenda nº26 com a Constituição Federal de 1988, dado que a Constituição, de fato, criou um novo Estado de Direito. Sendo assim, tudo aquilo que havia surgido antes desta não terá mais vigência, salvo quando a própria Carta Magna faz menção ao caso específico. Ocorre que a Carta faz menção à anistia em seu artigo 8º do ADCT. Sendo assim, o tema da anistia tem relevância para a atual Constituição, já que o artigo 4º da emenda nº26 fora levado em consideração no momento da elaboração da nova Constituição. (BRASIL, 2010, p 86 - 88)

Ante o exposto, já que ficou claro que o tema da anistia fora constitucionalizado, surge o tema da interpretação de dita lei. Isto será visto a seguir.

2.3.2 Da interpretação e a obscuridade da Lei da Anistia

Nesta parte de seu voto, a Ministra Carmen Lúcia nos fala sobre a possibilidade interpretativa da lei que poderá ter mais sucesso, no sentido de ser a que melhor se adapte aos moldes contextuais-históricos presentes na lei.

Assim como o fez Eros Grau, Carmen Lúcia nos fala da importância da interpretação levar em conta os fatores históricos de sua elaboração. Isto ocorre pelo fato de a lei da anistia realmente opor-se aos princípios presentes na Constituição de 1988. Nas próprias palavras da Ministra:

Numa primeira análise, parece certo aceitar-se exatamente o quanto exposto pela Ordem dos Advogados do Brasil na presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Atualmente, a anistia decretada nas condições antes explicitadas – concedida aos autores de crimes políticos e seus conexos (de qualquer natureza), incluídos os crimes comuns praticados por agentes públicos acusados de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores – contraria o sistema constitucional vigente, em especial o seu artigo 5º, pelo que seria com ela incompatível. (BRASIL, 2010, p 90)

Com isto, teríamos uma interpretação exclusivamente à letra da lei, sem levar em conta outros elementos que poderiam auxiliar neste trabalho. Vem à tona, então, o tema da interpretação histórica desta lei, não só para entendê-la melhor, mas também para que as pessoas venham a conhecer o motivo de sua promulgação. Com uma interpretação rigorosa como esta, os próprios anistiados estariam sendo prejudicados, pois estaria extinta a anistia. Não poderíamos falar em justiça neste caso, pois como ficariam os civis envolvidos nesta benesse? Como ficariam as pessoas que foram objeto do benefício concedido e que não o são na inicial proposta pela OAB, que é dirigida aos militares e servidores públicos? (BRASIL, 2010, p 89 - 91)

É por este motivo que, assim como o Ministro Relator, Carmen Lúcia acredita ser importante levar-se em conta toda a história por trás da elaboração desta lei. A luta daqueles que estavam sofrendo com entes queridos desaparecidos ou

lesionados diante da repressão da época. Esta interpretação histórica se dá justamente para que não sejam cometidas injustiças com aqueles que vieram a sofrer em demasia com o regime vigente à época.

Ainda no tocante à questão interpretativa, a Ministra suscita o questionamento feito pela OAB em sua inicial, que diz respeito à *obscuridade* da lei da anistia. Aqui a Ministra faz um juízo de valor pertinente à lei, que nos é de extrema valia:

O disposto no §1º do artigo 1º da lei 6683/79 não me parece justo, em especial porque desafia o respeito integral aos direitos humanos. Mas a sua análise conduz-se à conclusão, a que também chegou o Ministro Relator, de que também não pode ser alterado para os fins propostos, pela via judicial. Nem sempre as leis são justas, embora sejam criadas para que o sejam. (BRASIL, 2010, p 92)

Esta conclusão se produz por um motivo simples, e podemos chegar a ela através de uma reflexão sobre o contexto histórico da lei. Na época, como vimos no voto do Relator, houve uma negociação para que se pudesse chegar a esta lei, onde ambas as partes tiveram que ceder para que se chegasse ao texto que temos hoje. Em outras palavras, os militares poderiam conceder anistia aos civis, desde que eles também fossem contemplados com esta mesma benesse.

Sendo assim, diante da pressão social, a OAB da época permitiu que o texto da lei permanecesse da forma como está hoje, apenas para que as futuras gerações não sofressem o que aquela havia sofrido nas mãos de um regime autoritário. A anistia concedida aos militares, então, foi um “mal” necessário para que o bem maior fosse atingido, chegando assim ao Estado Democrático de Direito que temos em vigor nos dias de hoje. Com relação a isto, a Ministra nos faz uma ressalva: o presente texto da lei pode, sim, ser mudado. Porém isto não deverá ser realizado através do poder judiciário. Este não detém a competência para alterar a letra da lei, principalmente por se tratar de uma lei que já teve seus efeitos exauridos. Ou seja, a lei em questão já atingiu o seu objetivo de ser, não podendo o judiciário se manifestar a respeito da própria letra da lei. Sendo assim, para que a lei seja efetivamente mudada, a presente questão deveria ser levada ao poder Legislativo e não ao Judiciário.

Por estes motivos é que a interpretação histórica da lei se faz determinante neste caso. Caso a lei fosse interpretada de forma literal, claramente estaria conformada a hipótese de uma afronta à presente Constituição, e, nessas condições, a anistia não mais poderia ser concedida, com os consequentes efeitos

retroativos, prejudicando aqueles que já se beneficiaram com a lei no passado. Por esta razão, e para que não sejam cometidas maiores injustiças, é que o contexto no qual foi criada a lei deve ser levado em conta no momento de interpretá-la. Diante destas razões que foram expostas no seu voto, a Ministra Carmen Lúcia acompanha o Ministro Relator em seu voto pela improcedência da ADPF nº153. (BRASIL, 2010, p 91 - 98)

2.3.3 Análise do voto

Vimos, em seu voto, que a Ministra expõe as mesmas conclusões que o Ministro Relator no tocante à obscuridade e interpretação da lei. Porém, há uma ressalva a ser feita neste caso, onde fica claro que Carmen Lucia vislumbra, na lei da anistia uma injustiça inerente à sua existência. Nada, no entanto, pode ser feito quanto a isto, para que a injustiça seja sanada - a arguente deveria procurar o poder Legislativo, pois é deste que emana a força necessária para promover as mudanças normativas aplicáveis a este caso.

Ora, isto nada mais é do que a fórmula da injustiça como nos foi apresentada por Radbruch por intermédio de Alexy. Para a Ministra, temos um caso de lei positiva que efetivamente é válida no plano jurídico, mas que não pode ser considerada justa. Sendo assim, a sua vigência deve ser mantida. Tal ocorre por que o limiar da “extrema injustiça” não foi cruzado, ficando esta lei apenas no campo do injusto. (ALEXY, 2009)

Assim cogitando, a Ministra precisa buscar uma saída para que a injustiça presente na lei da anistia seja sanada. E assim de fato acontece, e a solução mais uma vez está contida na *norma fundamental normativa* de Kant. Para Carmen Lucia, o problema da imoralidade desta lei pode e deve ser sanado, mas para que tal ocorra, a via a ser buscada deve ser a Legislativa. Isto nada mais é do que a regressão *a priori* que é feita ao nos remetermos à norma origem de Kant. Vimos que, para ele, todo o poder do Estado emana do povo, por meio de uma atribuição de poder que é conferida ao poder Legislativo. Outrossim, podemos inferir que a não observância desta regressão da lei à sua origem (poder Legislativo) acarretaria um vício por parte da norma fundamental, como exposto por Alexy (2010). E,

consequentemente, não poderíamos chegar a uma *norma fundamental* que contenha uma *pretensão à moral*, dado que estaria faltando um dos três componentes da *norma fundamental* como é mostrada por Alexy: a análise Normativa de Kant.

Ante o exposto, Carmen Lucia nos remete à *norma fundamental* no seu aspecto Normativo para que seja sanada a controvérsia. O mesmo foi feito no voto do Ministro, porém este nos remeteu ao aspecto Analítico da norma-origem de Kelsen. Seguiremos agora então, com o voto do Ministro Ricardo Lewandoski.

2.4 Voto: Ricardo Lewandowski

2.4.1 Da interpretação da lei da anistia

Em um primeiro momento, o Ministro aborda a questão interpretativa da matéria. Como anteriormente, emerge o tema de interpretar a lei da anistia conforme os preceitos veiculados na presente Constituição Federal de 1988. Porém, nos é mostrado que toda essa controvérsia surge por meio da expressão “crimes conexos”, ou seja: quais são, e como se dão estas conexões entre ditos crimes?

Em um primeiro momento, o Ministro ensaia uma visão técnico-jurídica sobre a questão desta conexão, sendo estas enquadradas como cabíveis em duas das hipóteses do código de processo penal:

[...] (v) conexão probatória: quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração (CPP, art. 76, III); e (vi) conexão intersubjetiva por reciprocidade: duas ou mais infrações praticadas, por várias pessoas, umas contra as outras (CPP, art. 76, I última parte). (BRASIL, 2010, p 111)

Este chega à conclusão de que, no âmbito do direito penal, a conexão que existe entre os referidos crimes é meramente processual e não material. Sendo assim, dita expressão contida na lei não poderia ter poderes para conferir uma conexão entre crimes comuns e políticos, pois, em matéria penal, esta existe apenas para dinamizar procedimentos criminais e não para conceder pesos semelhantes a crimes distintos.

Com isto exposto, o Ministro adverte em seu voto:

[...] não há como cogitar-se de conexão material entre os ilícitos sob exame, conforme pretendem os elaboradores da lei da anistia, porquanto não é possível conceber tal liame entre os crimes políticos praticados pelos opositores do regime de exceção e os delitos comuns alegadamente cometidos por aqueles que se colocavam a seu serviço, visto inexistir, com relação a eles, o necessário nexó teleológico, consequencial ou ocasional exigido pela doutrina para a sua caracterização. (BRASIL, 2010, p 113)

Nesses termos, fica claro que a intenção do legislador na época, era a de conceder a anistia aos seus servidores pelo meio equivocado. A conexão entre crimes comuns e políticos da forma como está expressa na lei da anistia, não pode ser tida como sendo juridicamente perfeita (no que diz respeito à elaboração da mesma). E, sendo assim, dita conexão não merece ser levada em conta ao ser interpretada, principalmente porque não há que se falar em nexó causal entre ambos. São circunstâncias totalmente adversas no que tange à interpretação desta lei. (BRASIL, 2010, p 110 - 115)

Isto posto, para o Ministro Ricardo Lewandowski, não podemos mais falar em crimes comuns no que diz respeito à lei da anistia, dado que a expressão utilizada pelo legislador da época é ineficaz como forma de se garantir este direito àqueles que poderiam ser agraciados com a benesse, por não haver correlação entre os crimes comuns e os políticos. Restaria agora, então, definir o que seriam os crimes políticos e de que forma estes acontecem, para somente então poder o Judiciário agir para que os culpados pelos crimes comuns ocorridos na época da ditadura sejam devidamente julgados.

2.4.2 A teoria da preponderância dos meios

Durante a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal, o Ministro Ricardo Lewandowski chega à conclusão de que, em várias ocasiões do passado, os crimes comuns que eram conexos aos políticos serviam apenas como meio para que se chegasse no objetivo político. Para evitar tais situações, a Corte adotou a *teoria da preponderância e atrocidade dos meios*. Esta teoria nos diz que os ditos crimes políticos não terão relação alguma com os crimes contra a vida (homicídio,

sequestro, estupro etc), uma vez que estes crimes (políticos) são caracterizados pela lesão ao Estado de Direito. Esta medida é de extrema importância para o Ministro, dado que, sem ela, crimes bárbaros como pedofilia, estupro, genocídio, entre outros, estariam perdoados desde que houvesse anistia legalmente prevista para tal.

Tendo isto em mente, o Ministro parte para a solução prática da questão da lei da anistia. Para ele, este debate poderia ser resolvido com o julgamento daqueles envolvidos, na época, em crimes comuns que não tivessem motivação política. Portanto, seriam julgados todos aqueles que tivessem cometido crimes contra a vida, assim como aqueles que cometeram crimes que foram anistiados mas que não têm motivação política alguma, ou seja: aqueles que cometeram crimes de “sangue” e crimes comuns estariam sujeitos à penalização. O Ministro pontua esta parte de seu voto da seguinte forma:

Ora, como a lei da anistia não cogita de crimes comuns, e emprega, de forma tecnicamente equivocada, o conceito de conexão, segue-se a possibilidade de abertura de persecução penal contra os agentes do Estado que tenham eventualmente cometido os delitos capitulados na legislação penal ordinária, pode, sim, ser desencadeada, desde que se descarte, caso a caso, a prática de um delito de natureza política ou de motivação política, mediante a aplicação dos critérios acima mencionados. . (BRASIL, 2010, p 128)

Sendo assim, fica sanada controvérsia sobre a responsabilidade penal por parte dos agentes do Estado, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski. Para ele, deveria ser realizada uma investigação em todos os casos de autoria de crime na época, para que se pudesse saber, com toda a certeza, que o acusado não tinha motivação política para a realização do ato. E, então, chegaríamos ao julgamento do agente por crime comum durante a ditadura. (BRASIL, 2010, p 118 - 127)

Considerando tudo isto, o Ministro julgou parcialmente procedente a ADPF nº 153 proposta pela OAB, para que seja dada interpretação conforme a Constituição Federal à lei da anistia. Porém, isto ocorrerá somente se cada caso de crime cometido, por agentes do Estado durante a ditadura, seja analisado individualmente em prol da *teoria da preponderância e atrocidade dos meios*. Somente não havendo, então, motivação política alguma por trás de seus crimes é que o acusado seria efetivamente julgado e penalizado. (BRASIL, 2010, p 129 - 130)

2.4.3 Análise do voto

Como podemos observar em seu voto, o Ministro claramente percebe que a lei da anistia tem um texto obscuro. E assim como Eros Grau, ele a reinterpreta para sanar esta questão, levando-nos mais uma vez à *ponderação* por parte do magistrado no que diz respeito à letra da lei. Como vimos acima, Alexy (2010) nos mostra que para a *ponderação* efetivamente observar o *argumento dos princípios* e da *moral*, a interpretação deve se dividir em dois pontos: quanto à forma e quanto ao conteúdo. Sendo assim, em um primeiro momento o magistrado deve ater-se à letra da lei, para depois analisar o seu conteúdo de forma subjetiva, extraindo desta uma eventual *pretensão à moral* que resguarda o ordenamento de injustiças futuras.

Pelo teor do voto de Ricardo Lewandoski, é exatamente isto que acontece. Primeiro, ele desvincula os crimes comuns e de “sangue” daqueles crimes políticos mencionados na lei. Isto acontece por meio do uso da *teoria da preponderância e atrocidade dos meios* que está contida em diversos casos da jurisprudência da corte. Ante isto, fica reduzido o vínculo dado por estes que existe na expressão “conexos”. Ou seja, somente os crimes crimes de cunho político seriam realmente anistiados. Porém, somente com isto não conseguimos chegar a uma validade Ética da lei, faltando ainda demonstrar a moral desta.

Para buscar a validade ética do caso em questão, o Ministro nos traz uma saída equânime. Para ele, todos os crimes cometidos na época devem ser analisados separadamente, vendo se cada um destes foi cometido por motivos políticos ou não. Caso o crime sendo analisado tenha sido cometido por estas motivações, aquele sujeito estará devidamente isento de qualquer persecução penal, pois o seu caso estaria em conformidade com a lei da anistia. Porém, se é verificado que o crime cometido não foi dado por motivações políticas, então o sujeito será devidamente punido de acordo com a lei penal vigente. (BRASIL, 2010)

Sendo assim, ao darmos validade ética para a lei através da restrição dada à expressão “conexos”, faltaria ainda dar força moral à lei através da *pretensão à moral*. Esta encontra-se no fato dos casos serem julgados um-a-um, como forma de examinar se realmente, naquele caso, há incidência penal ou não. Pode-se dizer que, moralmente falando, esta interpretação da lei é equânime, pois resguardaria

aqueles que devidamente seriam beneficiados com a anistia através da lei. E ao mesmo tempo, puniria aqueles que injustificadamente se beneficiaram com a anistia por todos estes anos.

Ante o exposto, vemos que o Ministro encontra uma saída juridicamente coerente para a problemática interpretativa da lei. A *ponderação* feita por Ricardo Lewandoski é extremamente importante, pois ela não só pune aqueles crimes bárbaros que foram cometidos e injustamente anistiados, como também coage a sociedade moralmente através da *pretensão à moral* para que tais atos não sejam cometidos no futuro. Com isto, o ordenamento jurídico ficaria resguardado de futuros crimes bárbaros como estes que são objeto da lei da anistia.

2.5 Voto: Ayres Britto

2.5.1 Da interpretação da lei

Nesta parte de seu voto, o Ministro refuta as idéias do Ministro Relator Eros Grau. Para este, o método mais eficaz de sanar uma controvérsia interpretativa seria o método histórico, onde é analisado o contexto social no qual estava inserida a elaboração da lei. Para Ayres Britto, não podemos falar em interpretação histórica da lei, dado que este é um mecanismo secundário de interpretação e não pode ser utilizado como fonte principal para sanar este tipo de controvérsia. Em suas próprias palavras, falando sobre a interpretação histórica:

É um parâmetro de interpretação jurídica, porque a ele só se deve recorrer quando existe alguma dúvida de inteleccção quanto à vontade normativa do texto interpretado. Vontade normativa não revelada pelos quatro métodos tradicionais a que o operador jurídico recorre: o método literal, o lógico, o teleológico e o sistemático.(BRASIL, 2010, p 137)

Com isto, vemos que a interpretação histórica não está presente entre as ferramentas utilizadas no momento da interpretação, portanto, não cabe usá-la para sanar este tipo de controvérsia.

Porém, a problemática persiste, dado que sem a interpretação histórica, não temos como achar clareza na letra da lei. Como não há clareza nesta, o Ministro

conclui que não podemos falar em anistiar crimes hediondos, pois estes não estão presentes na letra da lei. Para que possamos compreender este raciocínio, ele nos lembra que, mesmo durante o regime militar, estes atos já eram considerados bárbaros. Não eram toleráveis e eram puníveis desde então, mesmo se tratando de um regime de exceção, podemos observar que existiam regras a serem seguidas. Porém, aqueles que cometeram tais crimes hediondos na época, romperam com estas regras e deveriam ter sofrido a punição relativa ao cometimento do ato.

Sendo assim, para o Ministro, é altamente improvável que a vontade do legislador, ao elaborar a lei, fosse a de anistiar estes crimes bárbaros. Este tipo de ato já causava repúdio mesmo naquela época, não havendo, portanto, motivo para que este tipo de crime seja incluso no rol dos atos que deveriam ser anistiados. Entretanto, o ministro deixa bem claro que se realmente fosse a vontade do legislador, a anistia a estes crimes hediondos poderia ser concedida sem problemas:

Mas, convenhamos, a lei da anistia podia, por deliberação do Congresso Nacional, anistiar os torturadores. Digamos que sim, mas que o fizesse claramente, sem tergiversação. E não é isso que eu consigo enxergar na lei da anistia. (BRASIL, 2010, p 140)

Com isto, o ministro dá uma solução interpretativa distinta dos outros Ministros, mostrando que a ausência de clareza na lei pode dar um significado interpretativo para ela, desde que sejam observados os métodos tradicionais de interpretação: o literal, o lógico, teleológico e sistemático. (BRASIL, 2010, p 136 - 140)

2.5.2 Amplitude da lei da anistia

Nesta parte de seu voto, o Ministro faz algumas considerações referentes ao caráter amplo, geral e irrestrito da anistia. Em um primeiro momento, ele nos remete ao conceito de crimes políticos, e é chegada a uma conclusão semelhante ao do Ministro Ricardo Lewandowski. Para Ayres Britto, a principal parte da letra da norma, é aquela que fala sobre os “crimes políticos”, dado que a lesão advinda do cometimento de um crime destes é tão grande, que atinge a coletividade. Porém, para que seja configurado um crime político, o dano propriamente dito deve ser executado com motivação política, ou seja: a realização do ato deve servir para

realizar alguma mudança no Estado. Sendo assim, não podemos falar em crimes hediondos sendo conexos com os políticos, dado que estes crimes tem o propósito de tão somente ferir a humanidade e a dignidade da pessoa.

Para o Ministro, não parece justo que se trate de forma igual os militares que honram o seu compromisso para com o país e aqueles militares que foram capazes de atos bárbaros, como o de tortura e assassinato. E ele justifica esse posicionamento com os dispositivos advindos da própria lei da anistia, como o artigo 8º da ADCT, que nos diz:

Art. 8º: É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, insitucionais ou complementares. (BRASIL, 1988)

Com isto, vemos que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, não se falava mais em agentes públicos da época, sendo que esta disposição transitória mostra claramente isso. Com o advento da Emenda nº26, a lei da anistia estava inserida nas diretrizes que iriam criar o Estado de direito no Brasil. Porém a assembleia constituinte optou por não incluir, nesta anistia, aqueles agentes estatais que cometeram atos bárbaros na época da ditadura militar.

A justificativa do Ministro para tal ato da Assembleia Constituinte, é a de que ao ser organizada, ela detém poderes mais do que amplos para criar a nova Carta Magna, e conseqüentemente, as diretrizes básicas da nova organização Estatal. Sendo assim, ela pode vir a optar por seguir as regras que lhe foram repassadas, como ocorreu com o caso da EC nº26, ou pode, inclusive, mudar todo o teor da norma que originou a Assembleia Constituinte. E foi exatamente isto que aconteceu no caso da Constitucionalização da lei da anistia. Os agentes responsáveis por represálias não foram contemplados com a anistia, no que diz respeito à Constituição de 1988, enquanto que os civis sim o foram. (BRASIL, 2010, p 140 - 145)

O Ministro Ayres Britto nos explica melhor a forma como se dão os poderes da Assembleia Constituinte: “Ela é onipotente e unipotente: só ela é totalmente potente, por ser o poder de tudo poder. Menos deixar de ser esse poder de tudo poder.” (BRASIL, 2010, p 145)

Com tudo isto em mente, o Ministro Ayres Britto, assim como Ricardo Lewandowski, julgou parcialmente procedente a ADPF nº153. Com isto, para o Ministro, ficam excluídas do texto da lei da anistia qualquer concepção de que a sua intenção era, também, a de anistiar autores de crimes hediondos, como assassinato sequestro e estupro entre outros. (BRASIL, 2010, p 146)

2.5.3 Análise do voto

No voto do Ministro Ayres Britto, vimos que este considera o regime militar como sendo um ordenamento injusto. Porém, apesar de ser injusto, este ainda era contemplado pelo direito, e sendo assim, os crimes moralmente inaceitáveis de hoje em dia eram vistos da mesma forma naquela época. Isto se dá pelo fato de que os crimes de tortura, sequestro e assassinato eram penalmente tipificados mesmo naquela época. E com isto, seria inconcebível, até mesmo para um ordenamento autoritário, estes atos serem contemplados com a anistia. Ayres Britto nos demonstra isto com o artigo 8º da ADCT, onde não há menção a agentes públicos, nos levando a creer que somente civís seriam anistiados.

O que temos aqui, nada mais do que a aplicação de uma *regra de rejeição*, como fora exposta por Bulygin e Alchurrón. Esta regra nos diz que mesmo em se tratando de um direito válido, a dita norma pode ser expulsa do ordenamento jurídico. (BULUGIN e ALCHURRÓN, 1998)

Aplicando esta idéia de rejeitabilidade aos ensinamentos de Alexy, podemos tirar uma conclusão. A rejeição que é dada a uma norma, neste caso, acontece pelo fato desta estar “viciada” com aspectos injustos. Com isto, o ordenamento se protege desta, e a expulsa do sistema. É exatamente o que acontece no voto do Ministro. Na lei da anistia, originalmente concebida, não tínhamos uma *pretensão à correção* ligada à moral, sendo assim, o ordenamento se encarregou de expulsar a parte injusta da lei para que seu aspecto ético fosse reestabelecido. (ALEXY, 2009)

Para Ayres Britto então, a regra de rejeição foi determinante para que a lei fosse recepcionada pela nova Constituição Federal de 1988. A Assembléia Constituinte se encarregou de envolver a recepção da lei da anistia com um aspecto

moral, retirando esta benesse dos militares e fazendo com que contemplasse somente os civís. Com isto, temos que o ordenamento efetivamente se resguardou no sentido de manter uma *pretensão à correção* imbuída de uma moral. Sendo assim, seria inaceitável para o Ministro estes crimes serem anistiados também, visto que mesmo àquela época eram tidos como atos bárbaros e reprováveis.

Finda a análise do voto de Ayres Britto, seguiremos para a argumentação de Celso de Mello.

2.6 Voto: Celso de Mello

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello nos fala sobre o aspecto da obscuridade da lei da anistia e as devidas saídas interpretativas para esta, assim como a característica ampla e bilateral da lei. Estes temas já foram amplamente discutidos em nosso estudo, e por isso iremos focar no aspecto constitucional de seu voto.

2.6.1 A Constituição e a lei da anistia

Nesta parte de seu voto, o Ministro nos fala sobre as atitudes que a Assembléia Constituinte poderia tomar no advento da inclusão, ou não, da lei da anistia no texto Constitucional. Para Celso de Mello, a inclusão da anistia no texto Constitucional não se deu por real vontade da Assembléia em recepcionar o tema. Na iminência de uma nova Carta Magna, esta poderia expressamente dizer que não recepcionaria a anistia, porém não foi isto que ocorreu. A Assembléia sequer fez uso de “lacunas voluntárias” para se omitir a respeito do tema, não vindo a recepcioná-la. Tudo isto, nos leva a crer que a sua vontade, na verdade, era a de que o tema fosse recebido pela nova Constituição, envolvendo a lei da anistia com a legalidade que é inerente a uma nova ordem Constitucional.

O Ministro ainda nos adverte que a Carta Magna jamais irá ter alguma incidência em situações jurídicas que são anteriores a ela:

Na realidade, esse entendimento – que enfatiza a eficácia prospectiva do ordenamento constitucional – ajusta-se à orientação segundo a qual, ressalvada disposição consitucional em contrário, prevalece o princípio fundamental da incidência imediata da nova consituição. (BRASIL, 2010, p 196)

Com isto em mente, apesar de ser de uma lei anterior à vigência da Constituição atual, a lei da anistia ganha força normativa através desta Carta Magna. Isto vem a ser pelo fato da Assembléia Constituinte ter se manifestado com relação à anistia, tendo inserido-a no seu texto contitucional. Sendo assim, não podemos falar em desconsiderar uma benesse que atualmente está expressa em um texto normativo do mais alto valor.

Ante o exposto, assim como os Ministros Eros Grau e Carmen Lúcia, Celso de Mello julga improcedente a ADPF nº153. Porém, faz a ressalva de que independentemente de qualquer interpretação que se possa vir a ter sobre a lei da anistia e seus efeitos, o Estado tem a obrigação para com o seu povo de trazer a tona toda a verdade ocorrida nos bastidores do regime militar. Esta é uma ressalva importante, pois é uma direito que está expresso na Consituição Federal, e deve ser observado. (BRASIL, 2010, p 195 - 203)

2.6.1 Análise do voto

Esta parte do voto do Ministro Celso de Mello, é de extrema importância, pois mais uma vez nos remete à *norma fundamental*. Porém, diferentemente dos outros votos, ele versa sobre o aspecto Empírico desta, presente nas idéia de Hart. Este aspecto da norma-origem nos remete à *regra de reconhecimento* de uma norma, ou seja: para que uma norma seja efetivamente válida no âmbito jurídico, esta deve ser primeiramente reconhecida pela sociedade. (ALEXY,2010)

Ora, se concebermos a Assembléia Constituinte como a vontade do povo em fundar-se uma nova ordem constitucional, podemos dizer que esta é a representação da vontade da sociedade dentro do poder legislativo. Com isto, o Ministro nos mostra que a lei da anistia está perfeitamente inserida no âmbito jurídico, dado que a Assembléia se manifestou quanto a esta, reconhecendo-a como sendo parte integrante do ordenamento. Ante o exposto, não há forma de

questionarmos a lei da anistia, sem estarmos questionando também a validade da Constituição Federal, dado que este questionamento fere a *norma fundamental* no seu aspecto Empírico.

2.7 Voto: Cezar Peluso

Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso nos fala sobre o aspecto bilateral e amplo da lei, assim como sobre os aspectos Constitucionais da lei da anistia. Como a primeira parte de seu voto já foi amplamente trabalhada em argumentos anteriores, iremos nos ater exclusivamente à segunda parte de seu voto.

2.7.1 Aspectos Constitucionais da lei da anistia

Aqui, o Ministro nos lança um caso hipotético para sustentar a sua tese de não procedência da ação: o que aconteceria caso o pedido da arguente fosse procedente, e a interpretação conforme a Carta Magna vigente fosse concedida? Para Cezar Peluso, aqui teríamos um caso de “inutilidade jurídica”, pois não haveria objetivo em tentar uma eventual ação penal contra aqueles agentes do governo que cometeram crimes no regime de exceção. Isto ocorre pelo fato de, uma vez estarem inscritos na esfera do ilegal, todos aqueles crimes cometidos já estariam automaticamente prescritos. Não haveria forma, portanto, de punir aqueles infratores, não haveria forma sequer de iniciar o processo para a apuração dos fatos ocorridos.

O Ministro vai além, dizendo que não podemos falar também em não-recepção da lei da anistia pela nova Consituição. O seu recebimento, ou não, não importa, dado que a lei já havia exaurido todos os seus efeitos na época de sua propositura. Tornando assim, aquela anistia inquestionável por força da *segurança jurídica*. Ainda sobre o tema da *segurança jurídica*, o Ministro nos fala que ao contrário de outros países da América Latina, no Brasil não podemos revogar a lei da anistia com uma nova lei. O principal óbice para isto, é este princípio. Pois, se

fosse revogada, a lei nova viria para prejudicar os anistiados, colocando em cheque o princípio da *segurança jurídica* presente na constituição.

Ante todos estes fatos expostos, o Presidente do Supremo Tribunal, julgou improcedente a *ação de descumprimento de preceito fundamental* nº153. Seguindo assim, a linha de votos proferidos pelos Ministros Eros Grau, Carmen Lúcia e Celso de Mello. (BRASIL, 2010, p 209 - 214)

2.7.2 Análise do voto

Vimos anteriormente que para que o ordenamento tenha validade também no campo da moral, um dos requisitos a serem observados é o da validade jurídica. E este, além de ser necessário que contenha coerência para com suas normas constitucionais e infra-constitucionais, ele deve também atender para os procedimentos que levam a concretizar a *segurança jurídica* por meio da coisa julgada. (ALEXY, 2009)

Ao fazer esta pressuposição de não-recepcionar a lei da anistia, o Ministro nos alerta sobre a validade desta decisão no âmbito jurídico. Segundo ele, no advento desta interpretação, o tempo decorrido entre os fatos e a devida persecução penal acarterretaria em uma prescrição dos atos cometidos. Com isto, a validade jurídica de dita lei estaria em jogo, pois ela estaria caracterizada como lei “morta”, não surtindo efeito em campo algum. No advento desta lei não ter validade no âmbito jurídico, estaria revogada toda aquela *segurança jurídica* que foi concedida aos anistiados, inclusive aos civís. Diante deste cenário, ao retirarmos o aspecto da validade jurídica da lei, estaríamos pondo em cheque a *segurança jurídica* que fora adquirida pelos anistiados há anos.

Sendo assim, para o Ministro estaríamos cometendo uma injustiça com aqueles que realmente deveriam se beneficiar com dita lei, pois não haveria que se falar em *segurança jurídica* neste caso. E não havendo *segurança* no direito, teríamos uma enorme instabilidade jurídica sendo gerada.

2.8 Voto: Gilmar Mendes

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes nos faz alguns comentários no que diz respeito ao caráter político da lei e os aspectos constitucionais advindos do questionamento da emenda nº26. Iremos analisar somente a segunda parte, não só por esta ser mais rica em termos de dados, mas também pelo motivo do aspecto político já ter sido amplamente discutido em votos anteriores.

2.8.1 A Constituição e a emenda nº26

Ao falar sobre a emenda nº26, que trouxe para a Carta Magna os preceitos contidos na lei da anistia, o Ministro nos dá a luz sobre um tema relacionado: as características da Assembléia Constituinte contidas nela. Ele nos assevera em seu voto que a Constituição em vigor durante o regime militar se deu através da força. Ao realizar a tomada do poder, as forças armadas moldaram a Carta Magna de acordo com as suas necessidades, deixando de lado o povo brasileiro, que seria a força legítima para realizar tais mudanças através do Congresso. Por este motivo é que as constituições devem versar sobre normas relativas ao estado de necessidade ou emergência. Sem estas normas, o ordenamento poderá vir a cair em um regime autoritário mais cedo ou mais tarde. É exatamente por este motivo que uma constituição deve ser promulgada de forma legítima, com a participação da população, caso contrário haverá abertura no texto dela para que seja “contaminada” por um regime autoritário. Estas constituições que se operam através do autoritarismo, são impostas pela força, carecendo da legitimidade que é inerente à maioria das Cartas Magnas.

Tamanha foi a força imposta pela constituição do regime militar, que as pessoas passaram a lutar por seus direitos através de atos bárbaros:

A simples análise dos fatos que ocorreram durante o período deixa claro que a força do Estado subjugou e oprimiu a sociedade civil, que se organizava, da forma como podia, para se contrapor ao regime de exceção. (BRASIL, 2010, p 238)

Embora houvesse a ocorrência de crimes por parte destas organizações civis, o Estado também fez uso da força na hora de rechaçar estas manifestações. Sendo assim, ambos os lados cometeram crimes na luta pela manutenção do poder, por parte dos militares; e pela mudança do governo, por parte da sociedade civil. Interessante ressaltar neste momento, que o Ministro não vê forma de se fazer um juízo de valor moral perante a gravidade destes crimes. Para ele, se um crime é hediondo ou não, político ou não, será devidamente expresso na letra da lei. Assim, não deixando abertas margens para avaliações morais sobre o ocorrido. Ele nos explica o motivo:

Não é possível conferir a ilicitude criminal a alguns atos e, ao mesmo tempo, reconhecer que outros de igual repercussão possuem natureza distinta e podem ser justificados em razão do objetivo político ideológico que os geraram. Não é juridicamente razoável compreender que o objetivo moralmente considerado define a juridicidade da ação, fazendo com que outros atos – com motor condutor diverso – deixem de ser admitidos em razão da diversidade de escopo. (BRASIL, 2010, p 239)

Sendo assim, uma avaliação moral destes atos não seria a forma mais eficaz de dar pesos aos crimes. A falta de uniformidade da moral não deixa que uma decisão tomada acerca da matéria fosse tida como a mais adequada, pois a sua *subjetividade* contaminaria a força desta decisão, pondo-a em cheque no momento de sua análise por outrem. (BRASIL, 2010, p 235 - 240)

Com isto, o Ministro assevera que, ao se deparar com um contexto como o do Brasil da época, o Estado deve refazer a sua ordem jurídica através de uma nova Constituição. Constituição esta que deve ser legítima, com a participação da população e as devidas proteções, em seu texto, contra possível regimes autoritários no futuro. Gilmar Mendes acrescenta que, gradativamente, a oposição do regime militar foi ganhando cada vez mais força nos palanques do poder. E este ganho de força culminou na lei da anistia, e posteriormente, na emenda nº26. Ao falar na anistia, o Ministro assevera que esta realmente deveria ter mantido em seu texto o aspecto amplo dela, pois da anistia surgiria a nova constituição, e para que esta fosse legítima, deveria ser pactuada. Pacto este que fora realizado entre o governo militar da época, e a população brasileira devidamente representada por diversas figuras e órgãos públicos, como a própria OAB. Este pacto, implicitamente, daria como sendo superadas as desavenças existentes entre os dois pólos da lei da anistia, o que deu boas possibilidades para maiores acordos futuros, entre eles a

elaboração de uma nova constituição. Sendo assim, a bilateralidade da anistia foi um passo necessário para a mudança de regime, do militar para o democrático de direito. (BRASIL, 2010, p 240 - 242)

Sobre o assunto da emenda nº26, Gilmar Mendes faz algumas considerações importantes. Para o Ministro, o fato da anistia estar contida no texto desta emenda, no seu artigo 4º, faz com que a Assembléia Constituinte pudesse inserí-la no texto da próxima constituição a entrar em vigor. Porém, nos é ressaltado que esta Assembléia oriunda da EC nº26, não foi “ortodoxa”. A emenda não tinha, propriamente dito, conteúdo de uma emenda qualquer, ela existiu para que fosse rompido o vínculo Estatal para com o regime anterior (militar). Sendo assim, o conteúdo advindo desta emenda foi cuidadosamente analisado por ambas as partes, tanto militares quanto civís, para que o novo ciclo consitucional fosse iniciado sem maiores problemas. Pode-se dizer então, que os fundamentos da nova constituição estavam contidos nesta emenda, e a anistia fazia parte destes fundamentos.

Não obstante esta emenda ter sido fundamental para a elaboração da nova Constituição, a OAB arguiu sobre a sua validade como emenda. Para explicar o seu raciocínio a respeito, o Ministro faz estudo de extensa doutrina jurídica para nos mostrar como se dá uma revisão parcial ou total da constituição. Nos é mostrado que a revisão constitucional é caracterizada por algumas mudanças normativas nesta, porém, são deixados incólumes os preceitos nela contidos que versam sobre a sua continuidade e a sua essência. Ou seja, para que uma reforma parcial aconteça, aqueles dispositivos que caracterizam e dão identidade à consituição, devem ser mantidos da forma como estavam antes da revisão parcial. Caso contrário, se a revisão mudasse também estes princípios que são imutáveis, teríamos uma abolição da mesma, e não mais uma mera revisão. Ora, sendo assim, o limite para que seja dada uma revisão constitucional são as cláusulas pétreas contidas nela, dado que são imutáveis e contém princípios que não são passíveis de mudança, ou emenda.

Sem estas cláusulas, a constituição estaria totalmente aberta a arbitrariedades em nome da justiça, tais como um desenvolvimento constitucional ilegítimo que se daria através da gradual “contaminação” da constituição. Esta contaminação se daria por estes preceitos que seriam contrários àquelas cláusulas,

vindo a modificar a Carta Magna lentamente. Fazendo com que esta perca, assim, as suas características principais. (BRASIL, 2010, p 254 - 259)

Porém, isto não quer dizer que seja impossível uma transição de uma ordem constitucional a outra. Isto pode ocorrer, desde que haja disposição para tal na própria Carta Magna (de forma expressa ou não), sendo feito desta forma, a transição ocorrida não estaria ofendendo os princípios imutáveis contidos nela. Neste caso, a transição seria legítima. Para tanto, uma revisão total da constituição deve ser dada com a anuência da população. Nestes termos, uma revisão total da constituição é possível, sem vir a ferir os seus princípios basilares diante da transição, desde que haja anuência da população para tal.

O que ocorre, neste caso, é que para o Ministro houve uma revisão total da constituição vigente dada a propositura da emenda nº26. Todos os requisitos estão ali, houve a observância dos preceitos basilares da antiga constituição diante de sua modificação, e a população participou ativamente neste processo de mudança. Com isto, o Ministro nos adverte que reinterpretar esta lei da anistia poderia ser algo perigoso para a atual constituição, pois a anistia estava contida na emenda nº 26. Esta emenda era o fundamento principal para a elaboração da nova ordem constitucional, contendo portanto, as diretrizes básicas para a sua elaboração. Sendo assim, a anistia faz parte integral das bases existentes na Constituição, e o questionamento desta poderia fazer com que a base da Carta Magna começasse a ruir lentamente. Diante disto, o Ministro Gilmar Mendes, assim como o Relator, julga improcedente a *ação de descumprimento de preceito fundamental nº153*. (BRASIL, 2010, p 259 - 264)

2.8.2 Análise do voto

Até agora, vimos que alguns dos Ministros usaram um dos três elementos que constituem a *norma fundamental*. Neste voto de Gilmar Mendes, podemos constatar que existe a incidência dos três, fechando assim o ciclo das análises à norma-origem proposta por Alexy. Foi exposto que para haver a presença, no direito, de uma *pretensão à moral* que esteja isenta de uma injustiça, estas três análises devem estar presentes na *norma fundamental*. (ALEXY, 2009)

Em um primeiro lugar, durante seu voto, o Ministro fala que a anistia veio de um longo debate entre a sociedade e o governo militar, vinda a culminar na lei e posteriormente na emenda nº26. Foi através destes debates que surgiu a legitimidade da nova Carta Magna. Bom, isto nada mais é que o aspecto *Normativo* da norma-origem, onde tivemos a efetiva participação daqueles que realmente detém o poder em um Estado: a sociedade. Com isto, foi iniciado a geração da nova norma-origem que iria compôr a presente Constituição Federal.

Já o seu aspecto Empírico está contido na inserção da anistia nesta emenda, o que veio a culminar na sua recepção na nova Constituição. Claramente, temos a incidência da *regra de reconhecimento* presente nas idéias de Hart. Com a observância desta lei por parte da Assembléia Constituinte, podemos dizer que esta fora aceita e reconhecida pela sociedade, pois a Assembléia nada mais é que a manifestação do povo para concretizar seus desejos de uma nova ordem jurídica.

Por fim, temos o aspecto Analítico de Kelsen presente no voto do Ministro. Este fica evidenciado quando ele nos diz que não podemos questionar a moralidade da lei da anistia no que diz respeito ao teor dos crimes cometidos. Para ele, estes crimes devem respeitar a sua devida tipificação na legislação vigente. Com isto, podemos observar o “fator dogma” que é inerente ao aspecto *Analítico* da *norma fundamental*, onde uma norma não deve ser questionada além daquilo que já está estipulado em texto, ela deve ser apenas respeitada e obedecida. Aqui poderíamos ver a incidência do *argumento da injustiça*, acarretando em um ordenamento subsequente que seria injusto no advento da concretização constitucional desta norma-origem. Porém, isto não ocorre devido à incidência dos outros dois aspectos da *norma fundamental* no caso presente. Com a inclusão dos aspectos *empírico* e *normativo* também, podemos dizer que há uma limitação ao “fator dogma” presente nas idéias de Kelsen, dado que a *regra de reconhecimento* aqui presente permite que dada lei seja aceita ou não pela sociedade. E com esta aceitação, poderemos incorporar a *pretensão à moral* na concepção desta norma-origem, tornando-a um ordenamento mais justo e coerente aos olhos da sociedade. (ALEXY, 2009)

São por estes motivos que o Ministro veda a reinterpretação, ou a não-recepção da emenda nº26. Pois com esta ação, estaríamos pondo em cheque os alicerces do nosso Estado através do questionamento feito à *norma fundamental* que deu origem à nova ordem constitucional.

2.9 Votos: Ellen Gracie e Marco Aurélio

Em seu voto, a Ministra Ellen Gracie corrobora todos os argumentos dados pelo Relator Eros Grau. Ela nos diz que não há como não recepcionar a lei da anistia na nova ordem constitucional, pois isto iria ferir aqueles que já foram beneficiados por ela. Também iria repercutir no âmbito de outras leis anteriores à 1988, fazendo com que elas perdessem a validade diante deste fato.

Com isto, e seguindo a fundamentação dada pela Relator Eros Grau, a Ministra Ellen Gracia julga improcedente a *ação de descumprimento de preceito fundamental nº 153*. (BRASIL, p 151 - 153)

Marco Aurélio, assim como a Ministra Ellen Gracie, acompanhou o Relator do julgamento no fundamentos sobre a matéria. Em seu voto, vemos que o importante para o Ministro, é o aspecto abrangente da lei da anistia. Esta, historicamente falando, sempre foi promulgada para servir como um perdão maior a todos os envolvidos nos acontecimentos da época de sua propositura. E para que tal seja entendida, deve-se fazer um retrospecto histórico, no moldes do Relator Eros Grau. Somente assim poderemos vir a entender o real aspecto da anistia, que se deu como forma a apaziguar as tensões oriundas dos conflitos daqueles anos. Sendo assim, não podemos olhar para a anistia com a época presente em mente, caso contrário, estaríamos incorrendo em uma mal interpretação desta lei da anistia.

Sendo assim, e seguindo o Relator Eros Grau, o Ministro Marco Aurélio julga improcedente a *ação de descumprimento de preceito fundamental nº 153*. (BRASIL, 2010, p 154 - 157)

2.9.1 Análise dos votos de Ellen Gracie e Marco Aurélio

Nos votos destes Ministros, vemos que não há muito a ser comentado pelo fato de estarem apenas reafirmando aquilo que já foi dito pelo Relator. Cabe ressaltar, porém, que ambos fazem menção à “contaminação” do ordenamento jurídico. Ellen Gracie vê isto acontecendo com a não-recepção da anistia pela Constituição, pois com isto, a *pretensão à correção* das leis anteriores à Carta

Magna ficaria prejudicada. Já Marco Aurélio vê isto acontecendo por meio da não observância da *ponderação* na análise da letra da lei, acarretando em uma interpretação equivocada desta podendo vir a ferir a *segurança jurídica* daqueles envolvidos na benesse da lei.

Não iremos nos prolongar nestes votos, pois estes temas já foram amplamente discutidos em argumentos anteriores, principalmente no voto do Ministro Relator. Com isto, constatamos que a *ação de descumprimento de preceito fundamental nº153* foi julgada improcedente pela Suprema Corte, vindo a ser mantida a interpretação e aplicabilidade originária da lei da anistia.

CONCLUSÃO

No presente estudo, vimos a relação que a moral pode vir a ter com o Direito. Esta relação de proximidade se dá para que um contexto de “extrema injustiça” seja sanado ou evitado, resguardando o ordenamento jurídico. Através de uma observação mais minuciosa de elementos do Direito como a *segurança jurídica* e a *pretensão à correção*, vimos que estes são essenciais no momento de estabelecer uma norma que venha a ser considerada como sendo justa ou injusta.

No primeiro capítulo, vimos a relação de vinculação do Direito com a moral na forma teórica. Nesta parte da pesquisa, observamos que a “extrema injustiça” é caracterizada pela inobservância de preceitos morais no ordenamento jurídico, mais precisamente nos elementos da *segurança jurídica* e da *pretensão à correção*. Com relação à primeira, vimos que esta é a saída encontrada para fugirmos da incidência da fórmula de Radbruch em um ordenamento jurídico, desde que existam preceitos morais inerentes à existência desta *segurança*. Por outro lado, de forma mais elaborada, vimos como a *pretensão à correção* é um fator determinante no momento de dar validade para um sistema jurídico. Um sistema que não tenha uma *pretensão* válida, não pode ser considerado um ordenamento jurídico pois esta não terá o caráter corretivo que é inerente ao Direito. Por outro lado, se houver uma *pretensão* mas esta não for eficaz perante a sociedade, o ordenamento continuará sendo válido mas sua finalidade estará fatalmente corrompida. Portanto, para que a “extrema injustiça” seja evitada, a *pretensão à correção* deve ter um cunho moral, para que seja observada e levada em conta pela sociedade. Ou seja, para que a *pretensão à correção* seja eficaz, esta deve conter igualmente uma *pretensão à moral*.

Em seguida, vimos que o magistrado ao interpretar o texto da lei, deve atentar para o aspecto corretivo dela. A incidência da “extrema injustiça” neste caso pode ser sanado mediante a interpretação de dita norma por parte do magistrado, porém, esta interpretação deve ter também um cunho subjetivo. Esta *ponderação* feita por parte do juiz, é realizada mediante a observação de certos princípios que são

inerentes ao ser humano, tais como a liberdade e a igualdade. Ou seja, nos casos em que o juiz se depare com normas duvidosas ou de difícil compreensão, a possível incongruência será definitivamente sanada com a observância de preceitos subjetivos por parte do magistrado. O que nos leva a afirmar que a interpretação do juiz, por meio da *ponderação*, é uma forma de aplicar corretamente a *pretensão à moral*, pois uma interpretação normativa que não seja observada e respeitada pela sociedade, não dá força ao Direito. A moral, portanto, é o elemento que confere mais abrangência ao direito neste momento, ensejando leis mais claras e precisas em sua aplicação.

Na última parte do primeiro capítulo, discutimos sobre o elemento da validade do Direito. Estes foram divididos em três: as validades Jurídica, Sociológica e Ética. A sociológica é aquela que nos mostra a incidência no ordenamento perante a sociedade, já a ética diz respeito à moralidade deste para com a sua aplicação. Porém, para que possamos dar validade ética ao Direito, devemos inseri-la no âmbito da validade jurídica, da mesma forma que a *pretensão à correção* tem preceitos morais embutidos nela. Para definirmos melhor a validade jurídica, nos remetemos aos seus primórdios, à criação do ordenamento como um todo. Então, para que pudéssemos definir melhor a validade jurídica, passamos a mirar a norma fundamental

Vimos que a norma fundamental tem três concepções distintas segundo Alexy: a Analítica, Normativa e Empírica. Cada uma destas nos remetendo a Kelsen, Kant e Hart respectivamente. Com relação à Analítica, podemos concluir que esta é fechada, em sua concepção, a preceitos que sejam subjetivos. Ela trata o Direito como um “dogma”, não sendo receptivo a questionamentos quanto ao seu conteúdo. E este fato, do ponto de vista da “extrema injustiça”, é uma fragilidade que põe em risco todo o ordenamento, pois caso uma norma injusta seja inserida no ordenamento esta não poderá ser questionada. Para que pudéssemos conceber uma norma fundamental que fosse mais flexível e, portanto, menos susceptível de assimilar uma eventual injustiça, buscamos uma forma de concebê-la com a incidência da *pretensão à correção*. Para que isto ocorra, devemos observar a incidência do *argumento dos princípios* sobre ela, ou seja: para que esta concepção da norma fundamental tenha um cunho moral, os magistrados devem poder fazer uso da *ponderação* no advento do sistema jurídico que é seguido por esta norma-

origem. Já a análise normativa, diz respeito à fonte que dá poderes ao Direito, a instituição que originariamente outorgou estes poderes ao Estado: a sociedade por meio do poder Legislativo. Juntando estas duas análises, vimos que pra dar validade a um Direito que seja moralmente coercitivo também, uma regressão aos primórdios do Estado não se faz necessária, mas devemos sim nos remeter à origem do ordenamento, vindo a inserir estes preceitos morais onde tudo começou. Estas análises em conjunto com a concepção de Hart, nos leva a um Direito moralmente válido desde seu início e que por sua vez, é praticado reiteradamente pela sociedade devido à regra de reconhecimento proposta por Hart.

Ao finalizarmos o primeiro capítulo, percebemos que a relação existente entre o Direito e a moral, é bem próxima. Este vínculo existente entre os dois é que dá forças ao ordenamento para que suas normas tenham efeitos válidos e respeitados pela sociedade. Ou seja: a *pretensão à moral* é indispensável para que tenhamos um ordenamento justo e protegido contra regimes autoritários e predatórios.

No segundo capítulo, vimos a praticidade destas idéias no âmbito jurídico. Através da análise feita ao julgamento da ADPF nº153, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, vimos que os Ministros fazem uso destas idéias que já foram analisadas no início do trabalho. Percebemos que os argumentos apresentados por eles na resolução interpretativa da lei nos remetem às idéias iniciais desta pesquisa. Ao resolverem a controvérsia interpretativa na lei, remeteram-se aos conceitos vistos no tocante ao *argumento dos princípios*, mais precisamente a *ponderação*, ou seja: para que o problema interpretativo decorrente de lei omissa ou ambígua fosse sanado, constatamos a incidência de preceitos subjetivos em seus votos. Estes preceitos se deram principalmente para que fosse ilustrado o contexto por trás da criação da lei da anistia, para que fosse mostrada a justificativa moral existente para sua propositura na época. Da mesma forma, ao analisarmos o aspecto bilateral da lei, vimos que a sua eficácia dependia da validade ética, que está vinculada à validade jurídica. Contextualizando melhor, para alguns Ministros, somente ao termos uma *pretensão à moral* vista pela sociedade, é que poderíamos dar à lei da anistia uma validade jurídica. Constatamos também a negação das validades ética e jurídica, caso o pedido da arguente fosse acatado, pois uma vez interpretada da forma que a OAB queria, a *pretensão à correção* e à *moral* perderia a força já que aqueles crimes que foram cometidos já estariam prescritos.

A partir dos votos, constatamos também o uso das noções repassadas no tocante à norma fundamental. Ao discutir sobre a recepção ou validade da emenda constitucional nº26, podemos observar como os Ministros se fizeram valer das três análises propostas por Alexy sobre o tema. As concepções Analítica, Empírica e Normativa se deram em momentos distintos do julgamento, salvo em um voto que veio a assimilar as três análises, mas estas sempre estiveram presentes no mérito dos votos como forma de proteger e resguardar a Constituição Federal de injustiças. Esta proteção é importante, pois eventuais injustiças poderiam ser cometidas no advento de uma interpretação errônea da lei da anistia, acarretando um possível colapso do ordenamento mediante esta “contaminação”.

Por fim, há um aspecto importante a ser mencionado. Alexy (2009) nos traz algumas idéias a respeito da conexão entre o ordenamento e a moral que são importantes neste momento. Esta noção é dividida em duas: *conexões classificadoras* e *conexões qualificadoras*. Estas conexões dizem respeito às normas ou sistemas que não são vistos como moralmente corretos; em outras palavras, nos remetem à idéia de não serem normas moralmente satisfatórias. Uma *conexão classificadora* ocorre quando esta insatisfação não permite que dita norma seja considerada como pertencente ao ordenamento jurídico. Portanto, além de ter um defeito moral, a norma não é considerada de Direito. Já com relação à *conexão qualificadora*, esta ocorre quando a insatisfação não enseja uma desconsideração da vigência de dita norma, esta continua a estar inserida no âmbito jurídico, apesar de carecer de elementos morais.

Ao termos estas noções em mente, podemos tirar algumas conclusões relacionadas com as decisões proferidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Vimos que, ao conferirem estes improcedência à ação da OAB, os Ministros argumentaram, através da *pretensão à correção* e as validades jurídica e ética, que apesar da lei da anistia não satisfazer completamente a critérios morais, esta deve ser considerada como parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro por satisfazer os elementos que são inerentes a um sistema justo, dado que a alegada imoralidade não chega a ultrapassar o limiar da injustiça. Portanto, para o Relator Eros Grau, e Ministros Carmen Lucia, Celso de Mello, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Marco Aurélio, o que ocorre com a lei da anistia é uma *conexão qualificadora*. Pois apesar de ser considerada uma lei imoral e injusta, a lei da anistia

satisfaz os critérios jurídicos necessários para que esta possa constituir parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, os Ministros que deram parcial procedência à ADPF, nos remetem a outros argumentos. Para eles, além desta lei não satisfazer o critério moral, ela tampouco satisfaz os critérios necessários para que constitua efetivamente parte do ordenamento. Foi argumentado, na ocasião, que, para que a lei seja devidamente integrada à ordem constitucional vigente, esta deveria ser reinterpretada. Esta reinterpretação seria necessária para se detectar se o ato cometido realmente teve cunho político ou não. Sendo assim, aqueles que tiverem cometido crimes hediondos estariam fora do âmbito da lei da anistia. Como podemos ver, a incidência aqui é de uma *conexão classificadora*, pois além de não satisfazer a critérios morais, a necessidade de reinterpretá-la nos mostra que sua atual vigência carece de elementos que fazem dela originalmente uma parte integrante do ordenamento jurídico presente. Portanto, para os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, a lei da anistia como é vista hoje não está inserida na ordem jurídica, caracterizando assim, uma *conexão classificadora*.

Ante todo o exposto, vimos como a aplicação de um Direito ligado à moral age no sentido não só de um melhor funcionamento harmônico do sistema jurídico em si, como lhe confere maior eficácia e legitimidade. O uso de elementos subjetivos interligados à ordem jurídica faz com que sua atuação seja mais abrangente para que casos obscuros, ou de difícil compreensão, possam ser solucionados de uma forma melhor. A análise da lei fazendo uso destes preceitos resguarda toda a sociedade de injustiças gritantes, pois o magistrado irá sempre considerar a moral ao analisar os casos concretos, não permitindo que uma lei extremamente injusta seja incorporada ao ordenamento. Quando a lei for injusta mas fazendo parte da ordem jurídica, isto significa que o limiar da injustiça não foi ultrapassado, o que nos leva a acreditar que a integridade do ordenamento não está em cheque com a vigência desta. Outrossim, constatamos que a moral é imprescindível para a eficiência do Direito como regulador social, dado que teremos um Direito mais abrangente com a inclusão da moral, propiciando um universo mais amplo de situações passíveis de serem realisticamente abarcadas pelo sistema jurídico vigente.

REFERÊNCIAS

ALCHOURRON, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las Ciências Jurídicas**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. São Paulo: Editora Landy, 2002

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora UnB, 1995

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

BRASIL. *Lei nº 6683 de 28 de agosto de 1979*. Concede anistia e dá outras providências. Brasília, 1979. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 153. Arguente: Ordem dos Advogados do Brasil. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Eros Grau. 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>

BULYGIN, Eugenio. **Alexy between Positivism and Non-Positivism**. 1ST CONFERENCE ON PHILOSOPHY AND LAW NEUTRALITY AND THEORY OF LAW. Disponível em: <http://www.trife.gob.mx/ccje/Archivos/eugenio_bulygin.pdf>

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SIMON, Henrique. **Direito, Hermenêutica e Filosofia da Linguagem.** Belo Horizonte: Argumentvm, 2006