

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

João Vítor Nascimento Martins

JURIDICIDADE E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Belo Horizonte
2013

João Vítor Nascimento Martins

JURIDICIDADE E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade.

Projeto estruturante: Juridicidade, Fundamentação e Discursividade.

Orientador: Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante.

Belo Horizonte
2013

João Vítor Nascimento Martins

JURIDICIDADE E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora.

Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (Orientador) – UFMG

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira – UFMG

Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri – UFPR

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes – UFMG

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2013.

Para Jana, com todo o meu amor.
Para a minha família, principal responsável por este trabalho.
Para o Professor Thomas Bustamante, exemplo de dedicação ao magistério e à
teoria do direito.
Para todos aqueles que foram privados dos seus direitos por regimes de exceção.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, devo agradecer àqueles que me permitiram ter acesso a uma educação de suficiente qualidade para construir esta pesquisa: os meus pais.

Agradeço ao Professor Thomas Bustamante, pela acolhida, responsabilidade, empenho e constante instigação no decorrer da orientação desta pesquisa. A minha curiosidade pela teoria do direito e pelo direito constitucional são, com certeza, muito mais profundos após este período.

Agradeço ainda à CAPES, pelo financiamento desta pesquisa e ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, seus professores e servidores, por me fornecerem a estrutura e o conteúdo necessário para a consecução do trabalho.

Tenho de agradecer também ao curso de Direito da UFOP, que me concedeu a formação necessária para o ingresso no mestrado e, conseqüentemente, para realizar esta pesquisa.

Agradeço ao Professor Bruno Camilloto, pelo estímulo e pelos debates e aos Professores Marcelo Cattoni e Vera Karam, por aceitarem o convite para avaliar os resultados deste trabalho.

Agradeço à minha irmã e aos meus amigos, pela paciência e companheirismo.

Por fim, agradeço a Jana, pelo apoio incondicional e incentivo constante, imprescindíveis para que esta pesquisa fosse realizada.

O que quer que tenha acontecido na história, não se limitou a acontecer; anulou a ocorrência de outros passados (e, por consequência, de outros presentes). Por este motivo, os problemas do presente devem ser vistos como provenientes da supressão de passados outros. Da mesma forma, os confrontos entre factos e não-factos não podem ser resolvidos "factualmente": o debate sobre factos e não-factos é, no fundo, um debate sobre justiça e injustiça históricas.

Boaventura de Sousa Santos

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo determinar, dentre as concepções de juridicidade que, de sobremaneira, fomentam o debate da teoria do direito contemporânea, aquela que melhor se adequa aos anseios da Justiça de Transição – ou das Justiças de Transições –, concedendo-lhe a necessária fundamentação jurídica, bem como garantindo que as suas diretrizes sejam devidamente alcançadas.

Neste íterim, a pesquisa se justifica pela flagrante necessidade de fundamentação jurídica e afirmação da Justiça de Transição enquanto instrumento jurídico-político indispensável para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Necessidade esta observada, por exemplo, diante da imensa contradição entre o julgamento da ADPF 153 pelo STF e o julgamento do caso *Gomes Lund* pela Corte Interamericana de Direito Humanos.

Para dar corpo a este trabalho, esta pesquisa, inicialmente, voltou a sua atenção para a proposição de um debate acerca da necessidade de demonstração da existência de diferentes concepções de juridicidade em detrimento da existência de conceitos metafísicos acabados do direito. E, posteriormente, se dedicou a analisar, dentro da já construída perspectiva das concepções de juridicidade, as teorias positivistas e as teorias não positivistas contemporâneas do direito.

Por fim, a pesquisa voltou a sua atenção à contextualização teórica e prática da Justiça de Transição contemporânea, delineando os seus principais anseios e buscando fundamentá-los à luz da concepção de juridicidade que se entendeu ser a mais adequada.

Palavras chave: Justiça de Transição. Juridicidade. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This research aims to determine which conception of legality, amongst the different varieties available in contemporary legal theory, best suits the aims of Transitional Justice – or the different sorts of ‘Transitional Justices’ – with a view to provide the legal basis for ensuring that their chief objectives are properly achieved.

Meanwhile, the research is justified by blatant the need for legal justification for decisions concerning ‘transitional justice’ and for its understanding as a legally and politically indispensable instrument for the consolidation of the democratic rule of law. This need may be exemplified, in fact, by the serious contradiction between the decision of the ADPF number 153 by the *Supremo Tribunal Federal* and the holding of the case *Gomes Lund*, by the Inter-American Court of Human Rights.

To give substance to this work, this research initially turned its attention to a debate concerning the need to ground the premise of the existence of different conceptions of legality, rather than metaphysical concepts of law. Subsequently, on the basis of such understanding, this dissertation devoted itself to analyze and compare, from within this methodological perspective about the dominant conceptions of legality, the positivist and non-positivist contemporary theories of law.

Finally, the research turns its attention to the theoretical context and the practice of contemporary Transitional Justice, delineating their main concerns and seeking to substantiate them in light of the conception of legality that has been considered the most appropriate.

Keywords: Transitional Justice. Legality. Rule of Law

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C. – antes de Cristo

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Ato Institucional

ARENA – Aliança Renovadora Nacional

BGH – *Bundesgerichtshof*

CEMDP – Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos

CFOAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil

CNV – Comissão Nacional da Verdade

CONADEP – Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas

CORTE IDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos

CR/88 – Constituição da República de 1988

DOI/CODI – Destacamento de Operações de Informações/Centro de Operações de Defesa Interna

DOPS – Departamentos de Ordem Política e Social

EC – Emenda Constitucional

FAFICH – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas

FIFA – *Fédération Internationale de Football Association*

GLOP – *general logic of planning argument*

ICTJ – *International Center for Transitional Justice*

MDB – Movimento Democrático Brasileiro

MR-8 – Movimento Revolucionário 08 de Outubro

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

PCB – Partido Comunista Brasileiro

PCdoB – Partido Comunista do Brasil

PRN – Processo de Reorganização Nacional

RDA – República Democrática Alemã

SLOP – *simple logic of planning*

SNI – Serviço Nacional de Informações

STF – Supremo Tribunal Federal

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

UNE – União Nacional dos Estudantes

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

VPR – Vanguarda Popular Revolucionária

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 O DEBATE ENTRE HART E DWORKIN E AS DIFERENTES CONCEPÇÕES DE JURIDICIDADE.....	17
2.1 A metodologia do positivismo analítico (descritivo) hartiano.....	17
2.2 As críticas de Dworkin à metodologia do positivismo hartiano – O Império do Direito.....	21
2.3 A defesa do positivismo jurídico no posfácio à obra O Conceito de Direito.....	27
2.4 As novas críticas de Dworkin em A Justiça de Toga e a tese das concepções de juridicidade.....	30
2.5 O positivismo normativo como uma concepção positivista de juridicidade.....	33
2.6 A teoria do direito a partir das concepções de juridicidade.....	38
3 CONCEPÇÕES POSITIVISTAS DE JURIDICIDADE.....	43
3.1 Uma releitura do positivismo jurídico como uma concepção de juridicidade.....	43
3.1.1 <i>Uma releitura do positivismo jurídico exclusivo como uma concepção de juridicidade.....</i>	<i>45</i>
3.1.2 <i>Uma releitura do positivismo jurídico inclusivo como uma concepção de juridicidade.....</i>	<i>56</i>
3.2 A prática jurídica em situações limite sob a perspectiva positivista.....	59
3.3 Análise das concepções positivistas de juridicidade e de sua aplicação....	69
4 CONCEPÇÕES NÃO POSITIVISTAS DE JURIDICIDADE.....	71
4.1 O não positivismo como uma concepção de juridicidade.....	71
4.2 A concepção dworkiniana de juridicidade e a sua aplicação em situações limites.....	72
4.3 A concepção alexyana de juridicidade e a sua aplicação em situações limites.....	82
4.4 Análise das concepções não positivistas de juridicidade e de sua aplicação.....	94
5 CONTEXTUALIZANDO A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO.....	96
5.1 Justiça de Transição: uma ideia inicial.....	96
5.2 A justiça de transição na América Latina	109
5.2.1 <i>A justiça de transição argentina.....</i>	<i>110</i>
5.2.2 <i>A justiça de transição chilena.....</i>	<i>112</i>
5.3 O caso brasileiro: a ADPF 153 e o caso Gomes Lund.....	115
5.3.1 <i>A apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 pelo STF.....</i>	<i>124</i>
5.3.2 <i>A apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 pelo STF.....</i>	<i>137</i>
6 JURIDICIDADE E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO.....	146
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	160

REFERÊNCIAS.....	163
------------------	-----

1 INTRODUÇÃO

Vive-se, no início desta segunda década do século XXI, uma enorme profusão de movimentos sociais descentralizados de combate a governos autoritários e, sobretudo, a desgovernos provocados pela ingerência dos interesses econômicos nas políticas sociais dos países desenvolvidos.

No Oriente Médio e no norte da África, a Primavera Árabe surgiu com a eclosão de dezenas de movimentos populares que visaram à derrocada de ditaduras que se mantinham no poder há décadas. O movimento, que se iniciou no final de dezembro de 2010, na Tunísia, se alastrou por Egito, Líbia, Síria, Iêmen, dentre diversos outros países da região. Esses movimentos sociais demonstraram, sobretudo, a contemporaneidade dos movimentos em prol da democracia, bem como a existência, ainda hoje, de governos que se sustentam autoritariamente.

Na Europa, o povo tomou as ruas da Grécia, da Espanha e de Portugal, em protesto contra as políticas de austeridade fiscal que sucatearam o funcionalismo público e os programas de assistência social e previdenciária do Estado, em prol da defesa da economia da dita zona do euro.

Na mesma onda revolucionária, nos Estados Unidos, através do movimento *Occupy Wall Street*, iniciado em 17 de setembro de 2011, a população demonstrou a sua indignação em relação à indevida ingerência do poder financeiro sobre as políticas públicas. O principal retrato do movimento foi a ocupação dos espaços públicos pela população, fazendo uma analogia ao poder do povo contra a usurpação do domínio público por interesses privados de uma minoria.

No ano de 2013, essa onda de protestos ganhou terreno também no Brasil. Diante da realização de eventos que mereceram grande dispêndio de dinheiro público, como a Copa das Confederações e a Copa do Mundo, e o investimento público em estádios e infraestrutura para receber turistas estrangeiros, a população ganhou as ruas, requerendo a devida destinação do dinheiro público, bem como maiores investimentos em educação e saúde.

As manifestações, que ganharam desde as grandes capitais até cidades interioranas, tomaram ainda maior expressão com a postura da força policial do Estado diante das imposições da “Lei da Copa” – Lei n. 12.663/2012 – que

estabeleceu verdadeiros espaços de exceção, sob “jurisdição da FIFA” nas cidades sede dos eventos.

Essa força policial, entretanto, ao contrário do que é fartamente noticiado, não é nenhuma novidade no Brasil. O relatório especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias da Organização das Nações Unidas (ONU)¹, formulado após missão da ONU no Brasil, entre 7 e 14 de novembro de 2007, constatou que “já há algum tempo, entre 45 mil e 48 mil homicídios são cometidos por ano no Brasil.” (ONU, 2008, p. 02). O relatório ainda ressaltou que:

Na maioria dos casos, assassinatos cometidos por policiais em serviço são registrados como “atos de resistência” ou casos de “resistência seguida de morte”. Em 2007, no Rio de Janeiro, a polícia registrou 1.330 mortes por atos de resistência. Isto corresponde a 18 % do total de assassinatos no Rio de Janeiro. Em tese, essas são casos em que a polícia teve de usar a força necessária e proporcional à resistência daquele que os agentes da lei desconfiavam ser criminosos. Na prática, o quadro é radicalmente diferente. (ONU, 2008, p. 02-03).

O fato é que, apesar de o Brasil ter passado por um processo parcial e inacabado de justiça de transição (na verdade, o Brasil ainda está passando por um processo de justiça de transição), tendo afastado o governo militar e superado os governos ditatoriais, muitas das instituições e considerável fatia da estrutura ainda são aquelas impostas pela ditadura militar. Este fato pode ser facilmente verificado caso se observe a legislação que estrutura a administração pública, que ainda gravita ao redor do Decreto-lei 200 de 1967.

Esse resquício da ditadura, entretanto, é ainda mais flagrantemente observado no âmbito da polícia. A legislação que organiza a matéria também gravita ao redor de um decreto imposto pelo governo ditatorial – no caso o DECRETO-LEI Nº 667, DE 2 DE JULHO DE 1969, outorgado pelo Ditador Costa e Silva, sob o pálio do Ato Institucional n. 05.

A existência dessa legislação defasada demonstra a despreocupação do Estado para com a devida superação das instituições antidemocráticas. Inobstante, demonstra ainda que todo o movimento em prol da democracia das décadas de 1960 a 1980 foi incorporado pelo Estado apenas parcialmente. O reflexo dessa despreocupação do Estado é a perpetuação de uma cultura de violência policial e

¹ Organização das Nações Unidas – ONU. **Relatório do relator especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, Philip Alston**. 2008. Disponível em: www.nevusp.org/downloads/relatoriophilip.doc. Acesso em 10 de julho de 2013.

total desrespeito aos direitos humanos. A polícia que nas décadas de 1960 e 1970 distribuía violência contra a oposição é exatamente a mesma que hoje distribui violência nas favelas e subúrbios.

O alvo, ou o inimigo, mudou, mas a polícia não. Para se ter ideia, em um período de 7 anos, as polícias militares dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro mataram, em conjunto, mais de 11.000 pessoas, conforme apurou a organização *Human Rights Watch*². Essa violência e a sua quase total impunidade constituem um perigoso obstáculo à consolidação da democracia.

Todo esse quadro relatado deixa patentes dois fatos: a necessidade do alavancamento do processo de justiça de transição no Brasil e, para tanto, um aprofundamento do estudo e fundamentação deste instituto denominado justiça de transição. Um verdadeiro processo de justiça de transição, preocupado com a reforma das instituições; a preservação da memória e a busca pela verdade; a estipulação de reparações para as vítimas do Estado totalitário, bem como para os seus familiares e para a sociedade enquanto um todo; e com uma justiça eficaz, traz como benefícios não somente a alteração do governo da ditadura para a democracia, mas se faz refletir em todos os âmbitos da sociedade, no combate à tortura, na luta pelo respeito aos direitos humanos, no fortalecimento das instituições democráticas e na transparência governamental.

Nesse sentido, tendo em vista o atual estágio da justiça transicional brasileira – após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 (ADPF 153) pelo Supremo Tribunal Federal em 2010, a apreciação do caso *Gomes Lund* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no mesmo ano, bem como a promulgação da Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade – e mesmo mundial – levando-se em consideração também os fatos trazidos no início desta introdução –, mostra-se de extrema relevância um aprofundamento dos estudos e dos debates no âmbito da justiça de transição e a busca por sua devida fundamentação no seio da teoria do direito, de forma a lhe garantir a legitimidade.

Nesse íterim, o presente trabalho objetivou buscar, no âmbito da teoria do direito, a concepção de juridicidade adequada à necessária fundamentação e

² Human Rights Watch. **Força letal: violência policial e segurança pública no Rio de Janeiro e em São Paulo**. 2009. Disponível em: <http://www.hrw.org/node/87056>. Acesso em 10 de julho de 2013.

legitimação da justiça de transição, levantando a hipótese de que essa fundamentação seria adequada se realizada por meio de uma concepção não positivista de juridicidade, sobretudo aquela defendida por Robert Alexy. Para tanto, no primeiro capítulo, foi promovido um profundo estudo que procura sustentar um dos pilares deste trabalho: a existência de diferentes concepções de juridicidade, em detrimento a conceitos acabados e metafísicos do que venha a ser o direito.

Sustentada a tese da existência de diversas concepções de juridicidade, que dão azo às diferentes interpretações jurídicas, o capítulo segundo se dedicou à análise e ao aprofundamento das concepções positivistas de juridicidade e à sua aplicação em casos limites, assim conceituados aqueles que se ambientam em ocasiões de transição política.

No decorrer do terceiro capítulo, foi possível um aprofundamento da análise das concepções não positivistas de juridicidade e a sua aplicação em casos limite reais.

Analisadas as concepções positivistas e não positivistas de juridicidade, o quarto capítulo se dedicou à contextualização da justiça de transição. Nesse capítulo foi possível não somente reconstruir a evolução histórica e teórica da justiça de transição, como também analisar o seu desenvolvimento em países da América do Sul, com destaque especial para o Brasil. Nessa oportunidade, foram analisados os julgamentos da ADPF 153 pelo STF e do caso *Gomes Lund* pela Corte Interamericana de Direito Humanos.

Por fim, no capítulo quinto, foram analisadas, em conjunto, as possibilidades e consequências da fundamentação da justiça de transição por meio de concepções positivistas de juridicidade e por meio de concepções não positivistas de juridicidade. Contrapostas as duas hipóteses levantadas, chegou-se à conclusão de que somente uma concepção não positivista de juridicidade é viável para fundamentar e tornar efetivos os anseios da justiça de transição.

A justiça de transição, portanto, vive um momento importante, porém crítico. Ela deve ser aplicada, de forma a garantir a consolidação do Estado Democrático de Direito, em estados ainda submetidos às nefastas influências dos governos autoritários. Para que essa aplicação seja concisa e, de fato, efetiva, este recente ramo do direito – a justiça de transição – reclama uma fundamentação jurídica, sob pena de ser achincalhada e relegada a mero anseio político revanchista. A sua

fundamentação e legitimação jurídica deve se dar por meio de uma concepção de direito que se adeque aos seus anseios, sem, no entanto, perder o caráter de teoria jurídica. No decorrer deste trabalho se verá, por conseguinte, uma tentativa de construção desta devida fundamentação jurídica da justiça de transição.

2 O DEBATE ENTRE HART E DWORKIN E AS DIFERENTES CONCEPÇÕES DE JURIDICIDADE

Que tipo de sentença (perguntei-me) construirá uma mente absoluta? Considerei que mesmo nas linguagens humanas não existe proposição que não envolva o universo inteiro (...) (BORGES, 1995, p. 89).

2.1 A metodologia do positivismo analítico (descritivo) hartiano

Herbert Hart deu início a uma nova tradição jurídica com o lançamento de sua obra *O conceito de direito*. Apesar de trilhar a mesma corrente jurídica do seu antecessor John Austin – o positivismo analítico (ou descritivo) –, Hart adaptou o direito a uma sociedade moderna e complexa, concedendo-lhe a estrutura básica de todos os sistemas jurídicos contemporâneos. Anteriormente a Hart, a teoria do direito encontrava-se calcada inicialmente no positivismo imperativista de Jeremy Bentham, segundo o qual o conteúdo do direito seria definido conforme a vontade do soberano. Essa corrente positivista se fundava, sobretudo, no utilitarismo, ou seja, na busca por um sistema jurídico que fosse o mais adequado para proporcionar a maior satisfação para o maior número possível de indivíduos (NINO, 2010, p. 32).

Austin, apesar de ser seu discípulo, abandonou a perspectiva normativa de teoria do direito adotada por Bentham (POSTEMA, 1986, p. 21). A teoria normativa do direito de Bentham sofria forte influência do seu utilitarismo reformista³, o que a conduzia a ser uma teoria que buscava não apenas descrever o direito tal como ele é, senão também, em certa medida, construir uma teoria normativa que ele denominava de "teoria da legislação", cuja proposta era também indicar como o *direito deve ser* para obter o maior grau de satisfação para o maior número de pessoas (BENTHAM, 1971, p. 87). Austin abandona esse caráter normativo da teoria do direito para fundar a teoria analítica do direito. Trata-se do nascimento da tradição do positivismo descritivo, segundo a qual o direito deve ser puramente descrito enquanto fato social. Essa tradição do positivismo descritivo se contenta em descrever, analiticamente, o que o *direito é*. Em sua concepção, "a matéria da teoria do direito é o direito positivo: o direito, assim denominado de forma simples e estrita: ou o direito estabelecido por um superior político para os seus subordinados"

³ É importante frisar, contudo, que se vê também em Austin a influência de algum utilitarismo. Sem embargo, diferentemente de Bentham, trata-se de um utilitarismo mais conservador e menos reformista. Sobre o tema, ver: SCHOFIELD, Phillip. Jeremy Bentham and nineteenth-century English jurisprudence, *The Journal of Legal History*, 12:1, 58 — 88, 1991.

(AUSTIN, 1832, p. 01)⁴. O conhecimento do direito, portanto, é uma atividade empírica puramente descritiva, prescindindo de qualquer valoração subjetiva ou qualquer pretensão política.

Hart, apesar de manter-se fiel à tradição do positivismo descritivo, concentra-se no direito aplicável a sistemas jurídicos complexos, onde vigora uma multiplicidade de normas secundárias que tornam inexata a descrição apresentada por Austin do sistema jurídico como apenas um conjunto de normas de conduta impostas coercitivamente por um soberano. Segundo Hart (HART, 1994, p. 91), a teoria do direito até então concebida seria aplicável somente a sistemas jurídicos primitivos, já que previa somente regras voltadas para o comportamento dos indivíduos – regras primárias que estipulavam sanções para o caso do seu descumprimento. A complexa sociedade moderna carecia de sistemas jurídicos complexos, que apresentassem também normas secundárias, que se referissem não mais ao comportamento dos indivíduos, mas à forma de criação, legitimação, alteração e aplicação daquelas regras primárias (HART, 1994, p. 92).

Além da concepção de um sistema jurídico complexo, adequado às sociedades modernas, Hart, assim como Kelsen, procurou especificar uma regra-mestra que constituísse o fundamento da validade jurídico-positiva do sistema jurídico. De acordo com Hart (HART, 1994, p. 117), a validade do sistema jurídico seria determinada através da regra última de reconhecimento, que é o critério soberano de pertinência das normas a um sistema jurídico. Trata-se de uma convenção, um fato social derivado de um consenso. Os participantes de um determinado ordenamento jurídico – aqueles que criam, alteram e aplicam as suas normas – aceitam, portanto, a existência dessa convenção tácita, ou seja, da regra última de reconhecimento, que confere ao sistema jurídico a legitimação necessária para se manter válido e eficaz no período de sua vigência.

Segundo Hart:

A regra de reconhecimento apenas existe como uma política complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato (HART, 1994, p. 121).

⁴ Tradução nossa do original em inglês: “The matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors”.

A teoria em si do jurista inglês, entretanto, não é o objeto desta pesquisa, mas sim a metodologia utilizada por ele para desenvolver uma teoria jurídica. Herbert Hart informa, logo ao início da obra *O conceito de direito*, que pretende formular uma teoria descritiva geral e neutra. Conforme o próprio autor reafirma posteriormente no posfácio à obra:⁵

O meu objetivo neste livro foi o de fornecer uma teoria sobre o que é o direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva. *Geral*, no sentido de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídicos concretos, mas procura dar um relato explicativo e classificador do direito como instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras (e, nesse sentido, “normativa”). Esta instituição, a despeito de muitas variações em diferentes culturas e em diferentes tempos, tomou a mesma forma e estrutura gerais, embora se tenham acumulado à volta dela numerosos mal-entendidos e mitos obscurecedores que apelam à clarificação. O ponto de partida para esta tarefa de clarificação é o conhecimento comum e difundido dos aspectos salientes de um moderno sistema jurídico interno que, na página 7 deste livro, atribuo a qualquer homem educado. O meu relato é descritivo na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito, embora uma compreensão clara destas constitua, penso eu, um ponto preliminar importante, relativamente a qualquer crítica moral do direito que seja útil (HART, 1994, p. 300-301).

Conforme propõe Hart, então, sua teoria seria geral e descritiva, livre de qualquer concepção moral e independente de um sistema jurídico específico (HART, 1994, p. 301). A pretensão de Hart, nesse sentido, se amolda a uma pretensão de formular uma teoria *geral* do direito, no sentido de Kelsen, que via sua teoria como capaz de “descrever de modo tão exato como possível o seu próprio Direito” (KELSEN, 1998, p. xxviii). Essa teoria seria, então, meramente descritiva (ou analítica), no sentido em que não pressupõe nenhuma intenção do seu autor em declarar o que deve ser o direito, mas tão somente em descrever o direito como um fato social observável. Trata-se de uma pretensão que visivelmente postula um caráter científico para a teoria do direito – pretensão própria do positivismo metodológico, como defendido, atualmente, a título de exemplo, por Kramer, em sua obra *In Defence of Legal Positivism* (KRAMER, 2003).

Com esse intento, Hart propõe a diferenciação entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo do direito (HART, 1994, p. 99). Essa distinção é importante,

⁵ O pós-escrito de Hart ao *Conceito de direito* foi encontrado por sua família em sua casa posteriormente ao seu falecimento. Joseph Raz e Penélope A. Bulloch editaram-no, tendo em vista que não estava totalmente terminado. Trata-se de um conjunto de escritos acerca das críticas impostas por Dworkin e Fuller à sua teoria positivista do direito.

dentro da perspectiva do positivismo descritivo, para destacar o papel dos participantes do direito e o papel dos teóricos do direito.

O ponto de vista interno, segundo Hart, é aquele adotado pelas pessoas que participam da criação, alteração e aplicação do direito. Trata-se da perspectiva do participante, que aceita as regras do direito vigente, em conformidade com a regra última de reconhecimento. O ponto de vista externo, por outro lado, é aquele que deve ser adotado pelo teórico do direito. Refere-se ao ponto de vista de um observador, que pode perceber a conduta de uma sociedade e analisá-la, mas que, entretanto, não participa daquele sistema jurídico, não teve que aceitá-lo nem se submeter às suas normas.

Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este fato confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os “pontos de vista” respectivamente “interno” e “externo”. As afirmações feitas do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim referir-se do exterior ao modo pelo qual *e/les* estão afetados por elas, de um ponto de vista interno. Mas sejam quais forem as regras, quer se trate de regras de jogos, como o críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista interno do grupo. Tal observador contenta-se apenas com a anotação das regularidades de comportamentos observáveis em que consiste em parte a conformidade com as regras, e das demais regularidades, na forma de reações hostis, censuras e castigos com que os desvios das regras são combatidos. Depois de algum tempo, o observador externo pode, com base nas regularidades observadas, correlacionar os desvios com as reações hostis, e estar apto a predizer com uma razoável medida de êxito e a avaliar as probabilidades com que um desvio do comportamento normal do grupo será enfrentado com uma reação hostil ou um castigo. Tal conhecimento pode não só revelar muita coisa sobre o grupo, mas ainda permitir-lhe viver com o grupo sem as consequências desagradáveis que esperariam uma pessoa que tentasse fazê-lo sem tal conhecimento (HART, 1994, p. 98-99).

A teoria do direito, na concepção positivista de Hart, deveria ser formulada por um observador, do ponto de vista externo ao direito. Esse observador poderia verificar os comportamentos dos participantes (aqueles que se situam no ponto de vista interno do direito) e, de acordo com a análise da regularidade dos comportamentos, descrever o direito enquanto um fato social observável. Segundo a auto interpretação que Hart desenvolve de sua própria teoria no posfácio à segunda edição de *O conceito de direito*, esse observador (ou teórico do direito) estaria,

então, livre de qualquer influência dos participantes do sistema jurídico e de suas prerrogativas morais: ele seria totalmente neutro.⁶

Nesse sentido, observa-se a pretensão científica de Hart, ao ambicionar uma teoria do direito que o descreva imparcialmente como fato social assim como um biólogo observa uma célula em um aparelho microscópio e a descreve. Essa pretensão hartiana se justifica a partir do momento em que se enquadra a primeira edição de *O conceito de direito* no denominado positivismo descritivo, que atribui à teoria do direito a tarefa única de descrever imparcialmente o fenômeno jurídico.

Essa metodologia proposta pelo positivismo descritivo, entretanto, foi duramente criticada em um momento posterior, sobretudo por Ronald Dworkin.

2.2 As críticas de Dworkin à metodologia do positivismo hartiano – *O Império do Direito*

Conforme enuncia Dworkin (DWORKIN, 2010a, p. 08), os positivistas descritivos, como Hart, entendem o direito como um fato social constatado empiricamente, objeto de uma análise imparcial e objetiva e não como o fruto de um debate teórico. Esses positivistas sustentam, então, teorias semânticas do direito, segundo as quais as divergências que os teóricos do direito enfrentam na busca pela determinação e conceituação do direito são tão somente verbais, ou seja, perpassam apenas pelas dificuldades de consenso acerca do significado de determinados enunciados jurídicos.

⁶ Existem interpretações da teoria do direito de Hart que divergem do entendimento aqui exposto, a exemplo do proposto por MacCormick (2008). Para este autor, a própria teoria de Hart, ao sustentar que o teórico do direito adota um ponto de vista externo, mas não extremo, implica a adoção de uma perspectiva hermenêutica para a teoria do direito. Isso porque a regra de reconhecimento só pode ser compreendida com base em uma análise da atitude crítica reflexiva dos oficiais que se situam no ponto de vista interno, pois a existência da regra de reconhecimento se identifica com a própria aceitação de um critério comum de juridicidade por esses oficiais. Outra interpretação divergente que merece destaque é aquela apontada por Stephen Perry (2008), segundo a qual Hart defendia que os teóricos do direito deveriam adotar a perspectiva de um ponto de vista interno, mas não estariam, necessariamente, no mesmo estágio que os participantes de um sistema jurídico. Os teóricos do direito deveriam adotar uma postura hermenêutica ao tentar se colocar no mesmo estado, ou sob a mesma perspectiva, dos participantes, embora se mantivessem em outra perspectiva. Assim, os teóricos do direito deveriam levar em conta o ponto de vista interno, mas não descreveriam o direito a partir dessa perspectiva. Nessa condição, os teóricos do direito poderiam formular, então, “enunciados normativos engajados” (2000, p. 155). Essa seria, segundo Perry, uma tese “internalista” ou, para melhor didática, uma tese “internalista fraca”, enquanto que, para Perry, Dworkin adotaria uma tese “internalista forte”. Uma tese “externalista” estaria, segundo Perry, ligada apenas àqueles que postulam uma perspectiva externa “extrema”, na qual são possíveis apenas observações de padrões de comportamento e, portanto, “enunciados normativos desengajados” (2000, p. 155). Esse ponto de vista, para ele, não é defendido por Hart. Para Perry, Hart apresenta uma teoria “fracamente interpretativa” (2000, p. 182).

As teorias semânticas pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito. Essas teorias divergem sobre quais critérios os advogados de fato compartilham e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam. Os estudantes de direito aprendem a classificar as teorias semânticas segundo o esquema aproximado que apresentamos a seguir. As teorias semânticas mais influentes sustentam que os critérios comuns levam a verdade das proposições jurídicas a depender de certos eventos históricos específicos. Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas. As teorias positivistas, contudo, diferem entre si sobre quais fatos históricos são cruciais (...) (DWORKIN, 2010a, p. 41).

Dworkin entende, então, que à semelhança de Hart, todos os demais “filósofos da teoria semântica sofrem de algum bloqueio” (DWORKIN, 2010a, p. 53). A esse bloqueio Dworkin dá o nome de agulhão (ou ferrão) semântico:

Chamarei de agulhão semântico o argumento que descrevi há pouco, e que tem causado tantos problemas à filosofia do direito. Suas vítimas são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não se possa afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses. (...). Ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som. O segundo termo desse dilema parece absurdo. Portanto, os filósofos do direito adotam o primeiro e tentam identificar as regras fundamentais ocultas que *devem* estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. Eles produzem e discutem as teorias semânticas do direito (DWORKIN, 2010a, p. 55-56).

Ocorre que as divergências enfrentadas pelos teóricos do direito não podem, no entendimento apresentado por Dworkin, ser meramente linguísticas ou semânticas. São certamente divergências interpretativas. Os teóricos do direito propõem, cada um ao seu modo, a melhor forma de interpretar uma prática social, fundados que estão em suas experiências e vivências próprias. Dworkin entende, portanto, que não se pode construir uma teoria jurídica de uma perspectiva externa ao direito. Enquanto sujeito influenciado pela história institucional do ordenamento jurídico que vivencia, o teórico do direito somente está apto a formular uma teoria sob a perspectiva do participante que é, ou seja, do ponto de vista interno do direito

(DWORKIN, 2010a, p. 19). O ponto de vista metodológico defendido pelo autor norte americano é o de que não existem teorias do direito que possam ser realizadas sob a perspectiva de um almejado estado de neutralidade, ou seja, sob um ponto de vista externo ao sistema jurídico.

O direito, sob essa ótica, é fruto de um emaranhado de divergências teóricas, que são constantemente debatidas, defendidas e criticadas pelos teóricos do direito. Essas divergências permitem aos intérpretes formular diferentes concepções acerca dos fundamentos desta prática social conhecida como direito.

A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto. (DWORKIN, 2010a, p. 63-64).

A teoria do direito é, para Dworkin, fruto de uma constante interpretação construtiva, no sentido de que o intérprete do direito se preocupa com os seus propósitos, com a ideia que ele tem do ordenamento normativo. Mas essa ideia deriva do fato de que “(...) a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis deste último (...)” (DWORKIN, 2010a, p. 64), “segundo esse ponto de vista, um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica” (DWORKIN, 2010a, p. 64).

Seguindo esse entendimento, fatalmente cai por terra a ideia de uma teoria descritiva do direito, enquanto um relato, fruto de uma análise imparcial e neutra de um fato social. Dworkin fomenta, portanto, a tese de que é impossível um teórico do direito proceder a uma análise imparcial e neutra, já que ele mesmo é fruto de uma

constante influência inevitavelmente parcial, tendo em vista sua própria história e os fatores que deram forma à sua própria concepção do direito.

A percepção de que um intérprete não pode abdicar dos seus “pré-conceitos” ou pré-compreensões e da coerção exercida pelas suas vivências e influências político-morais ao formular uma teoria, entretanto, não surgiu na obra de Dworkin. Como o próprio autor enuncia em uma longa nota de rodapé de *O império do direito* (DWORKIN, 2010a, p. 62-63), trata-se de uma abordagem da hermenêutica desenvolvida desde Dilthey até Gadamer.

Nas páginas seguintes avalio o pressuposto de que a interpretação criativa deve ser interpretação conversacional, sobretudo ao discutir uma ideia familiar aos teóricos da literatura: de que interpretar uma obra literária significa recapturar as intenções de seu autor. Mas esse pressuposto tem uma base mais geral na literatura filosófica da interpretação. Wilhelm Dilthey, um filósofo alemão que foi especialmente influente em dar forma ao debate sobre a objetividade nas ciências sociais, usou a palavra *verstehen* para descrever especificamente o tipo de entendimento que adquirimos ao saber o que outra pessoa quer dizer com aquilo que diz (poderíamos dizer que esse é um sentido da compreensão no qual entender alguém implica chegar a um entendimento com tal pessoa), em vez de descrever todas as possíveis maneiras ou modalidades de entender seu comportamento ou sua vida mental. (...) Gadamer acha que a solução de Dilthey pressupõe o aparato hegeliano que Dilthey ansiava por exorcisar. (Ver H. G. Gadamer, *Truth and Method*, em particular pp. 192-214 (...)). Acredita que a consciência histórica arquimediana que Dilthey imaginou possível, livre daquilo que Gadamer chama, no sentido especial que dá ao termo, de preconceitos, é impossível, que o máximo que podemos esperar alcançar é uma “consciência histórica efetiva” que pretende ver a história não a partir de nenhum ponto de vista específico, mas sim compreender como nosso próprio ponto de vista é influenciado pelo mundo que desejamos interpretar. (DWORKIN, 2010a, p. 62-63).

Gadamer sustenta a impossibilidade do conhecimento de um determinado objeto e a sua descrição não estarem conectados às pré-compreensões do intérprete. “Todo compreender é interpretar, e toda interpretação se desenvolve por meio de uma linguagem que pretende deixar falar ao objeto e é ao mesmo tempo a linguagem própria do seu intérprete”⁷ (GADAMER, 1999, p. 467). Nesse sentido, se forma um círculo (ou giro) hermenêutico: um intérprete lança mão, ainda que involuntariamente, das suas pré-compreensões para interpretar um texto, texto este que irá influenciar nas suas compreensões acerca de futuros objetos de estudo.

⁷ Tradução nossa do original em espanhol: “Todo comprender es interpretar, y toda interpretación se desarrolla en el medio de un lenguaje que pretende dejar hablar al objeto y es al mismo tiempo el lenguaje propio de su intérprete”.

Forma-se, inevitavelmente, um movimento em espiral que é contínuo e tanto influencia o intérprete quanto determina que ele provoque futuras influências.

A referência ao texto não pode ser comparada de acordo com este ponto de vista fixo, imóvel e obstinado, que somente surgiu a quem intenta compreender a questão única de como pôde o outro chegar a uma opinião tão absurda. Neste sentido, a compreensão seguramente não é uma compreensão histórica que reconstrua a gênese do texto. O que se entende é que está se está compreendendo o texto mesmo. Mas isso significa que na ressurreição do sentido do texto já se encontram sempre implicadas as próprias ideias do intérprete. O horizonte deste resulta, assim, sempre determinante, mas não pode ser compreendido, por sua vez, como um ponto de vista próprio que se mantém ou impõe, mas sim como uma opinião e uma possibilidade que se põe em jogo e que o ajudará verdadeiramente a apropriar-se do que diz o texto. Mais acima descrevemos isso como uma fusão de horizontes. Agora podemos reconhecer nele a realização da conversação, na qual um sujeito acede à sua expressão não em qualidade de coisa sua ou de seu autor, mas como coisa comum a ambos (GADAMER, 1999, p. 466-467)⁸.

Conforme ressaltam Fernandes e Pedron (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 192), Gadamer enfatiza a necessidade de se levar em consideração a historicidade do ser. Não seria possível afastar a cognoscibilidade de um intérprete do seu conjunto de pré-compreensões. “Cada pessoa tem diante de si um horizonte, principalmente um horizonte histórico, que atua não como elemento limitador, mas como ‘condição de possibilidade’ de nossa compreensão” (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 192).

Daí a relevância da “consciência do ser histórico” conforme propõe Gadamer. A interpretação de um fato só pode se dar através da ação de um ser que é inevitavelmente histórico e, conseqüentemente, influenciado pelo meio que deu forma às suas compreensões. De acordo com Gadamer:

(...) a intenção autêntica da compreensão é a seguinte: ao lermos um texto, queremos compreendê-lo; nossa expectativa é sempre que o texto *informe*

⁸ Tradução nossa do original em espanhol: “La referencia del texto no se puede comparar según esto con un punto de vista fijo, inamovible y obstinado, que solo planteara al que intenta comprenderlo la cuestión única de cómo ha podido el otro llegar a una opinión tan absurda. En este sentido la comprensión no es seguramente una comprensión histórica que reconstruya la génesis del texto. Lo que uno entiende es que está comprendiendo el texto mismo. Pero esto quiere decir que en la resurrección del sentido del texto se encuentran ya siempre implicadas las ideas propias del intérprete. El horizonte de éste resulta de este modo siempre determinante, pero tampoco él puede entenderse a su vez como un punto de vista propio que se mantiene o impone, sino más bien como una opinión y posibilidad que uno pone en juego y que ayudará a apropiarse de verdad lo que dice el texto. Más arriba hemos descrito esto como fusión de horizontes. Ahora podemos reconocer en ello la forma de realización de la conversación, en la que un tema accede a su expresión no en calidad de cosa mía o de mi autor sino de la cosa común a ambos”.

sobre alguma coisa. Uma consciência formada pela autêntica atitude hermenêutica é sempre receptiva às origens e características totalmente estranhas de tudo aquilo que lhe vem de fora. Em todo caso, tal receptividade não se adquire por meio de uma “neutralidade” objetivista: não é nem possível nem necessário nem desejável que nos coloquemos entre parênteses. A atitude hermenêutica supõe uma tomada de consciência com relação às nossas opiniões e preconceitos que, ao qualificá-los como tais, retira-lhes o caráter extremado. É ao realizarmos tal atitude que damos ao texto a possibilidade de aparecer em sua diferença e de manifestar a sua verdade própria em contraste com as ideias preconcebidas que lhe impúnhamos antecipadamente (GADAMER, 2003, p. 63-64).

Nessa perspectiva, a compreensão se dá, portanto, através da interpretação que o sujeito confere ao objeto de estudo dentro do seu horizonte histórico – formado por suas pré-compreensões. “Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível” (OLIVEIRA, 2001, p. 228). Por esse motivo Gadamer sustenta que o conhecimento se dá através de um círculo hermenêutico, tendo em vista que “(...) a compreensão se faz a partir de uma imersão em determinada tradição, operando de maneira circular, condicionada à revisão sempre constante das pré-compreensões do indivíduo” (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 193-194).

Conforme relembra Oliveira:

Daí o caráter circular de toda compreensão: ela sempre se realiza a partir de uma pré-compreensão, que é procedente de nosso próprio mundo de experiência e de compreensão, mas essa pré-compreensão pode enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos. Precisamente o enraizamento da compreensão no campo do objeto é a expressão desse círculo inevitável em que se dá qualquer compreensão. Por essa razão, a reflexão hermenêutica é essencialmente uma reflexão sobre a influência da história, ou seja, uma reflexão que tem como tarefa tematizar a realidade da “história agindo” em qualquer compreensão. Numa palavra, a hermenêutica desvela a mediação histórica tanto do objeto da compreensão como da própria situacionalidade do que compreende (OLIVEIRA, 2001, p. 230).

Dentro dessa perspectiva, Dworkin sustenta, em *O Império do Direito*, que o direito é um conceito interpretativo e que, portanto, deve ser construído através de um contínuo debate acerca das divergências interpretativas (DWORKIN, 2010a, p. 109). Cada teoria interpretativa do direito será inevitavelmente fundamentada nas convicções e pré-compreensões do filósofo do direito que lhe fomenta.

Dworkin afirma, entretanto, que “toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir

corrupção ou ignorância” (DWORKIN, 2010a, p. 110). Isso porque “o direito não pode florescer como um empreendimento interpretativo em qualquer comunidade, a menos que haja suficiente consenso inicial sobre quais práticas são práticas jurídicas (...)” (DWORKIN, 2010a, p. 113). Ou seja, segundo Dworkin, existe um necessário acordo “pré-interpretativo” acerca do direito, que é contingente e local, sem o qual os juristas não poderiam acordar minimamente sequer sobre o que é um juiz, um código ou uma Constituição.

Portanto, um filósofo do direito começa seu trabalho desfrutando de uma identificação pré-interpretativa quase consensual do domínio do direito, e com paradigmas experimentais que dão sustentação a seu argumento e sempre confundem seus concorrentes. (DWORKIN, 2010a, p. 115).

A partir da constatação da existência desse consenso inicial e de um paradigma vigente, o filósofo do direito, embebido que está em suas pré-compreensões, poderá dar ensejo a uma nova teoria do direito, a partir do momento em que suscita determinadas divergências e propõe diferentes métodos para se interpretar práticas controvertidas. Nesse momento, segundo Dworkin, o filósofo do direito está propondo uma nova concepção do que seria ou deve ser o direito, ou seja, uma determinada concepção de juridicidade.

Por conseguinte, as concepções do direito serão polêmicas exatamente por diferirem, em suas descrições pós-interpretativas, da prática jurídica, em seus entendimentos sobre a maneira certa de expandir ou ampliar a prática para áreas atualmente controvertidas ou não cultivadas. Essas polêmicas posições pós-interpretativas são a vanguarda de uma concepção do direito, razão pela qual os casos difíceis como os que utilizamos a título de exemplos oferecem o melhor cenário para a exibição de sua eficácia (DWORKIN, 2010a, p. 124).

2.3 A defesa do positivismo jurídico no posfácio à obra *O Conceito de Direito*

Em 1994, menos de dois anos após a morte de Herbert Hart, foi publicada a segunda edição de *O Conceito de Direito*, contendo um posfácio à obra. Esse posfácio foi editado por Joseph Raz e Penélope A. Bulloch a partir de textos encontrados pela família do jurista britânico em sua casa (HART, 1994, p. ix-x). O posfácio contém uma exposição dos argumentos de Hart em defesa às críticas impostas por Dworkin em *O Império do Direito* à metodologia de sua teoria positivista do direito. Não se sabe ao certo se Hart tinha o desejo de publicar o Posfácio, já que

se tratava de documentos ainda esparsos e incompletos. A bem da verdade, os estudos não aparentavam estar concluídos, mas em construção à época do falecimento do jurista britânico.

Inicialmente Hart aborda a crítica acerca da natureza de sua teoria jurídica. Conforme Hart referenda no Posfácio, sua teoria realmente se apresenta como geral e descritiva e as críticas de Dworkin não seriam cabíveis, pois se relacionam com a concepção deste autor sobre a teoria do direito, enquanto uma “teoria de avaliação e justificação dirigida a uma cultura jurídica concreta” (HART, 1994, p. 301). Para Hart, então, enquanto Dworkin visa a construir uma teoria relativa a um determinado sistema jurídico, ele estaria formulando uma teoria geral do direito, sem se ater a minúcias de culturas jurídicas específicas.

Ainda segundo Hart, as divergências resolvidas pelos teóricos do direito de modo obviamente interpretativo e avaliativo – por serem escolhas políticas – deveriam ser registradas por eles como um fato social constatado. Apenas a conclusão da discussão sobre aquela divergência seria registrada e, portanto, de forma puramente descritiva, analítica. Nesse sentido, segundo Hart, a sua teoria do direito tem, efetivamente, natureza geral e descritiva (HART, 1994, p. 305-306).

De acordo com Hart:

Na sua crítica à Teoria Geral do Direito descritiva, Dworkin parece por de lado esta possibilidade óbvia de um observador externo levar em conta, deste modo descritivo, o ponto de vista interno de um participante, uma vez que, como eu disse, ele identifica a Teoria Geral do Direito como a “parte geral do julgamento”, e isto é tratar a Teoria Geral do Direito ou teoria jurídica como, em si mesma, uma parte do direito de um sistema, visto do ponto de vista interno dos seus participantes judiciais. Mas o teorizador jurídico descritivo pode compreender e descrever a perspectiva interna da pessoa de dentro sobre o direito, sem a adotar ou partilhar (HART, 1994, p. 304).

Em seguida, Hart rebate as críticas de Dworkin acerca da natureza do positivismo jurídico. Conforme anteriormente suscitado, Dworkin alega que o positivismo jurídico seria uma teoria semântica do direito, incapaz de observar a existência de divergências interpretativas no direito. Os fundamentos do direito não seriam relativos apenas à verdade dos fatos históricos fixados por regras linguísticas partilhadas por juízes e juristas, mas também dependeriam de juízos morais e juízos controvertidos de valor. Os positivistas sofreriam, assim, dos efeitos de um agulhão (ou ferrão) semântico, já que buscam a descrição real acerca da proposição *direito*.

Hart, contudo, procura desvincular essa relação entre uma busca pela conceituação do termo “direito” e os fatores que efetivamente determinam o que é o direito em determinado sistema jurídico.

Este argumento parece-me que confunde o significado de “direito” com o significado de proposições de direito. Uma teoria semântica do direito é considerada por Dworkin como sendo uma teoria segundo a qual o próprio significado da palavra “direito” faz o direito depender de certos critérios específicos. Mas as proposições de direito são tipicamente afirmações não daquilo que é “direito”, mas do que é *o direito*, isto é, o que o direito de certo sistema permite, ou exige, ou confere o poder às pessoas de fazerem algo. Assim, mesmo se o significado de tais proposições de direito fosse determinado por definições ou por suas condições-de-verdade, isto não levaria à conclusão de que o próprio significado da palavra “direito” faz o direito depender de certos critérios específicos. Isto só aconteceria se os critérios fornecidos pela regra de reconhecimento de um sistema e a necessidade de uma tal regra fossem derivados do significado da palavra “direito”. Mas não existe nenhum vestígio de semelhante doutrina no meu trabalho (HART, 1994, p. 308).

Para Hart, portanto, a descrição acerca do que é o direito se diferencia da proposição de uma definição para o termo “direito”. Descrever o que é o direito em determinado sistema jurídico, de acordo com a cultura jurídica daquele sistema seria diferente, assim, de buscar promover um conceito para o direito, enquanto sistema genérico.

Hart ainda rejeita a tentativa de Dworkin de vislumbrar o positivismo jurídico descritivo como uma teoria interpretativa do direito que visa a manter o ideal das expectativas sociais protegidas. De acordo com Dworkin, o positivismo jurídico pode ser visto como uma teoria interpretativa frustrada do direito, que visa a estabilizar as relações sociais através da previsão dos fatos sociais passíveis de coerção. Segundo Dworkin, tratar-se-ia de uma teoria convencionalista do direito (HART, 1994, p. 310).

Hart refuta o argumento dworkiniano alegando que a busca positivista pela estabilização das expectativas não se resume à previsão dos fatos sociais passíveis de sofrer coerção. Segundo Hart, “a certeza e o conhecimento antecipado das exigências do direito que a regra de reconhecimento trará não se revestem apenas de importância ali onde a coerção está em causa: é igualmente crucial para o exercício inteligente de poderes jurídicos (...)” (HART, 1994, p. 311).

Dando continuidade ao Posfácio à obra *O Conceito de Direito*, Hart ainda se manifesta acerca da caracterização do seu positivismo jurídico como positivismo

moderado, ou inclusivo (*soft positivism*). Defende-se também das críticas tecidas por Dworkin acerca da natureza das regras jurídicas, acerca dos princípios e da regra de reconhecimento, acerca do direito e da moral e acerca do poder discricionário do juiz. Esses tópicos, porém, não serão fruto de atenção, tendo em vista não estarem abrangidos pelo objeto da pesquisa.

Em suma, portanto, percebe-se que Hart busca manter, no Posfácio, o seu posicionamento original tecido no decorrer de *O Conceito de Direito*. A tentativa de manter o posicionamento original se torna visível no momento em que Hart afirma que o teórico do direito realmente descreve um fato social, apesar de este fato social ser interpretado pelos juristas práticos. Observa-se nitidamente um esforço em manter o caráter descritivo do direito, independente do fato de essa descrição ter sido antecedida por uma interpretação.

2.4 As novas críticas de Dworkin em *A Justiça de Toga* e a tese das concepções de juridicidade

Em uma nova obra, publicada originalmente em 2006 – *A Justiça de Toga* –, Dworkin retoma o debate anteriormente estabelecido com Hart, apresentando o seu posicionamento em relação ao conteúdo do Posfácio de *O Conceito de Direito*⁹. Dworkin sustenta, novamente, que Herbert Hart estava equivocado ao pretender elaborar uma descrição neutra e imparcial de uma prática jurídica, tendo em vista que esse relato, assim como qualquer outro relato feito por um teórico do direito, “não constitui uma descrição neutra da prática jurídica, mas uma interpretação dela que pretende não apenas descrevê-la, mas também justificá-la – mostrar porque a prática é valiosa e como deve ser conduzida de modo a proteger e enfatizar esse valor” (DWORKIN, 2010b, p. 200).

A concepção de Hart acerca de sua própria metodologia é típica de boa parte da filosofia contemporânea. (...). Os filósofos lançam um olhar de superioridade, de fora e de cima, sobre a moral, a política, o direito, a ciência e a arte. Eles fazem distinção entre o discurso de primeira ordem da prática que estudam – o discurso de não filósofos refletindo e apresentando argumentos sobre o que é certo ou errado, legal ou ilegal, verdadeiro ou falso, belo ou prosaico – e sua plataforma de segunda ordem de “meta” discurso, na qual os conceitos de primeira ordem são definidos e explorados e as afirmações de primeira ordem são classificadas e atribuídas a categorias filosóficas. Chamei essa concepção de filosofia de

⁹ O texto, porém, já havia sido publicado no ano de 2004, na *Oxford Journal of Legal Studies*.

“arquimediana”, e esta é a idade de ouro do arquimedeanismo. (DWORKIN, 2010b, p. 201).

Os positivistas descritivos são, dentro dessa perspectiva proposta por Dworkin, filósofos arquimedeanos, que pretendem se alocar externamente ao seu objeto de pesquisa, como se, de fato, fosse possível se manter incólume perante as influências sofridas por todo ser histórico; como se fosse possível descrever o direito sem qualquer referência à moral, à política e à tradição, mas apenas a fatos sociais.

Segundo Dworkin, “o argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral” (DWORKIN, 2010b, p. 205). Assim, ao decidir um caso, o jurista deve buscar a justificação mais adequada de uma prática jurídica, atribuindo-lhe o caráter que melhor se adequa ao conjunto de princípios que concorre na solução do caso. Dessa forma, para Dworkin, uma teoria do direito, assim como uma teoria política, não pode ser descritiva, já que o conceito de direito, assim como os conceitos típicos das teorias políticas como a liberdade e a democracia, é sempre contestado de acordo com a carga valorativa do sujeito que interpreta. “O significado descritivo não pode ser removido da força valorativa porque o primeiro depende do segundo desse modo particular” (DWORKIN, 2010b, p. 212).

Os conceitos políticos de democracia, liberdade, igualdade etc. serão assim? Esses conceitos descrevem, senão espécies naturais, pelo menos espécies políticas que, como no caso das naturais, se pode pensar que tenham uma estrutura ou essência básica inerente? Ou, pelo menos, uma estrutura que seja passível de descoberta mediante algum processo totalmente científico, descritivo, não normativo? Os filósofos podem esperar descobrir o que a igualdade ou a legalidade [juridicidade] realmente é por meio de algo semelhante ao DNA ou à análise química? Não. Isso é absurdo.

(...)

Portanto, não se pode demonstrar que a análise filosófica dos conceitos políticos seja descritiva nos moldes da investigação científica das espécies naturais. A liberdade não tem DNA. (DWORKIN, 2010b, p. 216-217).

Para Dworkin, portanto, Hart estava equivocado ao alegar que a sua teoria seria analítica por descrever um fato social, ainda que este fato social tivesse sido fruto de um anterior debate filosófico fundado em diferentes interpretações. Essa teoria, segundo Dworkin, contém inevitavelmente um caráter normativo, tendo em vista que, ainda que o jurista pretenda formular uma teoria do direito com um caráter genérico, ele sofre as influências do meio em que vive. Consequentemente, a teoria geral do direito formulada por esse teórico é uma teoria do direito fundada nas

vivências, experiências e pretensões daquele teórico e, portanto, não é geral e, sequer, descritiva.

Mas sua própria teoria, insiste ele, que descreve a argumentação jurídica ordinária, não é uma teoria normativa ou valorativa – não é nenhum tipo de juízo de valor. Trata-se antes de uma teoria empírica ou descritiva que elucida os conceitos que essa argumentação jurídica ordinária põe em prática. A posição de Hart é um caso especial da concepção arquimediana clássica segundo a qual existe uma divisão lógica entre o uso ordinário dos conceitos políticos e a sua elucidação filosófica.

Portanto, sua posição está sujeita às mesmas objeções que apresentamos contra o arquimedianismo em geral. Em primeiro lugar, é impossível distinguir suficientemente os dois tipos de alegações – distinguir, na prática jurídica, as alegações de primeira ordem dos juristas das alegações de segunda ordem dos filósofos sobre a maneira de identificar e testar as alegações de primeira ordem – para que possamos situá-los em diferentes categorias lógicas.

(...)

Portanto, a concepção de Hart não é neutra na argumentação: ela toma partido. Na verdade, em toda controvérsia jurídica difícil, ela toma partido em favor daqueles que insistem que os direitos jurídicos das partes devem ser totalmente estabelecidos mediante a consulta às fontes tradicionais do direito. (DWORKIN, 2010b, p. 232-233).

Dworkin propõe, então, que deve existir um valor comum em torno do qual gravitam as diferentes teorias do direito, enquanto diferentes interpretações deste valor político. Um valor que os filósofos do direito buscam representar em sua melhor luz através dos critérios mais adequados. De acordo com Dworkin, este valor “(...) é o valor da legalidade [juridicidade]¹⁰ – ou, como às vezes é mais pomposamente chamado, o valor do Estado de Direito” (DWORKIN, 2010b, p. 240).

Nesse sentido, as diferentes teorias do direito se formariam com o condão de defender um determinado ponto de vista acerca de um valor que é comumente aceito, mas que, entretanto, está sujeito às mais diversas interpretações. Assim, “essa diversidade de pontos de vista representa uma adesão comum ao valor da legalidade [juridicidade], mas também concepções diferentes sobre o que é a legalidade [juridicidade]” (DWORKIN, 2010b, p. 241).

¹⁰ Na obra original em língua inglesa (DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006), Dworkin utiliza o termo *legality*. Entende-se, entretanto, que o termo *legality* comporta uma significação mais abrangente que o termo utilizado pelos tradutores da obra para o português – “legalidade”. Conforme aponta o próprio Dworkin em sua obra (2010b, p. 240), o termo pode ser pomposamente cunhado de Estado de Direito. Esse termo não se refere apenas àquilo que a lei permite, ordena ou proíbe, conforme o significado de “legalidade”. O termo *legality* é mais abrangente no sentido de se referir àquilo que está em consonância com o direito (e não apenas com a lei). Nesse sentido, opta-se, nesta obra, por utilizar o termo “juridicidade”, que aparentemente consegue se assemelhar mais ao termo *legality* em sua abrangência do que o termo “legalidade”.

De acordo com Dworkin, portanto, a obra de Hart, assim como as obras dos demais filósofos do direito, é uma expressão de uma concepção de juridicidade, enquanto uma interpretação necessariamente subjetiva de um valor político:

As concepções de legalidade [juridicidade] diferem, como afirmei, no que diz respeito aos tipos de critérios suficientes para satisfazer a legalidade [juridicidade], e de que maneira esses critérios devem ser determinados com antecedência; as alegações de direito são alegações acerca de que critérios corretos foram estabelecidos de maneira correta. Portanto, uma concepção de legalidade [juridicidade] é uma descrição geral sobre a maneira de se decidir quais alegações de direito específicas são verdadeiras: a tese das fontes de Hart é uma concepção de legalidade [juridicidade]. (DWORKIN, 2010b, p. 241).

Assim, retirando essa “camuflagem metodológica” (DWORKIN, 2010b, p. 259) proposta pelo positivismo jurídico descritivo (ou analítico), Dworkin pretende observar as teorias do direito enquanto diferentes concepções acerca dos critérios ideais que possibilitam atribuir a um determinado sistema normativo o valor de direito (ou a juridicidade).

A crítica de Dworkin parece ter, dessa forma, abalado os alicerces da metodologia proposta pelos positivistas analíticos, deixando patente a necessidade de se compreender que teorias jurídicas são frutos de inevitáveis interpretações que, por sua vez, dão origem a diferentes concepções acerca de um mesmo objeto – o direito. As teorias do direito refletem, nesse entendimento, diferentes concepções de juridicidade, calcadas em diferentes critérios de identificação do direito.

2.5 O positivismo normativo como uma concepção positivista de juridicidade

Após as reiteradas e bem fundamentadas críticas de Dworkin ao positivismo analítico (ou descritivo) de Hart, observou-se o surgimento de obras nas quais os teóricos do direito buscaram adaptar o positivismo jurídico ao contexto “pós dworkiniano”. Dentre esses autores positivistas, destacaram-se Jeremy Waldron e Tom Campbell.

A partir da perspectiva do positivismo normativo, que pode ser facilmente observado como uma retomada da influência utilitarista de Bentham, o positivismo jurídico não mais pretende descrever objetiva e imparcialmente o direito enquanto fato social. As teorias jurídicas, para Waldron e Campbell, são necessariamente normativas, ou seja, reconhecem a si próprias como uma interpretação construtiva

da ideia de juridicidade, a qual pretende se fundamentar com o auxílio de argumentos políticos e morais. Ocorre realmente um abandono à pretensão descritiva hartiana e, de certa forma, portanto, um acatamento às críticas impostas por Dworkin (CAMPBELL, 2011, p. 28).

Trata-se de uma evidente reação à crítica imposta por Dworkin ao positivismo jurídico. Waldron e Campbell consentem com as críticas dworkinianas a partir do momento em que enunciam que o positivismo jurídico é uma teoria normativa (ou ética)¹¹ do direito; que todas as teorias do direito são, nesse viés, necessariamente normativas, políticas, já que frutos de uma interpretação. Nesse sentido, “(...) o positivismo jurídico pode ser reformulado como uma tese normativa sobre o direito” (WALDRON, 2002, p. 411).¹²

Há de se considerar, entretanto, que os autores dessa nova perspectiva se denominam positivistas e, portanto, não coadunam com grande parte da teoria dworkiniana. Os autores do positivismo normativo buscaram reler o posfácio de Hart ao *Conceito de Direito*, concedendo a Hart o caráter de positivista normativo. Trata-se de uma tentativa de se manterem filiados ao positivismo hartiano, concedendo-lhe, entretanto, instrumentos para enfrentar as críticas fundadas na hermenêutica gadameriana.

Na primeira edição de *O Conceito de Direito*, Hart é bastante despreocupado com a introdução de considerações normativas para explicar e defender sua teoria. Somente no posfácio, incluído na segunda edição publicada postumamente em 1994, que ele é definitivo na rejeição de uma interpretação valorativa do livro. Talvez, ele tenha sido pressionado a esta posição pelo comentário crítico de Dworkin e adotou uma visão mais extrema do que a abordagem mais eclética da primeira edição. Por alguma razão, no posfácio, o qual é baseado em suas notas inéditas, Hart rejeita abertamente qualquer leitura de sua tese da união de regras primárias secundárias como sendo alguma forma de uma recomendação da legalidade [juridicidade] ou o esboço de um sistema moralmente desejável do direito ao invés de uma tese moralmente neutra de sistemas jurídicos em geral. Além disso, ele apoia inequivocamente o *soft positivism* (ou positivismo inclusivo), segundo o qual as regras de reconhecimento podem e muitas vezes contêm critérios morais para a identificação de direito válido, e ele faz esse reconhecimento sem expressar qualquer pesar que este é o

¹¹ Waldron e Campbell discordam acerca do termo adequado para se referir a essa nova tendência positivista. Conforme relata Waldron (WALDRON, 2002, p. 411-412), ambos os termos apresentam problemas, tendo em vista o seu uso já arraigado nas culturas jurídicas.

¹² Tradução nossa do original em inglês: “(...) legal positivism might be recast as a normative thesis about law”.

caso, ou mesmo qualquer preocupação de que poderia minar a sua teoria explicativa. (CAMPBELL, 2011, p. 29-30).¹³

A nova leitura do positivismo jurídico hartiano, então, trata a teoria do direito como necessariamente relacionada a critérios morais. O valor "juridicidade", nesta perspectiva, está vinculado a critérios morais, já que é fruto de diversas interpretações e, portanto, não pode descrito de forma neutra e desinteressada. Porém, pode ser determinado, ainda que de diversas formas diferentes, tendo em vista que a tarefa da teoria do direito se amoldaria justamente em descrever as interpretações ou concepções que melhor se adequem aos fins almejados pelo direito (CAMPBELL, 2011, p. 30).

A maioria dos comentários sobre o Posfácio de Hart ignoram a possibilidade de Hart ter adotado uma postura mais prescritiva quanto às consequências boas que se seguem, tanto para a cooperação social como para a justiça, da consolidação da governança de regras. Assim, na coleção de ensaios editada por Jules Coleman, com a notável exceção de Jeremy Waldron, pouca atenção é dada a essa possibilidade. Somente Waldron considera seriamente se Hart pode ser lido como um "positivista normativo (ou ético)". Explicando esses termos em outro ensaio, Waldron observa que "é preciso distinguir, no entanto, entre: primeiramente, os juízos de valor que possam ser necessários na teoria do direito não positivista para identificar algumas proposições como uma norma jurídica válida e, em segundo lugar, os juízos de valor que apoiam a posição positivista de que as avaliações do primeiro tipo não devem ser necessárias". Talvez, se Hart tivesse sido mais claro em sua mente sobre a sua distinção, e menos preocupado em proteger a sua classificação metodológica original em O Conceito de Direito, ele teria visto que os argumentos que ele apresentou são frequentemente argumentos substantivamente valorativos para que se tenha, em uma sociedade complexa, uma regra de reconhecimento que possa ser aplicada sem recorrer a juízos valorativos e regras de primeira ordem que são similarmente operacionalmente neutras do ponto de vista moral.¹⁴

¹³ Tradução nossa do original em inglês: "In the first edition of "The Concept of Law" itself, Hart is quite relaxed about introducing normative considerations to explain and defend his theory. It is only in the "Postscript", included in the second edition published posthumously in 1994, that he is definitive in rejecting an evaluative interpretation of the book. Perhaps, he was pressured into this position by Dworkin's critical commentary and adopted a more extreme view than the more eclectic approach of the first edition. For whatever reason, in the Postscript, which is based on his unpublished notes, Hart openly rejects any reading of his account of the union of primary and secondary rules as being in any way a recommendation of legality or the outline of a morally desirable system of law rather than a morally neutral account of systems of law in general. Moreover, there he endorses unequivocally soft (or inclusive) positivism, that is the thesis that rules of recognition can and often do contain moral criteria for the identification of valid law, and he makes this acknowledgement without expressing any regret that this is the case, or even any concern that it might undermine his explanatory theory".

¹⁴ Tradução nossa do original em inglês: "Most commentaries on the Postscript gloss over Hart's option of adopting a more prescriptive stance related to the good consequences that flow, for both social cooperation and justice, from the instantiation of the governance of rules. Thus in the collection of essays edited by Jules Coleman, with the notable exception of Jeremy Waldron, little attention is paid to this possibility. Waldron alone considers seriously whether Hart may be read as a "normative (or ethical) positivist". As he explains these terms in another essay, Waldron notes "We need to

Assim, conforme informa Campbell, o próprio posfácio de Hart à obra *O conceito de direito* pode ser lido como uma obra do positivismo normativo, através das concessões feitas pelo jurista britânico após as críticas de Dworkin:

Este acúmulo de evidências demonstra que não é apenas possível, mas natural, no iluminar, ler *O Conceito de Direito* em parte como um exercício de filosofia jurídica normativa que aponta para o valor social das regras primárias e, portanto, dos sistemas jurídicos constituídos através de uma regra comum de reconhecimento que faz isso de uma maneira que endossa a utilidade potencial do direito, e apresenta os motivos que podem figurar na determinação do que faz um bom sistema jurídico, tanto em termos de suas características formais, como seu conteúdo substantivo. (CAMPBELL, 2011, p. 44).¹⁵

O positivismo normativo, portanto, absorve as críticas que Dworkin fez à obra de Hart, reformulando o positivismo hartiano agora entendido como uma concepção de juridicidade. O positivismo jurídico, nesse novo contexto, se reconstrói dentro de uma perspectiva hermenêutica, buscando manter a tradição positivista apesar dos fortes abalos sofridos por sua estrutura.

A releitura de Hart proposta por Waldron e Campbell fomenta o entendimento de que somente é possível se construir uma teoria do direito a partir da perspectiva interna de um sistema jurídico, já que o teórico do direito se vê inevitavelmente influenciado pelo meio que lhe cerca. Nesse sentido, uma teoria do direito é necessariamente normativa, pois propõe uma concepção acerca do direito e não um retrato de um fato social.

Hart acreditava (com razão) que uma compreensão acerca do ponto de vista interno é indispensável para uma adequada compreensão teórica de regras: uma vez que as regras são normativas, aquele que busca compreendê-las deve saber o que é se orientar para uma norma. Mas neste trabalho, estamos preocupados com a importação para a filosofia jurídica de

distinguish, however, between: first, the value judgments that might be required in a nonpositivist jurisprudence to identify some propositions as a valid legal norm; and second, the value judgments that support the positivist position that evaluations of the former type should not be necessary". Perhaps, if Hart been clearer in his own mind about his distinction, and less concerned to protect his original methodological classification of *The Concept of Law*, he would have seen that the arguments he put forward are often in substance evaluative arguments for having, in a complex society, a rule of recognition that can be applied without recourse to evaluative judgments and first order rules that are similarly operatively morally neutral".

¹⁵ Tradução nossa do original em inglês: "This accumulation of evidence demonstrates that it is not only possible but natural in illuminating to read *The Concept of Law* as in part an exercise in normative legal philosophy which points to the social value of primary rules and thence of legal systems constituted through a shared rule of recognition and does so in a way which endorses the potential utility of law, and provides reasons that can feature in the determination of what makes for a good legal system, in terms of its formal features as well as its substantive content".

uma proposição mais geral - a saber: que uma vez que o direito e o sistema jurídico são conceitos normativos, aquele que procurar um entendimento da teoria do direito também deve ter alguma ideia do que está em jogo quando uma distinção se desenhar entre (digamos) as regras jurídicas e outros tipos de regras, ou entre o direito e algum outro tipo de atividade "normativa" (como o críquete ou a administração de empresas). (WALDRON, 2002, p. 424-425).¹⁶

Waldron (2002) propõe que a tarefa do positivismo jurídico se afasta do ideal de descrição de um fato social puramente constatável ou verificável. Mas pressupõe a compreensão de que, pelo fato de o direito se tratar de um conceito cultural, não é possível lhe definir os contornos exatos e sequer um conteúdo incontestável. É tarefa do positivismo jurídico escolher dentre as diferentes concepções do direito aquela que melhor se coadune com os aspectos centrais do direito e com os objetivos que se espera sejam atingidos pelos sistemas jurídicos e, dentro desse contexto, propor uma determinada concepção do direito e determiná-la.

Ou seja, o positivismo normativo pretende ainda manter o rigor positivista, no momento em que anseia por uma determinação do direito a partir de um critério de conformidade com as fontes sociais. O positivismo normativo, portanto, não abandona os usuais dogmas, típicos do positivismo jurídico, da tese das fontes sociais (segundo a qual a validade de uma norma deriva de sua origem, é dizer, da forma como ela foi produzida) e da tese da separabilidade entre o direito e a moral (que implica, naturalmente, que a validade de uma norma jurídica independe de sua correção moral). Mas faz uma concessão à hermenêutica jurídica, ao acatar a tese de que não é possível realizar essa determinação de uma forma puramente neutra, austera e asséptica. Trata-se da percepção pelos positivistas da necessidade da inserção de uma teoria da interpretação na teoria do direito e da adoção de uma determinada concepção de juridicidade que se adegue aos sustentáculos do positivismo jurídico.

O positivismo normativo não hesita, assim, em aduzir argumentos de natureza política e moral em defesa de seus critérios não morais de identificação do direito

¹⁶ Tradução nossa do original em inglês: "Hart believes (rightly) that a grasp of internal point of view is indispensable for a proper theoretical grasp of rules: since rules are normative, one who seeks to understand them must know what it is like to orient oneself to a norm. But in this paper we are concerned with the import for legal philosophy of a more general proposition - viz: that since law and legal system are normative concepts, one who seeks a jurisprudential understanding must also have some grasp of what is at stake when a distinction is draw between (say) legal rules and other sorts of rules, or between law and some other sort of "norm-ish" enterprise (like cricket or corporate administration)".

válido. De acordo com o positivismo normativo ou prescritivo, “inicia-se a argumentação com uma tese normativa da ‘missão’ do direito, e depois ‘passa-se a arguir’ que essa missão não pode ser realizada a não ser que regras, comandos, atos normativos ou planos sejam reconhecidos como jurídicos por meio de critérios não morais” (WALDRON, 2012, p. 894)¹⁷. Assim, nessa perspectiva, “a pretensão dos positivistas normativos é de que os valores associados ao direito, a juridicidade e o Estado de Direito – em um sentido amplo – podem ser melhor alcançados se a operação ordinária de tal sistema não exigir que as pessoas exercitem juízos morais para o fim de descobrir o que é o direito”¹⁸ (WALDRON, 2004, p. 421). Portanto, positivistas prescritivos como Waldron ou Campbell tentam “reabilitar” o positivismo ao enfatizar os fortes aspectos normativos de suas principais teses. O positivismo é visualizado como “fortemente motivado por certos valores morais e preocupações políticas” que de forma alguma são incompatíveis com a distinção positivista entre o direito e a moral (CAMPBELL, 2004, p. 05).

Nesse sentido, fica evidente o caráter normativo que se pretende atribuir às teorias jurídicas, ainda que positivistas: uma teoria do direito é o fruto de uma interpretação e, portanto, revela uma inevitável pretensão do teórico e não um mero retrato da realidade. O positivismo normativo surge, portanto, como uma concepção positivista de juridicidade, segundo a qual os critérios de identificação do direito se mantêm presos à tese do fato social e à tese da separabilidade entre o direito e a moral.

2.6 A teoria do direito a partir das concepções de juridicidade

Obviamente, a abordagem hermenêutica da teoria do direito proposta por Ronald Dworkin não influenciou apenas os autores positivistas. Muito pelo contrário, abriu ainda mais terreno para as concepções não positivistas do direito florescerem, fundadas em argumentos ainda mais consolidados. Robert Alexy, em seu artigo intitulado *The nature of legal philosophy*, aparenta coadunar de certa forma com o

¹⁷ Tradução nossa do original em inglês: “One begins with a normative account of the law’s mission”; “one argues that that mission cannot be performed unless rules, commands, norms, edicts, or plans are recognized as laws by non-moral criteria.”

¹⁸ Tradução nossa do original em inglês: “The claim of normative positivists is that the values associated with law, legality, and the rule of law – in a fairly rich sense – can be best achieved if the ordinary operation of such a system does not require people to exercise moral judgment in order to find out what the law is.”

entendimento proposto por Dworkin acerca da existência de concepções de juridicidade que dão escopo a diferentes teorias jurídicas. De acordo com Alexy, a existência de diferentes concepções de juridicidade se deve à própria natureza necessariamente reflexiva da filosofia do direito (ALEXY, 2004b, p. 156).

De acordo com Alexy, “(...) a filosofia é uma reflexão geral e sistemática sobre o que é, o que deve ser ou é bom e sobre como o conhecimento sobre ambos é possível”¹⁹ (ALEXY, 2004b, p. 156). Essa concepção alexyana da filosofia deriva do que ele enxerga ser o objetivo dessa ciência, que seria tentar “(...) tornar explícitas as pressuposições ontológicas, éticas e epistemológicas implícitas na prática humana”²⁰ (ALEXY, 2004b, p. 157), ou seja, tentar tornar explícito o que é, o que deve ser e como se deve justificar o conhecimento acerca do que é e do que deve ser.

Da tese proposta por Alexy decorre necessariamente que a filosofia, enquanto reflexão, possui um caráter crítico, já que visa a um entendimento acerca do que deve ser – ou do que é bom – e, “(...) caso se defina a normatividade como a habilidade de distinguir o que é correto daquilo que é incorreto (...)”²¹ (ALEXY, 2004b, p. 158), a filosofia necessariamente possui uma dimensão normativa.

Essa dimensão normativa da filosofia, por sua vez, somente vai se construir através da formação do entendimento de um filósofo, inevitavelmente embasado em argumentos e pré-compreensões. Tendo em vista especificamente a filosofia do direito, pode-se dizer que o objetivo de um filósofo ou teórico do direito é tornar explícito o que é o direito, o que deve ser o direito e como se deve justificar o conhecimento acerca do que é e o que deve ser o direito. A dimensão normativa – e, portanto, necessariamente crítica – da filosofia do direito, por conseguinte, se deve ao fato de o filósofo do direito inevitavelmente se fundar em argumentos e nas diversas pré-compreensões do direito para propor uma nova concepção do direito, ou seja, daquilo que deve ser o direito. Nesse sentido, Alexy afirma que:

A filosofia do direito é uma empresa que é a um só tempo sistemática e crítica e que não pode partir apenas de uma pré-compreensão. Ela tem de considerar todas as pré-compreensões possíveis e, ademais, analisar a

¹⁹ Tradução nossa do original em inglês: “Philosophy is general and systematic reflection about what there is, what ought to be done or is good, and how knowledge about both is possible.”

²⁰ Tradução nossa do original em inglês: “(...) to make explicit the ontological, ethical and epistemological assumptions implicit in human practice.”

²¹ Tradução nossa do original em inglês: “If one defines normativity as the ability to distinguish what is correct from what is incorrect (...)”

relação de todas estas com todas as características gerais do direito²² (ALEXY, 2004b, p. 159).

Em outro trabalho sobre o tema – *The nature of the arguments about the nature of law* –, Alexy aborda a questão da natureza dos argumentos utilizados pelos teóricos do direito. No mesmo sentido do artigo anteriormente citado, o autor alemão corrobora a tese do caráter filosófico – e, portanto, reflexivo – desses argumentos, tendo em vista a sua pretensão epistemológica (ALEXY, 2003). Não obstante, os argumentos utilizados na teoria do direito ainda comportam necessariamente um caráter normativo, tendo em vista que se intenta realizar essa reflexão epistemológica em sua melhor luz, ou seja, pretendendo a melhor concepção acerca daquilo que seria a teoria do direito.

Compreender uma prática social pressupõe compreender os seus valores subjacentes e concebê-la como uma tentativa de fazer o melhor destes valores em vista dos obstáculos e valores colidentes que lhe são exteriores. Este princípio hermenêutico explica porque o presente significado da expressão direito inclui o conceito de coerção. A prática social a que nos referimos quando empregamos o conceito de direito deve ter o uso da coerção à sua disposição para ser tão boa quanto ela pode ser. Enquanto o mundo e os seus habitantes humanos sejam como eles são, a necessidade prática de normas asseguradas por meio de ameaças de coerção existirá. Esta necessidade prática é refletida na necessidade conceitual da presente estrutura do conceito de direito²³ (ALEXY, 2003, p. 09).

Alexy, portanto, suscita a impossibilidade de se afastar o caráter moral dos debates jurídicos, já que eles são fruto das diferentes compreensões de cada sujeito; das compreensões do sujeito não somente acerca do objeto de estudo, mas acerca de tudo aquilo que implica em uma relação com o objeto, inclusive do próprio sujeito. Nesse sentido, Alexy afirma que “este debate é, em primeiro lugar e em sua

²² Tradução nossa do original em inglês: “Legal philosophy as an enterprise, which, at the same time, is systematic as well as critical, cannot start from just one pre-understanding. It has to consider all of them and, what is more, has to analyse the relation of all of them to all features of law.”

²³ Tradução nossa do original em inglês: “Understanding a social practice presupposes understanding its underlying values and conceiving it as an attempt to make the best of these values in view of actual obstacles and colliding values external to it. This hermeneutic principle explains why the present meaning of the expression ‘law’ includes the concept of coercion. The social practice to which we refer when we use the concept of law must have the use of coercion at its disposal if it is to be as good as it can be. As long as the world and its human inhabitants are as they are, the practical necessity of norms backed by the threat of coercion exists. This practical necessity is mirrored in the conceptual necessity of the present structure of the concept of law”.

maior parte, um debate acerca da auto-compreensão dos juristas”²⁴ (ALEXY, 2008, p. 283).

Assim, levando em consideração o caráter filosófico, ou reflexivo, da teoria do direito, ela somente pode ter em vista a criação de concepções que melhor se adequem ao direito em sua melhor luz. Isso porque, conforme referenda o próprio Alexy (ALEXY, 2008, p. 284), um conceito de direito importa em uma conexão entre o real e o ideal, já que não se pode descrever o direito enquanto uma entidade física de natureza constatável. O debate acerca da natureza ou do conceito de direito contém, portanto, uma natureza inevitavelmente filosófica, fundada em argumentos e não apenas em relatos descritivos.

Do fato de os argumentos relativos à formulação de concepções de direito portarem uma natureza filosófica, conclui-se que o conceito de direito a ser proposto por um teórico necessariamente tem um caráter moral, por ser fruto da cultura e das pré-compreensões deste teórico do direito. Daí Alexy falar em caráter regional de um conceito de direito, tendo em vista a influência da cultura e vivência locais na formulação de uma concepção de juridicidade.

Para sermos precisos, a gênese de conceitos depende da cultura. Enquanto produtos de uma cultura, conceitos são regras socialmente estabelecidas que concernem ao significado das palavras. Nesta medida, conceitos possuem um caráter convencional. Eles são regras convencionais sobre o significado²⁵ (ALEXY, 2008, p. 291).

Assim, em linhas gerais, a partir do que se procurou demonstrar neste capítulo inicial, o presente trabalho parte da hipótese da existência de diferentes concepções de juridicidade, conforme suscitado por Dworkin e defendido tanto por autores não positivistas quanto por autores positivistas, como se procurou elucidar com Alexy, Waldron e Campbell. Nesse sentido, este trabalho afasta a viabilidade da tese de que a teoria do direito tenha como função a mera observação e descrição de um fato social constatável, conforme proposto pelo positivismo descritivo.

Na esteira da hermenêutica gadameriana, que se encontra ao menos em parte subjacente ao pensamento jurídico de Ronald Dworkin, portanto, este trabalho

²⁴ Tradução nossa do original em inglês: “This debate is, first and foremost, a debate about the self-understanding of jurists.”

²⁵ Tradução nossa do original em inglês: “To be sure, the genesis of concepts depends on culture. As products of a culture, concepts are socially established rules that concern the mining of words. To this extent, concepts have a conventional character. They are conventional rules of mining.”

se funda na tese da existência de diferentes concepções de juridicidade, que fundamentam as diversas correntes do pensamento jurídico contemporâneo.

Caso se admita a existência dessas diferentes concepções de juridicidade, esse fato implica, por sua vez, em uma responsabilidade dos teóricos do direito buscarem uma interpretação construtiva do direito em sua melhor luz, através da busca pelos critérios que melhor definam o que vem a ser e o que deve ser o direito. Essa busca, entretanto, deve considerar, sobretudo, o contexto no qual se pretende aplicar a concepção de juridicidade, já que devem ser levadas em consideração as perspectivas territoriais e temporais que influenciam a interpretação do teórico do direito.

Nesse ínterim, o contexto no qual se inserem os debates acerca da justiça de transição aparenta criar um cenário bastante promissor para a definição de uma interpretação das fontes (ou critérios) de interpretação do direito em sua melhor luz, tendo em vista o tema – reiteradamente debatido nesse contexto – da inclusão ou não da justiça como critério de identificação do direito válido e eficaz.

Assim, tendo em vista as diversas concepções de juridicidade propostas por teóricos do direito, o presente trabalho pretende identificar uma concepção de juridicidade que melhor se adeque ao contexto da transição brasileira do regime ditatorial para o Estado Democrático de Direito, retratando o impacto que poderia ter a adoção dessa determinada concepção de juridicidade pelo sistema jurídico brasileiro. Para tanto, a análise de casos análogos no direito comparado – notadamente, Argentina e Alemanha – terá muita valia.

3 CONCEPÇÕES POSITIVISTAS DE JURIDICIDADE

Boa parte da teoria do direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva (e, algumas vezes, pelo exagero) do importante facto de que a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade (precedente) e as certezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo (HART, 1994, p. 139).

3.1 Uma releitura do positivismo jurídico como uma concepção de juridicidade

Ficaram assentadas no capítulo anterior duas questões indispensáveis para o entendimento da proposta aqui delineada: primeiramente, que existem diferentes concepções de juridicidade – enquanto interpretações inevitavelmente normativas de valores políticos, que constituem as diferentes teorias do direito; e, em segundo lugar, que a pretensão deste estudo é identificar a concepção de juridicidade que melhor se adequa às contingências da transição política brasileira, em um contexto de busca não só por uma justiça de transição, mas também por uma juridicidade da transição.

Delineados, portanto, o ponto de partida e o objetivo deste trabalho, é decerto cabível explorar as diferentes concepções de juridicidade à disposição, de forma a observar suas valias e desvalias e averiguar a possibilidade de se adequarem à proposta aqui levantada.

Inicialmente, é importante fazer alusão a uma divisão teórico-metodológica bastante instrutiva para o estudo das diferentes concepções de juridicidade. Trata-se da divisão entre teorias positivistas e teorias não positivistas do direito. Diversos autores discorrem sobre o tema, atribuindo-lhe as mais diferentes formas. Porém, em quase todos os autores que se dedicam à divisão metodológica, é possível encontrar características comuns que concernem ao positivismo jurídico e outras que concernem ao não positivismo (ou pós-positivismo). Robert Alexy, um dos autores que se aprofundam no tema, apresenta uma divisão bastante elucidativa.

Segundo Alexy (ALEXY, 2011a, p. 03-04), as concepções positivistas de juridicidade defendem a *tese da separação* entre o direito e a moral. Assim, de acordo com as teorias positivistas de juridicidade, “todo e qualquer conteúdo pode ser direito” (KELSEN, 2006, p. 221). De acordo com Alexy, então, a partir de uma concepção positivista de juridicidade, existem apenas dois critérios para a

identificação do direito: a validade formal e a eficácia social. Assim, as diferentes concepções positivistas de juridicidade gravitam em torno destes dois critérios, apresentando diferentes interpretações acerca de como se deve definir o direito, desde que ele seja estabelecido por uma fonte formal adequada e que seja socialmente eficaz.

Em contrapartida, Alexy defende que as teorias não positivistas da juridicidade sustentam a *tese da vinculação* entre a moral e o direito (ALEXY, 2011a, p. 04-05). Segundo essas teorias, uma concepção do direito deve levar em consideração a necessária relação entre o direito e a moral. Assim, as diversas teorias não positivistas do direito constituem diferentes interpretações acerca de como se deve construir uma concepção de juridicidade na qual o direito seja definido não somente com referência à validade formal e à eficácia social, mas também à correção do conteúdo material do direito.

Este capítulo será dedicado à análise de concepções positivistas de juridicidade, ou melhor, será dedicado à releitura de teorias positivistas do direito como concepções positivistas de juridicidade. Diante da impossibilidade de exaurir todas as teorias positivistas, serão elencadas algumas – às quais se atribui grande relevância por sua atualidade e seu rigor científico.

No capítulo anterior, já foi dedicada alguma atenção a teorias positivistas sobre a juridicidade. Inicialmente, se demonstrou como Hart construiu a sua teoria positivista do direito e, posteriormente, como se dedicou a reformulá-la frente às críticas sofridas por Dworkin. Ainda foi reservado um momento para discutir as teorias que formam o positivismo normativo, enquanto propostas de concepções positivistas de juridicidade que também tentaram enfrentar as críticas impostas por Ronald Dworkin ao positivismo jurídico, sem, contudo, abandonar o seu posicionamento filosófico.

Neste capítulo serão analisadas, essencialmente, três teorias: as teorias desenvolvidas por Joseph Raz, Scott Shapiro e Jules Coleman, sendo as duas primeiras integrantes da corrente denominada positivismo exclusivo e a terceira, integrante do positivismo inclusivo. Elas poderão apresentar um considerável parecer teórico da proposta positivista contemporânea. Também será realizada uma análise das propostas de dois autores (Dyzenhaus e Sebok), que terá o condão de demonstrar como vêm sendo aplicadas as teorias positivistas do direito em

situações limites, nas quais há a discussão acerca da transição entre regimes político-jurídicos.

3.1.1 Uma releitura do positivismo jurídico exclusivo como uma concepção de juridicidade

A teoria do direito (ou a concepção de juridicidade) de Joseph Raz se fundamenta na autoridade, que é definida por ele como a capacidade de mudar as razões para uma ação (RAZ, 1979, p. 16). Raz define o poder normativo concedido pelo direito como a capacidade de mudar razões protegidas. Mais precisamente, Raz sustenta que um homem tem poder normativo se puder colocar uma ação de seu poder normativo em exercício. Um ato é o exercício de um poder normativo se houver razão suficiente para considerá-lo também como uma razão protegida ou se houver como cancelar razões protegidas através dele (RAZ, 1979, p. 18). O exercício da autoridade, então, inclui a aceitação de uma razão inevitavelmente excludente (RAZ, 1979, p. 26).

De acordo com Raz, o direito tem autoridade se a existência de uma lei exigindo uma determinada ação é uma razão protegida para a realização da ação, ou seja, uma lei tem autoridade se a sua existência é uma razão para concordar com uma ação e para excluir considerações conflitantes. O direito, então, goza de autoridade efetiva se os indivíduos que a ele se submetem ou parte deles consideram sua existência como uma razão protegida de conformidade (RAZ, 1979, p. 29).

Raz pretende estabelecer, então, antes de qualquer coisa, que o direito afirma que a existência de normas jurídicas é uma razão para conformar o comportamento. Ele alerta, entretanto, que isso não pode ser confundido com a falsa alegação de que o direito exige a conformidade motivada pelo reconhecimento da força vinculativa. Segundo o autor, seria um truísmo dizer que o direito aceita a conformidade através de outras razões (como a moralidade) (RAZ, 1979, p. 30). Muito pelo contrário, a aceitação do direito enquanto uma razão protegida de conformidade exclui a possibilidade de se levantar quaisquer outras razões.

De acordo com essa concepção positivista do direito não se pode entender o direito como um conjunto de normas isoladas, cada uma com sua própria função separada e independente, mas como um conjunto de razões potencialmente

conflitantes que, em conjunto, determinam o que é exigido pelo direito. Raz defende então que, caso essa análise proposta por ele estiver correta, o direito reivindica autoridade. O direito apresenta-se como um conjunto de normas dotadas de autoridade e exige que todos aqueles que a ele se submetem reconheçam a sua autoridade (RAZ, 1979, p. 33).

Segundo Raz, a busca pela definição dessa natureza do direito – à qual ele próprio se propõe a partir do viés da autoridade – se divide em três áreas com diferentes focos: a identificação do direito, o seu valor moral e o significado dos seus termos-chave. De acordo com Raz, é possível nomear essas áreas respectivamente como a tese social, a tese moral e a tese semântica (RAZ, 1979, p. 37). Dentre elas, Raz elege a tese social como a mais relevante, sendo ela a responsável pela defesa do positivismo jurídico. Como descreve Raz:

Em linhas gerais, os argumentos seguem da seguinte forma: uma vez que, segundo a tese social, o que é direito é uma questão de fato social, e a identificação de direito não envolve nenhum argumento moral, segue-se que a conformidade com os valores morais ou ideais não é, de modo algum, uma condição para algo ser direito ou ser juridicamente vinculativo. Assim, a conformidade do direito com os valores morais e ideais não é necessária. Ela depende das circunstâncias específicas de sua criação ou aplicação. Portanto, assim como a tese moral o contém, o mérito moral do direito depende de fatores contingentes. Não pode haver nenhum argumento que defenda que o direito necessariamente tenha valor moral (RAZ, 1979, p. 38).²⁶

Assim, seguindo essa concepção, Raz defende que somente uma teoria do direito que proponha testes para a identificação do direito e do seu conteúdo que dependam exclusivamente de fatos do comportamento humano e que possam ser aplicados sem o recurso ao argumento moral é defensável ²⁷ (RAZ, 1979, p. 39-40). Dessa forma, Raz define dois requisitos intrínsecos à tese dos fatos sociais: qualquer teoria do direito deve, inicialmente, definir os testes para identificação do

²⁶ Tradução nossa do original em inglês: “In crude outline the arguments run as follows: Since by the social thesis what is law is a matter of social fact, and the identification of law involves no moral argument, it follows that conformity to moral values or ideals is in no way a condition for anything being a law or legally binding. Hence, the law's conformity to moral values and ideals is not necessary. It is contingent on the particular circumstances of its creation or application. Therefore, as the moral thesis has it, the moral merit of the law depends on contingent factors. There can be no argument that of necessity the law has moral merit.”

²⁷ Disso não se pode concluir, segundo Raz (1996), que o direito, sendo uma questão de fato, não apresenta controvérsias. Muito pelo contrário, conforme enuncia o próprio Raz, os tribunais também enfrentam questões controversas. Nessas oportunidades, eles exercem um caráter legislativo, criando o direito aplicável ao caso através de outras fontes do direito.

direito; e, em segundo lugar, há um vocabulário suficiente para que a definição do direito se dê independentemente de fatores morais (RAZ, 1979, p. 40). Disso decorre, necessariamente, a formulação básica binária da tese das fontes sociais:

A - Uma condição social é necessária para identificar a existência e o conteúdo do direito: uma regra é uma regra jurídica apenas se ela satisfizer uma condição social. B – Uma condição social é suficiente para identificar a existência e o conteúdo do direito: uma regra é uma regra jurídica se ela satisfizer uma condição social (RAZ, 1979, p. 40).²⁸

A adoção da tese social, segundo Raz, é importante, tendo em vista que ela separa a identificação do direito de sua avaliação, o que evita confusões e dá clareza à construção teórica (RAZ, 1979, p. 41-42). Isso é possível porque a tese social exige que o investigador do direito ponha de lado as suas convicções morais e leve em consideração apenas os fatos que ele possa captar de forma moralmente neutra (RAZ, 1979, p. 42).

Fundado nessa concepção, um positivista jurídico deve, então, fazer testes para a identificação do direito e do seu conteúdo através de três premissas básicas: a eficácia, o caráter institucional e as fontes (RAZ, 1979, p. 42). A eficácia diz respeito não necessariamente a uma aceitação geral do sistema jurídico pela sociedade, bastando que uma parcela razoável da população aquiesça, de forma a manter vivo o sistema. De acordo com Raz, até mesmo os jusnaturalistas concordam com esse requisito (RAZ, 1979, p. 43).

O caráter institucional do direito, ao seu tempo, impõe que o direito é imposto por instituições jurídicas, que contém meios coercitivos e força normativa para garantir o seu cumprimento. Esse sistema normativo deve ser autoritativo e ocupar a posição de supremacia dentro da sociedade. Disso decorre que o direito é limitado, ou seja, se restringe àquilo que foi imposto pelo sistema mencionado ou que por ele é permitido. Neste ponto, segundo Raz, não há mais semelhança da tese social com as teorias jusnaturalistas, tendo em vista que a identificação do direito não pode se dar através do raciocínio de que certas normas são justificáveis através de critérios morais. De acordo com a tese social, normas jurídicas derivam de fatos sociais, independente do seu valor moral (RAZ, 1979, p. 43-45).

²⁸ Tradução nossa do original em inglês: “A--A social condition is necessary for identifying the existence and content of the law: A rule is a legal rule only if it meets a social condition. B--A social condition is sufficient for identifying the existence and content of the law: A rule is a legal rule if it meets the social condition.”

Quanto às fontes do direito, Raz afirma que “as fontes do direito são aqueles fatos em virtude dos quais o direito é válido e é possível identificar o seu conteúdo”²⁹ (RAZ, 1979, p. 48). Assim, Raz não limita o conceito de fontes a uma perspectiva formal, mas sim a toda uma gama de fontes materiais, provenientes de fatos sociais, que permitem a identificação do direito pelo juiz.

Adotando esses três critérios para identificação do direito – a eficácia, o caráter institucional e as fontes –, Raz defende uma tese social forte, à qual ele vai dar o nome de tese das fontes.³⁰ Essa tese, então, vai defender que as decisões judiciais, na busca pela aplicação do direito, são emanadas através de padrões publicamente verificáveis, independentes de justificação moral – o que concede segurança jurídica ao sistema. Assim, a partir da concepção raziana de juridicidade, a função do direito constitui em “fornecer padrões publicamente verificáveis pelos quais os membros da sociedade ficam vinculados de modo que não podem se servir do pretexto da não-conformidade, desafiando a justificação da norma”³¹ (RAZ, 1979, p. 52). Através da adoção dessa tese, portanto, fica afastada a possibilidade de normas que sejam vinculativas através de argumentos morais (que poderiam, conseqüentemente, ser propostos por qualquer litigante).

O ponto central da tese das fontes sociais, enquanto concepção de juridicidade proposta por Raz, se funda, então, na defesa de que a natureza das regras de aplicação de um sistema jurídico, ou seja, as regras utilizadas pelas autoridades para imposição do direito no caso concreto, são, e somente podem ser, uma questão de fato e nunca uma questão moral (RAZ, 1996, p. 232).

Com isso, seguindo uma tradição positivista, Raz pretendeu construir uma concepção de juridicidade preocupada, sobretudo, com a segurança jurídica. Assim, de acordo com a sua teoria, restaram devidamente separados os papéis do teórico do direito, do legislador e do juiz. Ficaram separadas, portanto, a aplicação do direito

²⁹ Tradução nossa do original em inglês: “The sources of a law are those facts by virtue of which it is valid and which identify its content.”

³⁰ A essa tese das fontes – que merecerá a sua defesa – Raz vai contrapor, em outra obra de sua autoria (1996), duas outras teses: a tese da coerência, que segundo ele é defendida por Dworkin e sustenta que as decisões judiciais são baseadas em considerações de moralidade política e que os juízes têm o dever de perpetuar essa moralidade política; e a tese da incorporação, que segundo Raz é defendida por Coleman (e por todos os demais positivistas inclusivos) e sustenta que tudo que é derivado do direito é direito. Para este, a regra de reconhecimento de um sistema jurídico pode, entre outras coisas, incorporar critérios morais para a identificação do direito.

³¹ Tradução nossa do original em inglês: “(...) to provide publicly ascertainable standards by which members of the society are held to be bound so that they cannot excuse non-conformity by challenging the justification of the standard.”

da sua criação (RAZ, 1996, p. 327). A exceção proposta por Raz se dá somente quando o juiz não encontra, nas fontes legais do direito, argumento capaz de resolver a controvérsia judicial. Nesse caso, o juiz estaria necessariamente autorizado a criar direito novo.

Essa concepção sobre a juridicidade, conforme proposta por Raz é alvo de diversas críticas, levando em conta, sobretudo, que o modelo positivista de Joseph Raz corre o risco de favorecer um modo de argumentação praticamente irreflexivo, onde os agentes do direito acabam agindo “sem pensar” (ZENON BANKOWSKI, 2007, p. 200).

A teoria positivista de Scott Shapiro é bastante influenciada por esse positivismo desenvolvido por Joseph Raz. Porém, a recente teoria de Shapiro – desenvolvida em sua obra *Legality* (SHAPIRO, 2011) – apresenta inovações consideráveis para o positivismo jurídico, como a inserção de uma teoria da decisão judicial fundada em uma compreensão da argumentação jurídica como um raciocínio amoral.

Logo no início da sua obra, Shapiro explicita a metodologia utilizada para construir a sua teoria do direito. De acordo com Shapiro, existem duas opções metodológicas para se construir uma teoria do direito. A primeira é a opção *normativa*, que busca os fundamentos morais do direito. Esta opção metodológica se ramifica em outras duas, podendo ser dividida em *interpretativa* – que busca os fundamentos morais reais para o direito, ou seja, os fundamentos que, de fato, justificam o direito existente – e *crítica* – que busca os fundamentos para justificar o que deve ser o direito, a partir de uma perspectiva moral. A segunda opção metodológica é a *analítica*. Essa opção utiliza fundamentos metafísicos para analisar a natureza do direito e de suas entidades essenciais. Shapiro afirma que constrói a sua teoria do direito a partir desta opção metodológica – a *analítica* (SHAPIRO, 2011, p. 02-03).

Partindo dessa opção metodológica analítica, portanto, Shapiro busca investigar a natureza do direito, ou seja, objetiva demonstrar o que é o direito e não simplesmente qual o direito que deve ser escolhido. Trata-se, então, de uma questão de identidade, que busca observar as características que definem o direito enquanto direito. Trata-se da busca pelas propriedades necessárias do direito. Algo

que só pode ser feito, segundo Shapiro, a partir de uma perspectiva metafísica (SHAPIRO, 2011, p. 08).

Para solucionar essa questão de identidade, Shapiro propõe a utilização de truísmos, que, segundo o autor, formam uma relação de verdades óbvias acerca da identidade do objeto estudado. Esses truísmos devem ser aplicados em quatro estratégias diferentes: a estratégia comparativa (que compara o direito com institutos sociais que lhe são semelhantes, como a moral, a etiqueta, a religião); a estratégia do enigma (que busca a resolução através de *insights*); a estratégia construtivista (que enseja a construção fictícia de um sistema jurídico paralegal); e a estratégia anedótica (que propõe a análise do direito a partir da perspectiva antropológica sobre a constituição e funcionamento dos sistemas jurídicos) (SHAPIRO, 2011, p. 13-14).

No decorrer de sua obra, Shapiro utiliza essas estratégias para construir a sua teoria do direito: o direito como um sistema de planos compartilhados. Segundo Shapiro, planos são normas interiorizadas por pessoas que buscam um meio para se organizar. Esses planos podem ser revisados, mas sempre sujeitam o indivíduo a uma conduta voltada para um determinado fim. Na medida em que esses planos são formados dentro de uma comunidade ou um grupo social, ou seja, dentro de uma perspectiva coletiva, tem-se o desenvolvimento de uma cadeia de normas fundadas no anseio de organização em prol de objetivos comuns diversos.

Thomas Bustamante, citando Shapiro, afirma que:

A alegação principal da filosofia do direito de Shapiro é "que as regras fundamentais do sistema jurídico são *planos*", e, assim, "as condições de existência para o direito são as mesmas para os planos". Para explicitar de forma mais ampla, a alegação é que a "atividade jurídica é melhor compreendida como planejamento social e que as normas jurídicas constituem por si próprias planos, ou planos como normas."

Um plano, aqui, não é um "estado mental" ou uma intenção pessoal. Para os efeitos da Teoria do Planejamento de Shapiro, "os planos são entidades proposicionais abstratas que exigem, permitem ou autorizam os agentes a agir ou não agir, de certas formas, sob determinadas condições." Assim, "quando uma pessoa adota um plano pessoal", ela "coloca-se sob o governo de uma norma". (BUSTAMANTE, 2012, p. 221).³²

³² Tradução nossa do original em inglês: "The main contention of Shapiro's legal philosophy is 'that rules of the legal system are plans', and thus 'the existence conditions for the law are the same as those for plans'. To put it in even more broadly, the claim is that 'legal activity is best understood as social planning and that legal rules themselves constitute plans, or plan like norms.' A plan, here, is not a 'mental state' or a personal intention. For the purposes of Shapiro's Planning Theory, 'plans are abstract propositional entities that require, permit, or authorize agents to act, or not

Os planos são indispensáveis para a organização de atividades compartilhadas, segundo Shapiro. Através dos planos, é possível analisar as diferentes capacidades dos indivíduos pertencentes a um grupo social, o que permite a melhor distribuição de tarefas e a coordenação do comportamento de um grupo. Assim, os planos servem como um determinado controle social, inibindo comportamentos divergentes e propiciando um melhor resultado na busca pelo cumprimento dos objetivos (BUSTAMANTE, 2012, p. 223).

A introdução da hierarquia dentro do grupo social maximiza a função de controle social dos planos compartilhados (BUSTAMANTE, 2012, p. 223). A inserção dessa hierarquia é realizada, segundo Shapiro, através de uma economia da confiança – a distribuição da confiança baseada no plano mestre –, que leva em consideração as diferentes habilidades, responsabilidades e resultados dos diferentes indivíduos que formam o grupo social. De acordo com o sistema proposto pela economia da confiança, a falta de responsabilidade ou de habilidade de alguns indivíduos pode ser compensada pela responsabilidade capitalizada por um indivíduo responsável, que assuma funções de gerência e controle. Dessa forma, os créditos de confiança capitalizados por alguns indivíduos podem compensar o déficit de confiança gerado por outros através de um sistema hierárquico de planos sociais (SHAPIRO, 2011, p. 334-335).

Conforme explica Bustamante:

Além disso, como já vimos, a Teoria do Planejamento implica que os autores do plano mestre do sistema jurídico, ou seja, suas normas fundamentais, expressam atitudes de "confiança" e "desconfiança" para agentes e funcionários judiciais. Quando eles alocam uma vasta gama de discricionariedade para alguém, isso significa que a "economia da confiança" do sistema concede um alto grau de confiabilidade para essa pessoa, enquanto um baixo grau de confiabilidade é expresso sempre que os planejadores sociais limitam a atividade de alguém ligando-o a planos rígidos e inflexíveis e regulamentos. Isso é assim porque os planos são, para Shapiro, "dispositivos sofisticados de gestão de confiança e desconfiança", já que eles "permitem que as pessoas capitalizem a fé que têm em outros ou compensem a sua ausência." A resposta para a questão de qual teoria da interpretação ou qual abordagem do raciocínio jurídico deve ser adotado é, portanto, inteiramente determinado pela economia de confiança do sistema jurídico. (BUSTAMANTE, 2012, p. 225).³³

act, in certain ways under certain conditions.' Thus, 'when a person adopts a personal plan,' she "places herself under the governance of a norm".

Os trechos entre apóstrofes, no interior da citação, são fragmentos da obra de Scott Shapiro citados pelo autor.

³³ Tradução nossa do original em inglês: "Furthermore, as we have already seen, the Planning Theory entails that the authors of the master plan of the legal system, i.e. its fundamental rules, express

Segundo Shapiro, então, o direito é formado por um conjunto de planos sociais compartilhados, enquanto conjunto de normas que visam à organização da sociedade. Esse conjunto de planos está fundamentado em um *master plan* (ou plano mestre), que orienta a persecução dos objetivos da sociedade.

De acordo com Shapiro:

A alegação central da Teoria do Direito como Planejamento – que o direito é, em primeiro lugar e acima de tudo, um mecanismo de planejamento social, cujo objetivo é retificar as deficiências morais das circunstâncias da juridicidade – é sustentada por duas considerações. Primeiro, ela explica por que nós consideramos o direito valioso. É, por exemplo, uma suposição amplamente partilhada de teorias políticas que não concordam em praticamente mais nada que o direito é uma instituição social indispensável no mundo moderno. Esta crença é, naturalmente, inteiramente sensível ao considerarmos os benefícios e custos de vários métodos de planejamento em tais configurações. Dada a complexidade, a contingencialidade e a arbitrariedade da vida moderna, a necessidade moral de planos para orientar, coordenar e monitorar condutas é enorme. No entanto, pelas mesmas razões, é extremamente caro e arriscado para as pessoas resolver os seus problemas sociais por si só, através de improvisação, ordenação espontânea, ou acordos privados, ou comunitariamente, através de consenso ou formas de hierarquia personalizadas. Sistemas jurídicos, pelo contrário, são capazes de responder a essa grande demanda por normas a um preço razoável. Por causa da natureza hierárquica, impessoal e compartilhada do direito como planejamento, os sistemas jurídicos são ágeis, duráveis, e capazes de reduzir custos de planejamento, a tal ponto que os problemas sociais podem ser resolvidos de uma maneira eficiente. (SHAPIRO, 2011, p. 172).³⁴

attitudes of ‘trust’ and ‘distrust’ to agents and legal officials. When they allocate a wide range of discretion for someone, this means that the ‘economy of trust’ of the system grants a high degree of trustworthiness to this person, while a low degree of trustworthiness is expressed whenever the social planners limit the activity of someone by binding her to strict and inflexible plans and regulations. This is so because plans are, for Shapiro, ‘sophisticated devices for managing trust and distrust,’ since they ‘allow people to capitalize on the faith they have in others or compensate for its absence.’ The answer to the question of which theory of interpretation or which approach to legal reasoning ought to be adopted is thus entirely determined by the economy of trust of the legal system.”

Os trechos entre apóstrofes, no interior da citação, são fragmentos da obra de Scott Shapiro citados pelo autor.

³⁴ Tradução nossa do original em inglês: “The Planning Theory of Law’s central claim — that the law is first and foremost a social planning mechanism whose aim is to rectify the moral deficiencies of the circumstances of legality — is supported by two considerations. First, it explains why we consider law to be valuable. It is, for example, a widely shared assumption of political theories that agree on virtually nothing else that the law is an indispensable social institution in the modern world. This belief is of course entirely sensible when we consider the benefits and costs of various methods of planning in such settings. Given the complexity, contentiousness, and arbitrariness of modern life, the moral need for plans to guide, coordinate, and monitor conduct are enormous. Yet, for the same reasons, it is extremely costly and risky for people to solve their social problems by themselves, via improvisation, spontaneous ordering, or private agreements, or communally, via consensus or personalized forms of hierarchy. Legal systems, by contrast, are able to respond to this great demand for norms at a reasonable price. Because of the hierarchical, impersonal, and shared nature of legal planning, legal systems are agile, durable, and capable of reducing planning costs to such a degree that social problems can be solved in an efficient manner.”

Dessa forma, fica perceptível que, de acordo com a visão de Shapiro, o direito, enquanto uma forma de planejamento social, é uma necessidade, ou, em outras palavras, é imprescindível. Essa necessidade, segundo Shapiro, deriva da incapacidade dos sistemas morais de solucionar os conflitos sociais de maneira eficiente. “O que faz do direito, aqui entendido como uma instituição jurídica, o *direito* é que ele é uma organização de planejamento auto certificável obrigatório, cujo objetivo é resolver os problemas morais que não podem ser resolvidos, ou bem resolvidos, através de formas alternativas de ordenação social.”³⁵ (SHAPIRO, 2011, p. 225).

A esse caráter substitutivo do direito, ou melhor, a essa necessidade do direito enquanto remédio para “as deficiências morais das circunstâncias de juridicidade”³⁶ (SHAPIRO, 2011, p. 213), Shapiro vai atribuir o nome de *Tese do objetivo moral*.³⁷

Assim, pode-se dizer, em suma, que a concepção de juridicidade construída por Shapiro propõe um direito autopoietico, no sentido proposto por Luhmann (LUHMANN, 2009) – na medida em que é auto certificável, ou seja, não necessita de qualquer fundamento superior – e que é faticamente necessário, porque, segundo Shapiro, os sistemas morais não têm o condão de resolver os problemas sociais.

Mas de toda essa estrutura proposta por Shapiro pode surgir um questionamento: se o direito visa à solução de problemas, dentre outros, morais, a sua construção não seria, conseqüentemente, fundamentada em argumentos morais? De acordo com Shapiro, definitivamente, não. Os filósofos do direito devem estar preocupados com a obediência aos planos impostos pelo direito e ao respeito às normas, e, por isso, não fazem escolhas de cunho moral, mas tão somente buscam descrever o plano. Eles devem suspender os seus juízos morais em prol da perfeita observação do plano. A descrição da natureza do direito, conforme proposta em *Legality*, portanto, se desenvolve em uma perspectiva eminentemente metafísica.

³⁵ “What makes the law, understood here as a legal institution, the law is that it is a self-certifying, compulsory planning organization whose aim is to solve those moral problems that cannot be solved, or solved as well, through alternative forms of social ordering.”

³⁶ Tradução nossa do original em inglês: “(...) the moral deficiencies of the circumstances of legality.”

³⁷ Tradução nossa do original em inglês: “Moral aim thesis.” Essa tese do objetivo moral defende, em suma, que o direito tem como objetivo fundamental suprir as deficiências ou limitações do debate moral. Dessa forma, pode-se, segundo a mencionada tese, sustentar que o objetivo fundamental da atividade jurídica é remediar as deficiências morais das circunstâncias da juridicidade (SHAPIRO, 2011, p. 213).

A partir dessa perspectiva, Shapiro visa resguardar sua teoria, mantendo-a dentro da tradição do positivismo jurídico, segundo o qual o direito somente pode derivar de fatos sociais. As deficiências morais que os planos pretendem resolver não podem determinar o seu conteúdo, mas tão somente ser o seu objetivo. Assim, segundo Shapiro, “a existência e o conteúdo de um plano não podem ser determinados por fatos cuja existência os planos visam resolver”³⁸ (SHAPIRO, 2011, p. 275). A essa regra, Shapiro vai dar o nome de *SLOP* (*simple logic of planning*).

Nesta mesma esteira segue a teoria da decisão judicial proposta pelo professor da *Yale Law School*. Embora admita que possa haver juízos morais nas decisões judiciais, Shapiro informa que a missão do direito – exercida pelo juiz – é exatamente substituir as deliberações morais, tendo em vista que elas são falhas, conforme demonstrou a *Moral aim thesis*. O objetivo do direito é exatamente substituir a deliberação moral, tendo em vista a incapacidade desta para solucionar os conflitos sociais. Assim, de acordo com a regra do *GLOP* (*general logic of planning argument*) de Shapiro, “a interpretação de qualquer membro de um sistema de planos não pode ser determinada por fatos cuja existência qualquer membro do sistema objetiva solucionar”³⁹ (SHAPIRO, 2011, p. 311). Portanto, a moral, em vista das suas deficiências deliberativas, as quais só podem ser contornadas pela imposição de um sistema jurídico que substitua a necessidade de deliberação moral, não pode ser fonte para a interpretação do direito, sob pena de reabrirem-se todas as discussões que o direito havia encerrado com sua promulgação. Daí surge, então, a teoria amoral da argumentação jurídica de Scott Shapiro.

De acordo com o autor, entretanto, conforme anteriormente exposto, é possível que haja a utilização de juízos morais na interpretação jurídica, mas apenas nos casos em que o próprio sistema jurídico faz uma remissão a conceitos morais cujo conteúdo deve ser preenchido pelo intérprete. Sem embargo, no momento em que os juízes realizam juízos morais, eles estão tão somente agindo sob a permissão legal de aplicar padrões extrajurídicos (SHAPIRO, 2011, p. 272). Dessa forma, assim como o direito utiliza as regras da gramática ou admite situações em que se exige a aplicação de uma legislação estrangeira, disso não se pode concluir que essas regras façam parte do direito. Apenas são utilizadas pelo direito a partir

³⁸ Tradução nossa do original em inglês: “The existence and the content of a plan cannot be determined by facts whose existence the plans aims to settle.”

³⁹ Tradução nossa do original em inglês: “The interpretation of any member of a system of plans cannot be determined by facts whose existence any member of that system aims to settle.”

de sua permissão. Nesse mesmo sentido Shapiro trata os juízos morais (SHAPIRO, 2011, p. 272).

Como se nota, ressalvados casos onde há uma remissão expressa do direito à moral, a argumentação jurídica é um tipo de raciocínio amoral, já que a determinação da conduta exigida pelo direito independe de uma valoração moral positiva acerca dos comportamentos demandados pelo direito.

Disso resulta, segundo Shapiro (SHAPIRO, 2011, p. 304), que os juízes e advogados podem criar diferentes metodologias interpretativas que conduzam à solução do caso dentro do direito vigente. Assim, os juízes e aqueles que atuam na prática forense têm o condão apenas de aplicar o direito a cada caso, com a possibilidade de construir uma nova metodologia interpretativa que busque a melhor solução para o caso. A construção dessas diferentes metodologias interpretativas, segundo Shapiro, são as únicas responsáveis pela criação das desavenças teóricas existentes no direito. Portanto, se as desavenças teóricas são fruto apenas da escolha de diferentes metodologias interpretativas utilizadas em decisões judiciais, não há, segundo Shapiro, na prática forense, uma discussão acerca dos fundamentos do direito (BUSTAMANTE, 2012, p. 230). Apenas aos filósofos do direito incumbe a descoberta dos fundamentos do direito.

Conforme é possível observar, portanto, Shapiro distingue o papel dos filósofos do direito – que constroem uma teoria geral do direito, em uma perspectiva metafísica, e são capazes de descobrir e determinar o direito – do papel dos juízes – que é construir uma metodologia interpretativa para aplicar o direito a determinado caso. A escolha dessa metodologia interpretativa se dá em conformidade com a *economia da confiança* própria de cada sistema jurídico, que determina como as normas deste sistema jurídico devem ser interpretadas. Ainda em sua tese sobre o raciocínio jurídico (*legal reasoning*), Shapiro sustenta especificamente que o raciocínio jurídico é *amoral* e que a construção dos argumentos jurídicos deve ser dar internamente, ou seja, segundo critérios determinados pelo próprio direito. O raciocínio jurídico, para Shapiro, portanto, é visto muito mais como uma forma prescritiva do discurso jurídico do que normativa.

Destarte, Shapiro faz, por meio de sua tese sobre o raciocínio jurídico, uma clara distinção entre raciocínio jurídico e construção da decisão judicial. Isso porque, para este autor, o objetivo do raciocínio jurídico é descobrir o direito,

enquanto que o objetivo da decisão judicial é tão somente solucionar um conflito social (SHAPIRO, 2011, p. 248). Portanto, conforme conclui Bustamante, para Shapiro, enquanto o raciocínio jurídico é amoral, a construção da decisão judicial não se dá, necessariamente, da mesma forma, por não ser feita a partir de uma perspectiva metafísica (BUSTAMANTE, 2012, p. 231).

3.1.2 Uma releitura do positivismo jurídico inclusivo como uma concepção de juridicidade

O positivismo jurídico inclusivo é constituído por uma corrente da teoria do direito que defende uma concepção diferenciada do positivismo jurídico. Essa corrente, bastante moderna se comparada com o positivismo jurídico tradicional e com o não positivismo, é, atualmente, bastante difundida. Um dos seus defensores mais reconhecidos é Jules Coleman.

Em sua obra *The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory* (COLEMAN, 2003), Coleman apresenta a sua concepção positivista de juridicidade, enfocada, sobretudo, naquilo que defende ser o positivismo inclusivo. Trata-se de uma corrente nascida como reação às já anteriormente mencionadas críticas impostas por Ronald Dworkin à concepção positivista de juridicidade desenvolvida pelo Professor H. L. A. Hart. Segundo Coleman, as críticas de Dworkin, que enfraqueceram a tese sustentada pelo positivismo exclusivo, funcionaram como um catalisador para a construção da concepção positivista inclusiva de juridicidade (COLEMAN, 2003, p. 116).

A concepção de juridicidade proposta por Coleman segue os fundamentos básicos da teoria do direito de Hart, ao defender a existência de uma regra de reconhecimento necessária em todo e qualquer sistema jurídico. Essa regra de reconhecimento, para Hart – assim como para Coleman – tem o condão de identificar a validade das normas jurídicas e existe como uma questão de convenção (DWORKIN, 2010b, p. 269). Dessa forma, a concepção de juridicidade proposta por Coleman se funda na tese de que os critérios de verificação do direito e de sua validade são, em suma, uma questão de convencionalidade. (DWORKIN, 2010b, p. 268).

Para Coleman, portanto, o positivismo inclusivo compartilha com o positivismo exclusivo aquilo que se pode denominar a tese da convencionalidade dos critérios

de juridicidade (COLEMAN, 2003, p. 107), sendo que se pode tratar a tese da convencionalidade como “uma instância especial da pretensão geral de que os critérios da juridicidade são convencionais”⁴⁰ (COLEMAN, 2003, p. 103). Assim, Coleman defende que “para os positivistas de quaisquer variedades, a existência de critérios de juridicidade em qualquer comunidade depende de fatos sociais – e não de argumentos morais. Os critérios de juridicidade são, neste sentido, convencionais”⁴¹ (COLEMAN, 2003, p. 107).

A questão é que há uma clara distinção entre a concepção positivista exclusiva de juridicidade e a concepção positivista inclusiva de juridicidade. O que distingue as duas concepções é, exatamente, o que pode contar como critério de juridicidade. Para Coleman, de acordo com a concepção positivista inclusiva de juridicidade, até mesmo a moralidade de uma norma pode, às vezes, constituir uma condição para a caracterização da sua juridicidade, ou seja, para definir se determinada norma é ou não direito (COLEMAN, 2003, p. 107).

O que ocorre é que a concepção de juridicidade proposta pelo positivismo inclusivo propõe uma diferenciação interna aos critérios de juridicidade: a distinção entre os fundamentos e o conteúdo destes critérios. Segundo Jules Coleman, “os fundamentos dos critérios devem ser um fato social (uma convenção entre oficiais), mas os critérios, em si mesmos, não precisam exprimir fatos sociais”⁴² (COLEMAN, 2003, p. 107). Portanto, afirma Coleman, “se a moralidade é ou não uma condição de juridicidade em um determinado sistema jurídico particular depende de uma regra social ou convencional, sobretudo da regra de reconhecimento”⁴³ (COLEMAN, 2003, p. 108).

De acordo com a concepção positivista inclusiva de juridicidade, então, se a regra de reconhecimento determina que a moralidade é uma condição de juridicidade, então a moralidade é uma condição de juridicidade daquele sistema, ou seja, para que determinada norma seja direito, ela deverá atender ao requisito moral imposto pela regra de reconhecimento. Da mesma forma, se a regra de

⁴⁰ Tradução nossa do original em inglês: “(...) a special instance of the general claim that the criteria of legality are conventional”.

⁴¹ Tradução nossa do original em inglês: “(...) for positivists of whatever variety, the existence of the criteria of legality in any community depends on social facts – and not on moral arguments. The criteria of legality are in this sense conventional”.

⁴² Tradução nossa do original em inglês: “The grounds of the criteria must be a social fact (a convention among officials), but the criteria themselves need not *state* social facts”.

⁴³ Tradução nossa do original em inglês: “whether or not morality is a condition of legality in particular legal systems depends on a social or a conventional rule, namely the rule of recognition”.

reconhecimento não incorpora nenhum princípio moral, então nenhum desses princípios figura como critério de juridicidade. As autoridades de uma determinada comunidade, portanto, têm o condão de determinar, com base nos fundamentos (fatos sociais), quais serão os critérios de juridicidade daquele determinado sistema jurídico. Esses critérios podem incorporar, ou simplesmente ignorar, princípios morais, tendo em vista a convenção criada por aquela determinada comunidade (COLEMAN, 2003, p. 108).

Assim, se determinados princípios morais são direito em determinada comunidade, o são em virtude de suas fontes sociais, ou seja, a convenção construída pelos oficiais do direito daquela determinada comunidade, fundamentada nas suas fontes sociais, inclui princípios morais como critérios de validade daquele sistema jurídico. Esses princípios morais, portanto, podem não somente ser parte integrante do direito, como também critérios fixados pelos oficiais do direito para determinar o que é direito (ou o que é direito válido), tendo em vista o seu mérito (ou conteúdo), desde que a convenção daquela determinada sociedade determine dessa forma, com fundamento tão somente em fatos sociais e não em valores morais (COLEMAN, 2003, p. 109).

De acordo com Coleman, é possível, de fato, então, haver divergências quanto à aplicação das regras criadas com base na convenção social (ou na regra de reconhecimento). Essas divergências podem ensejar uma verdadeira discussão no âmbito da argumentação moral. Entretanto, para Coleman, a existência de uma convenção compartilhada por uma comunidade jurídica é um fato social e, portanto, independe das divergências criadas no âmbito das discussões morais⁴⁴. O fato é que os juízes compartilham uma regra convencional que determina como identificar o direito, inobstante o fato de existirem divergências acerca do conteúdo material deste direito (DWORKIN, 2010b, p. 280).

A concepção positivista de juridicidade defendida pelo positivismo inclusivo, portanto, abre a possibilidade para a incorporação de critérios morais que venham a definir, em uma sociedade, o que é e o que não é direito (ou direito válido). Ocorre

⁴⁴ Essa tese proposta por Coleman é veementemente criticada por Dworkin (DWORKIN, 2010b). De acordo com Dworkin, Coleman aceita que existem divergências substanciais entre os oficiais do direito para a identificação do conteúdo das normas jurídicas. “Coleman, porém, insiste que os juízes estão seguindo uma convenção sobre o modo de identificar o que o direito exige quando divergem acerca do que ele exige. Portanto, ele se vê diante do desafio de explicar como isso é possível” (DWORKIN, 2010b, p. 270).

que, conforme muito bem ressalta Coleman, trata-se de uma possibilidade e não de uma necessidade.

3.2. A prática jurídica em situações limite sob a perspectiva positivista

No tópico anterior foram analisadas algumas teorias jurídicas positivistas contemporâneas como concepções de juridicidade. A análise dessas teorias demonstrou que, apesar de apresentarem, em alguns pontos, diferentes aspectos, tratam-se, de fato, de teorias que podem ser abarcadas em uma mesma classificação teórico-metodológica.

Os aspectos comuns se devem, sobretudo, à caracterização do direito como fruto de fontes sociais, imposto por uma autoridade e que não pode ter a sua validade questionada por méritos morais. Ao contrário do demonstrado pelos positivistas normativos, as demais concepções positivistas de juridicidade se caracterizam, ainda, por serem construídas a partir de um pretense plano metateórico, implicando, portanto, em uma separação necessária das atuações dos juízes (e demais práticos jurídicos) dos filósofos do direito.

Neste tópico, serão apresentadas duas abordagens sobre a aplicação do direito, sob a perspectiva de concepções positivistas de juridicidade, em situações limites, nas quais é iminente a transição do regime jurídico-político que rege determinados comportamentos da vida em comunidade.

A primeira abordagem é proposta por Anthony Sebok em um artigo intitulado *Legal Positivism and American Slave Law: The Case of Chief Justice Shaw* (SEBOK, 1999). Nesse artigo, Sebok faz menção à época em que os Estados Unidos vivia às avessas com a sua Constituição e com a sua lei de escravos, em um contexto no qual os estados do norte já haviam proibido a escravidão e os estados do sul ainda a mantinham. O foco da análise de Sebok, entretanto, se dá em Lemuel Shaw – que foi o Chefe de Justiça do Supremo Tribunal Judicial de Massachusetts entre 1830 e 1860. Segundo Sebok, Shaw era um habilidoso juiz comprometido com a causa abolicionista que, ao declarar, em 1851, que o governo federal e não o estado de Massachusetts detinha o poder de legislar sobre escravos fugitivos, foi tido como traidor (SEBOK, 1999, p. 113).

Sebok explica que o ato de Shaw foi erroneamente interpretado e que duas dessas interpretações equivocadas ganharam maior proeminência – as

interpretações de Robert Cover e de William Nelson. A primeira interpretação propôs que Shaw se viu em um dilema moral ao enfrentar a questão, ou seja, se encontrou entre seguir a determinação legal e fazer aquilo que era, para ele, moralmente correto. Assim, para Cover (COVER, 1975), Shaw adotou um posicionamento formalista, de forma a tentar diminuir ao máximo a influência de sua própria concepção moral na decisão, decidindo em conformidade com a mais estrita determinação legal (SEBOK, 1999, p. 113). Para William Nelson (NELSON, 1974), ao contrário, Shaw abandonou a previsão legal e agiu de maneira instrumental, pragmática. Na visão de Nelson, a decisão de Shaw procurou evitar que a sentença fosse mais uma contribuição para a deflagração de uma guerra entre os estados do norte e os estados do sul (SEBOK, 1999, p. 114).

Sebok, entretanto, desacredita ambas as interpretações e procura demonstrar que Shaw, na verdade, estava apresentando uma decisão em conformidade com a sua concepção positivista do direito e isso somente poderia ser demonstrado através do estudo das decisões anteriores de Shaw – que tanto Cover quanto Nelson ignoraram (SEBOK, 1999, p. 114).

O primeiro momento relevante no qual Shaw demonstra a sua concepção positivista, segundo Sebok, se deu quando, no julgamento do caso *Aves*⁴⁵, Shaw utilizou como paradigma a jurisprudência criada no caso *Somerset*⁴⁶. Este caso, de 1772, foi relativo a um escravo (*Somerset*) que havia viajado em companhia de seu senhor do estado da Virgínia para Inglaterra, onde tentou fugir. Para resgatá-lo, o senhor de escravos citou a tradição da cortesia, segundo a qual países ou estados diferentes devem estender a aplicação do direito de outro estado em casos que envolvam propriedade privada, bens imóveis e contratos. Mas essa norma também previa que nenhum estado era obrigado a aplicar lei externa que fosse prejudicial para si, para os seus cidadãos ou para a moralidade pública.

Assim, no caso *Somerset*, o entendimento do tribunal foi no sentido de que não deveria ser aplicada a cortesia, tendo em vista que “o estado de escravidão é de tal natureza que é incapaz de ser imposto por qualquer razão, a não ser pelo direito positivo”⁴⁷ (SEBOK, 1999, p. 115).

⁴⁵ *Commonwealth v. Aves*, 35 Mass. 193 (1836).

⁴⁶ *Somerset v Stewart*, (1772) 98 Eng. Rep. 499 (KB).

⁴⁷ Tradução nossa do original em inglês: “the state of slavery is of such a nature, that it is incapable of being introduced on any reasons . . . but only by positive law”.

Em 1836, Shaw adotou esse caso como paradigma para decidir o caso *Aves*. Este se tratava de um caso de trânsito – hipótese na qual os senhores levavam voluntariamente os escravos para os estados do norte livre. Também existiam os casos dos fugitivos, nos quais os escravos fugiam do sul e se refugiavam em estados do norte livre (SEBOK, 1999, p. 114). Com o caso *Aves*, ao aplicar *Somerset*, Shaw criou o entendimento de que não haveria mais a aplicação da cortesia nos casos de trânsito, tendo em vista que a escravidão somente poderia ser imposta através de lei vigente e, portanto, não haveria a possibilidade de manutenção de escravos em estados do norte, ainda que acompanhados dos seus senhores do sul (SEBOK, 1999, p. 119).

Segundo Sebok, Shaw havia, então, estabelecido que a escravidão era formada por uma série de privilégios e que somente em um estado do sul que houvesse estabelecido legalmente a sua vigência poderia haver respeito ao direito de propriedade do senhor de escravos.

Ocorre, entretanto, que a Cláusula do Escravo Fugitivo, imposta pelo artigo 4º da Constituição dos Estados Unidos, determinava a devolução dos escravos que haviam fugido de estados do sul (casos de fugitivos). Para esses casos, Shaw entendeu que o Congresso, que havia permitido a manutenção da escravidão nos estados do sul, detinha o poder para legislar e permitir ou não que municípios e estados mantivessem a escravidão (SEBOK, 1999, p. 124).

No julgamento do caso *Sims*⁴⁸ (um caso de fugitivo), em 1851, Shaw se viu, então, obrigado a declarar esse entendimento para determinar a devolução de um escravo fugitivo para o seu estado de origem (SEBOK, 1999, p. 129).

Acontece, no entanto, que, segundo Sebok, Shaw, de forma alguma foi ou formalista ao extremo ou instrumentalista, como defenderam Cover e Nelson, ao decidir o caso *Sims*. Apesar de apresentar resultados diferentes em *Aves* e em *Sims*, Shaw utilizou o mesmo argumento nos dois julgamentos, se mantendo fiel tanto à jurisprudência criada em *Somerset* quanto ao seu respeito pela Constituição e pela competência do Congresso. Isso, ao contrário do defendido por Cover, não pode ser chamado de aplicação mecanicista da jurisprudência criada em *Somerset*, já que a aplicação dessa jurisprudência foi fruto de uma interpretação que, inclusive, alcançou resultados diferentes em diferentes julgamentos (SEBOK, 1999, p. 131).

⁴⁸ *Thomas Sims' Case*, 7 Cush. 285 (Mass. 1851).

Por outro lado, Sebok referenda que Shaw não construiu um argumento diferente para liberar (caso *Aves*) ou devolver escravos fugitivos (caso *Sims*). Muito pelo contrário, o mesmo fundamento foi utilizado nos dois casos. Assim, caso se leve em consideração que argumentos pragmáticos (ou utilitaristas) são utilizados para defender uma posição política independentemente do direito aplicável, é, de fato, extremamente difícil caracterizar Shaw como instrumentalista, como queria Nelson (SEBOK, 1999, p. 132).

Nesse sentido, Sebok defende que:

A crença de Shaw de que o conteúdo das normas jurídicas sobre os escravos fugitivos poderia ser encontrado em um conjunto de fontes jurídicas e sua insistência na aplicação de *Somerset*, apesar de este caso ter sido ignorado por 50 anos, implica que Shaw via o direito como um conjunto de normas cuja autoridade dependia muito de um tipo específico de critérios não morais. Além disso, a insistência de Shaw em aplicar o direito, mesmo que fosse imoral, implica que Shaw acreditava que a moralidade e a existência de uma lei eram questões separadas e poderiam entrar em conflito. A ideia de que a validade jurídica depende de um conjunto específico de fontes; que o direito é um sistema de regras; e que não há nenhuma conexão necessária entre direito e moral é, naturalmente, o conteúdo básico do positivismo jurídico (SEBOK, 1999, p. 136).⁴⁹

No entendimento de Sebok, portanto, Shaw foi um representante inicial de um positivismo constitucionalista, já que enxergava como fontes do direito não somente a lei, mas também a jurisprudência criada pelos tribunais em consonância com a Constituição (precedentes judiciais). Além do mais, Shaw acreditava que os juízes tinham o dever de suspender a aplicação de leis que estipulassem deveres em sentido contrário ao expresso na Constituição (SEBOK, 1999, p. 138).

Shaw, assim como Story, reconheceu que as fontes do common law eram os precedentes provenientes de cortes anteriores, em função dos quais cada juiz deveria aplicar os princípios do raciocínio jurídico que eram apreendidos através de um estudo cuidadoso do common law. Para colocá-lo na terminologia de Hart, a regra de reconhecimento para Shaw não era apenas a Constituição, mas as

⁴⁹ Tradução nossa do original em inglês: "Shaw's belief that the content of the law concerning fugitive slaves could be found in a set of legal sources and his insistence on applying *Somerset* even though it had been ignored for fifty years implies that Shaw viewed law as a set of rules whose authority depended very much on a specific kind of non-moral criteria. Furthermore, Shaw's insistence on applying the law even though it was immoral implies that Shaw believed that the morality and the existence of a law were separate matters, and could conflict. The idea that legal validity depends on a specific set of sources; that law is a system of rules; and that it has no necessary connection between law and morality is, of course, the basic content of legal positivism."

regras de interpretação que lhe permitiram reconhecer os precedentes do common law que foram autorizados nos termos da Constituição (SEBOK, 1999, p. 139).⁵⁰

Dessa forma, ficou claro para Sebok que a decisão de Shaw de adotar o precedente firmado em *Somerset* se pautou pela adoção de uma concepção positivista abrangente, na qual a regra de reconhecimento não se limita apenas ao texto expresso da Constituição (SEBOK, 1999, p. 141). A adoção dessa concepção teve, para Sebok, um resultado muito claro e típico do positivismo jurídico. Segundo Sebok, “uma lição importante deste estudo da interpretação de Shaw das leis escravocratas no período que antecedeu a guerra civil é que, embora o positivismo (nas mãos de um bom juiz) possa melhorar a qualidade de julgamento em um dado sistema jurídico, ele nunca pode se assegurar contra um resultado injusto”⁵¹ (SEBOK, 1999, p. 142).

A outra relevante abordagem a ser apreciada neste capítulo é aquela desenvolvida por David Dyzenhaus, em um estudo sobre a aplicação das leis de segregação racial e de segurança nacional na época de vigência do *apartheid* na África do Sul. O referido estudo foi desenvolvido na obra *Hard Cases In Wicked Legal Systems*, publicada em 1991 e foi dividido em duas partes, de forma a abordar cada temática separadamente.

O primeiro texto – *Adjudication and racial segregation* – lida com a interpretação judicial das leis do *apartheid* impostas pelo governo nacionalista com o intuito de implementar a política de segregação racial e suprimir a oposição ao regime. Os juízes, nesse contexto, lidavam quotidianamente com casos em que leis (ou atos normativos) impostas pelo governo segregacionista concediam poderes à Administração Pública para garantir a eficácia da política de segregação.

Segundo Dyzenhaus, quando um juiz analisa um caso de direito administrativo, cabe a ele perquirir se o ato do servidor estava em consonância com a lei ou não (se ele detinha poderes para realizar o ato; se aquela ordem era legal). A pergunta a ser feita é se a intenção legislativa foi atendida ou respeitada. E a

⁵⁰ Tradução nossa do original em inglês: “Shaw, like Story, recognised that the source of common law was the precedents passed down from earlier courts, to which each judge was to apply principles of legal reasoning that were themselves learned through careful study of the common law. To put it in Hart’s terminology, the rule of recognition for Shaw was not only the Constitution, but the rules of interpretation that allowed him to recognise common law precedents that were authorised under the Constitution.”

⁵¹ Tradução nossa do original em inglês: “an important lesson of this study of Shaw’s interpretation of antebellum slave laws is that although positivism (in the hands of a good judge) can improve the quality of adjudication in a given legal system, it can never insure against an unjust result.”

resposta deve ser construída através dos critérios utilizados para um teste de juridicidade, que inclui a equidade, razoabilidade, justiça e boa fé (DYZENHAUS, 1991, p. 52).

O primeiro caso analisado pelo autor, datado de 1934 ⁵², trata de uma instrução do chefe dos correios que determinou uma divisão no posto dos correios de Transvaal em duas sessões: uma para europeus e outra para não europeus. Neste caso, em decisão primária, restou decidido que a determinação administrativa não era condizente com a intenção legislativa, pois era desigual em seu tratamento e, por tanto, desarrazoada (DYZENHAUS, 1991, p. 53). Em decisão colegiada, porém, a Divisão de Apelação reformou, por maioria, a decisão, por entender que a ordem administrativa não era desarrazoada e não implicava em uma desigualdade de tratamento que envolvesse uma opressiva ou gratuita interferência nos direitos dos diferentes envolvidos. Segundo um dos julgadores da turma, inclusive, a divisão poderia até facilitar o trabalho, tendo em vista os diferentes costumes e linguagens das diferentes raças (DYZENHAUS, 1991, p. 54).

Abordando os votos prolatados pelos juízes do órgão colegiado, Dyzenhaus afirma que eles se comportaram em acordo com o que Hart chamava de moralidade positiva (a moralidade atualmente aceita e compartilhada por um grupo social). Assim, sob a perspectiva desses magistrados, os juízes deveriam julgar tendo em vista a moralidade positiva, e não uma moralidade crítica. Dyzenhaus relembra ainda que a prática desses juízes também era marcada pelo fato de que, sempre que havia alguma dúvida acerca da interpretação de uma lei, deveria ser analisada a lei anterior a ela. Essas leis anteriores, levando-se em consideração a África no contexto do *apartheid*, eram ainda mais racistas, senão escravagistas.

Segundo Dyzenhaus, a utilização do referido padrão pode ser denominada “teste do desenho histórico”. Esse padrão se justifica, segundo o autor, tendo em vista que as leis anteriores foram utilizadas na formação da vontade do legislador e podem, portanto, legitimar a invocação de uma intenção particular do legislador. Dyzenhaus dá a esse tipo de interpretação o nome de “abordagem do fato claro (ou simples)”. De acordo com essa abordagem, o juiz deve levar em consideração não o que ele acha, a partir de suas convicções morais, que deve ser o direito. Ele deve atribuir à lei, no caso concreto, o significado proposto pelo Parlamento. Ele não deve

⁵² *Minister of Posts and Telegraphs v. Rassol*, 1934 AD 167.

procurar saber o que deve ser o direito, mas sim encontrar as fontes que legitimam a vontade do Parlamento (DYZENHAUS, 1991, p. 156).

Dyzenhaus suscita, ainda, que, segundo Hart e Raz, esse “fato certo” somente pode ser considerado fonte do direito quando não há possibilidade de se entender realmente qual a vontade do legislador a partir da própria lei vigente que seria aplicável ao caso. (DYZENHAUS, 1991, p. 58). Mas o que se pode ver em comum no voto de todos esses juízes, segundo Dyzenhaus, é que todos acreditam ter o dever de aplicar o direito que, em algum sentido, é pré-existente às suas decisões (DYZENHAUS, 1991, p. 62).

Em sentido contrário aos votos majoritários e vencedores, Dyzenhaus cita o voto do juiz Gardiner, que defendeu que a igualdade é um princípio fundamental do direito, segundo o qual todos os homens são iguais perante o direito. Assim, em casos nos quais o Legislativo atua em sentido contrário à igualdade, seria dever do Judiciário observá-la (DYZENHAUS, 1991, p. 59). Para Gardiner, seria dever do juiz respeitar o princípio porque os juízes devem manter uma conduta histórica de buscar a justiça de acordo com a jurisprudência. Nessa visão, um princípio é constitutivo de um contexto interpretativo e não uma mera regra de direito. Segundo Dyzenhaus, Gardiner concede ao juiz um poder de rastreamento com essa visão interpretativa (DYZENHAUS, 1991, p. 60). A concepção de Gardiner é, portanto, formada pelo que, em sua visão, são os princípios fundamentais da moralidade crítica embebidos no direito (DYZENHAUS, 1991, p. 61).

Dyzenhaus vai chamar a postura interpretativa de Gardiner de abordagem do *common law*, segundo a qual o *common law* é formado não apenas por uma coleção de regras, mas por um conjunto de princípios que explicam e justificam o direito explícito dentro do contexto no qual os juízes devem interpretar as normas (DYZENHAUS, 1991, p. 62).

Dyzenhaus analisa, posteriormente, o caso *Abdurahman*, julgado em 1950⁵³ – dois anos após a ascensão do Partido Nacionalista ao poder – e a forma como este caso influenciou os seguintes. O caso trata de uma lei de 1916 que determinava a segregação dos vagões de trens em razão da raça (negros e europeus). *Abdurahman* fazia parte de um movimento social *antiapartheid* que lutava contra a segregação nos trens. Para Centlivres – o juiz responsável pelo caso –, a

⁵³ *R. v. Abdurahman*, 1950 (3) SA 136 (A).

desigualdade era ilegal e não poderia permanecer no seio de uma sociedade que é regida pelo direito (DYZENHAUS, 1991, p. 63).

Um outro caso – *Lusu*⁵⁴ – com as mesmas características surgiu logo posteriormente. Mas nesse caso o governo havia emendado a lei que permitia a segregação nos trens para dar poderes maiores de controle à administração para garantir a conveniência e permanência da divisão. Novamente, o caso foi julgado em desfavor do governo, que apelou. Segundo o governo, a emenda à lei havia garantido poderes discricionários para aplicar qualquer política, ainda que desigual.

Agora na corte colegiada, Centlivres, responsável pelo julgamento do caso, entendeu que uma lei não pode conceder poderes à administração pública para agir de forma substancialmente desigual. Lado outro, para Centlivres, o poder da administração concedido pelo legislativo não pode sofrer intervenção do judiciário, a não ser que haja uma desigualdade substancial, ou um grau substancial de desrespeito à igualdade (DYZENHAUS, 1991, p. 66).

Analisando o mérito do caso, Centlivres entendeu que houve uma separação, mas não uma desigualdade substancial que justificasse a intervenção judicial. Assim, no entendimento esboçado no julgamento desse caso, quando há uma lei permitindo a segregação racial, o princípio da igualdade requer que a diferenciação imposta não produza uma desigualdade substancial (DYZENHAUS, 1991, p. 67).

Em uma análise geral, Dyzenhaus defende, então, que os juízes dos casos citados queriam alertar para o fato de que eles entendem que devem decidir os casos de acordo com o que o direito positivo requer, o que diverge totalmente do proposto pela moralidade crítica. Conforme cita Cover, estes sistemas jurídicos perversos (como o regime imposto pelo *apartheid*), impõem a coexistência conflitante de dois subsistemas prescritivos: o direito e a moralidade (anti-segregação) (DYZENHAUS, 1991, p. 82).

Dyzenhaus, por fim, sustenta que vai abordar essa dissonância em uma perspectiva estritamente mais limitada, segundo a qual os juízes que fazem comentários dissonantes pensam que há uma divergência entre o que é exigido pelo direito e o que a moralidade crítica exigiria se não fosse por sua responsabilidade política como juízes (DYZENHAUS, 1991, p. 83).

⁵⁴ *R. v. Lusu*, 1953 (2) SA 484 (A).

Assim Dyzenhaus traçou neste capítulo uma história da evolução da abordagem do fato simples utilizada em interpretação de casos de segregação racial na África do Sul entre 1934 e 1961. Ele demonstrou como essa prática está enraizada nos tribunais, mas mostrou também como ela compete com a abordagem do *common law*. Aquela abordagem ganhou forte ênfase com a ascensão do partido nacionalista ao governo. Afinal, essa abordagem era bastante apropriada para o fortalecimento das políticas do *apartheid* (DYZENHAUS, 1991, p. 84).

Mas a segregação, segundo Dyzenhaus, era apenas uma vertente do *apartheid*. A segunda vertente era formada pelas leis de segurança que coíbiam e erradicavam a oposição à segregação (DYZENHAUS, 1991, p. 84). Este tema merece a atenção de Dyzenhaus na segunda parte do seu texto – *Adjudication and national security*.

As leis de segurança às quais Dyzenhaus faz alusão constituem aquelas impostas em estados de emergência, nos quais um estado está em colapso civil ou em uma iminente guerra ou mesmo um desastre natural (DYZENHAUS, 1991, p. 85).

Em 1939, em meio ao contexto da Segunda Guerra Mundial, a coroa britânica expediu um ato que concedia poder ao secretário de estado para deter qualquer pessoa que ele tivesse razões para crer que cometeu ou cometeria ato prejudicial à segurança ou a defesa do reino ou instigasse atos deste tipo. *Liversidge* é um caso de detenção com esse fundamento⁵⁵. O caso tomou um tom particular devido à aplicação do ato, tendo em vista que cabia ao ministro fazer um juízo a partir do qual acreditasse ou tivesse razões suficientes para crer que o indivíduo era perigoso. O caso, então, era: esse teste era objetivo? Ele poderia ser juridicamente razoável? A maioria do tribunal decidiu que esse teste deveria ser, realmente, de caráter subjetivo do ministro. E que isso estaria de acordo com o direito. Lord Atkin divergiu (DYZENHAUS, 1991, p. 86).

No caso *Liversidge*, segundo Lord Maugham, a lei era tão clara quanto à discricionariedade do ato executivo que não caberia sequer uma interpelação judicial quanto à sua legalidade. Ademais, se o ato é executivo, não caberia requerer de um ministro que levasse em consideração, no ato de detenção, todos os requisitos de um ato judicial (julgamento). Por fim, Lord Maugham alegou que a lei se fundamenta

⁵⁵ *Liversidge v. Anderson*, (1942) AC 206.

em uma necessidade de sigilo, tendo em vista o contexto. Isso, portanto, afasta a possibilidade de se perquirir a razoabilidade do ato. Mas a maioria dos julgadores teve que lidar com um problema: como enfrentar a palavra “razoável” que estava na frase do ato: razoável para acreditar (DYZENHAUS, 1991, p. 88).

Nesse caso, alguns juízes fizeram uma interpretação da palavra de forma a concebê-la da melhor forma para atender aos desígnios que surgem do próprio ato. Assim, a palavra razoável entraria no cuidado que o próprio ministro deveria ter com o caso que ele acredita ser de perigo para a coroa.

O voto da maioria demonstrou, de fato, a opção pela abordagem do fato certo, que defende o afastamento da moral (seja ela jurídica ou política) da interpretação judicial. Trata-se de um foco na previsão legal (positivismo jurídico). Essa abordagem requeria que os juízes decidissem um caso na forma como os legisladores gostariam que eles fizessem. Assim, os princípios do *common law* apenas seriam relevantes nos casos de omissão legal ou de interpretação duvidosa (DYZENHAUS, 1991, p. 89).

Dyzenhaus cita um caso semelhante de detenção fundamentada em ato que concedeu ao Poder Executivo poderes para internar pessoas com comportamento suspeitamente hostil: o caso *Halliday*⁵⁶. Segundo a defesa, não pode um ato ser interpretado no sentido de conceder ao Executivo poderes de detenção e, de qualquer forma, uma lei deve sempre ser interpretada levando em consideração a prioridade da liberdade em relação ao aprisionamento – presunção de liberdade, inocência. Os juízes defenderam que os direitos devem ser restringidos em tempos de guerra para garantir a segurança do reino. As presunções, então, estariam suspensas em um estado de emergência (DYZENHAUS, 1991, p. 87). Se as presunções estavam suspensas, caberia ao juiz apenas analisar se o ato do executivo condizia com o que estava prescrito na lei.

Para Dyzenhaus, a análise dos casos demonstra que o juiz chega a uma conclusão para a questão judicial porque ele, por uma questão de responsabilidade judicial, adota a abordagem do fato certo. Isso porque ele deve dar uma resposta legalmente autorizada para a questão. O juiz, assim, analisa uma questão de fato imposta pelo Legislativo. Trata-se de decidir o caso através do raciocínio que leva

⁵⁶ *R. v. Halliday*, (1917) AC 260.

em consideração apenas as considerações fáticas apropriadas. Trata-se de aplicar uma concepção positivista de juridicidade (DYZENHAUS, 1999, p. 105-106).

3.3 Análise das concepções positivistas de juridicidade e de sua aplicação

Buscou-se analisar, neste capítulo, algumas das mais influentes teorias positivistas contemporâneas, de forma a reconstruí-las como concepções positivistas de juridicidade e lhes sublinhar os aspectos comuns – que, inclusive, permitem a sua classificação teórico-metodológica como positivistas – e os pontos de divergência.

Como muito bem ratificado por Alfonso García Figueroa, existem dois aspectos centrais defendidos pelas diferentes concepções positivistas de juridicidade: “a tese das fontes sociais e a tese da falibilidade moral. Em ambas está implícita a tese geral do positivismo jurídico: a ausência de uma relação conceitual necessária entre direito e moral”⁵⁷ (GARCÍA FIGUEROA, 1998, p. 261).

Ficou demonstrado, assim, que as concepções positivistas de juridicidade (ou, ao menos aquelas aqui analisadas), enquanto interpretações inevitavelmente subjetivas de valores políticos, visam, a todo custo, à garantia da segurança jurídica e à manutenção de um status quo imposto pelas leis vigentes. Isso se torna claro, a título de exemplo, quando Raz define que o objetivo do direito de acordo com a tese das fontes sociais é fornecer padrões publicamente verificáveis à sociedade de forma a conformar o seu comportamento.

Tornou-se evidente que outro objetivo positivista, conseqüentemente, é evitar que os julgamentos levem em consideração deliberações morais, já que estas impedem, segundo as concepções positivistas de juridicidade, a construção de um padrão certo e verificável. Dessa forma, a tradição positivista afasta, necessariamente, a correção moral do rol de critérios indispensáveis à validade do direito. Como bem percebeu Sebok (SEBOK, 1999, p. 142), uma consequência clara da adoção dessas concepções é que o juiz, embora possa garantir a legalidade de um julgamento, não pode, de forma alguma, garantir que este julgamento esteja afastado de uma injustiça.

⁵⁷ “(...) la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la falibilidad moral. En ambas se halla implícita la tesis general del positivismo jurídico: la ausencia de una relación conceptual necesaria entre derecho y moral”.

É certo que agora ainda não é o momento adequado para proceder a uma análise acerca do cabimento ou não de uma ou mais concepções positivistas de juridicidade ao contexto da justiça de transição. Isso por dois motivos. Primeiramente, ainda não foram desentranhadas as concepções não positivistas de juridicidade, que são extremamente necessárias para se ter uma visão comparada das concepções expostas até o momento. Em segundo lugar, ainda não foi delineada uma contextualização do que vem sendo construído com justiça de transição. Os próximos capítulos, portanto, se incumbirão dessas tarefas restantes.

4 CONCEPÇÕES NÃO POSITIVISTAS DE JURIDICIDADE

Ao positivismo que para nos fenômenos e diz: “não existe nada além dos fatos” – eu objetaria: Não, justamente não existem fatos, mas nada além de interpretações (NIETZCHE, 1995, p. 265).

4.1 O não positivismo como uma concepção de juridicidade

Foram apresentadas, no capítulo anterior, algumas das teorias positivistas do direito às quais se credita maior relevância e maior impacto atualmente sob o viés de concepções positivistas de juridicidade. Foi realizada, ainda, uma análise da aplicação prática dessas teorias em decisões judiciais prolatadas em situações limite, ou seja, em momentos nos quais se vivencia uma evidente transição do regime jurídico e político de um Estado.

Dentro da divisão teórico-metodológica proposta no capítulo anterior, então, incumbe, neste momento, a análise das concepções não positivistas (ou pós-positivistas) de juridicidade, que, segundo Alexy (ALEXY, 2011a), são aquelas que sustentam a *tese da vinculação* entre a moral e o direito. Conforme dito anteriormente, de acordo com essas teorias, uma concepção do direito deve levar em consideração a necessária relação entre o direito e a moral. Assim, pode-se dizer que as diversas teorias não positivistas do direito constituem diferentes interpretações acerca de como se deve construir uma concepção de juridicidade na qual o direito seja definido não somente com referência à validade formal e à eficácia social, mas também à correção do conteúdo material do direito.

Com esse intuito e tendo em vista a impossibilidade de se exaurir a análise de todas as teorias não positivistas do direito, o presente capítulo terá como foco a análise das duas dessas teorias (sob a leitura de concepções não positivistas de juridicidade) às quais se atribui maior relevância e maior impacto atualmente: as teorias não positivistas do direito de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Seguindo a mesma metodologia adotada no capítulo anterior, serão analisadas as duas teorias separadamente, de forma a avaliar os seus méritos e o fulcro das críticas às quais são acometidas. Por fim, como o objetivo do presente estudo é encontrar a concepção de juridicidade que melhor se adequa ao contexto da justiça de transição, será realizada uma análise da aplicação das referidas concepções não positivistas de juridicidade em situações limite.

4.2 A concepção dworkiniana de juridicidade e a sua aplicação em situações limites

A concepção de juridicidade proposta por Dworkin ganhou forma, de sobremaneira, em sua obra *O Império do Direito* (DWORKIN, 2010a). Nesta, que pode ser facilmente identificada como a obra mais proeminente do jurista norte-americano, Dworkin dá luz à sua Teoria da Integridade. Essa teoria terá relevância neste estudo quando aplicada ao direito. No entanto, para entendê-la, se faz necessário compreender o que vem a ser a integridade não somente no direito, mas também no âmbito da política. Pode-se entender, a partir da concepção de Ronald Dworkin, que “temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido” (DWORKIN, 2010a, p. 213).

Dworkin apresenta a seguinte concepção daquilo que entende ser a integridade:

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade⁵⁸ [equanimidade] na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (DWORKIN, 2010a, p. 264).

A integridade sugere, portanto, que os cidadãos de uma comunidade política são governados não apenas pelas regras explícitas do direito – fruto de decisões políticas e jurisprudenciais passadas –, mas também “por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem” (DWORKIN, 2010a, p. 229). Esse entendimento provoca, nos sistemas jurídicos, um caráter orgânico, na

⁵⁸ O termo na língua original utilizado na tradução realizada por Jefferson Luiz Camargo, na edição utilizada como fonte bibliográfica deste estudo (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010) é *fairness*. Este termo não encontra, no português, uma referência direta, aproximando-se, porém, do que vem a ser a equidade (que, em inglês, é *equity*), justiça, imparcialidade. No presente estudo, entretanto, será adotado o termo *equanimidade* para fazer referência a *fairness*, tendo em vista a sua melhor adequação, já que faz alusão não somente à equidade, mas também à justiça, à correção e à imparcialidade reclamadas pelo termo *fairness*. Cabe ressaltar que esta tradução adota neste estudo vem sendo, com frequência, utilizada em pesquisas desenvolvidas no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, sobretudo pelos Professores Marcelo Cattoni de Oliveira, Bernardo Gonçalves Fernandes e Thomas da Rosa de Bustamante.

medida em que ele se transforma na proporção em que a comunidade avança em relação ao entendimento dos seus próprios princípios (DWORKIN, 2010a, p. 229).

Dworkin procura deixar bastante evidente, então, que a aplicação da sua Teoria da Integridade pressupõe uma comunidade de princípios, no sentido em que os seus cidadãos aceitam que são governados por princípios comuns e não somente por regras frutos de acordos políticos (DWORKIN, 2010a, p. 254).

Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. Também não presume que esses outros direitos e deveres estejam condicionados à sua aprovação integral e sincera de tal sistema; essas obrigações decorrem do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é então especial para ela, e não da presunção de que ele o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua. Em resumo, cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da comunidade política (DWORKIN, 2010a, p. 255).

As práticas políticas, portanto, além de exigir justiça (*justice*), equanimidade (*fairness*) e do devido processo legal (*procedural due process*), ainda exigem, para Dworkin, uma quarta virtude política: a integridade.

Trazendo a Teoria da Integridade para o âmbito específico do direito, Dworkin defende que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade [equanimidade] e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2010a, p. 272).

O direito como integridade é, então, o resultado da interpretação da prática jurídica de forma construtiva, levando em consideração não somente as regras explícitas do direito, mas também os princípios que lhes fundamentam. O direito como integridade requer que os juízes entendam e defendam que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios acerca da justiça, da equanimidade do devido processo legal e que julguem cada caso levando buscando uma interpretação construtiva desses princípios (DWORKIN, 2010a, p. 291).

Se uma interpretação tem, na perspectiva dworkiniana, a finalidade de demonstrar o objeto interpretado em sua melhor luz possível, então uma interpretação jurídica – levada a cabo por um juiz – deve buscar demonstrar o direito aplicável em sua melhor luz possível, levando em consideração “não somente a

substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias” (DWORKIN, 2010a, p. 292).

Assim, um juiz deve, inevitavelmente, se preocupar com a *história institucional* de uma comunidade, no sentido em que deve levar em consideração, no momento da interpretação, as decisões jurídicas anteriores. Mas o fato trazido à tona por Dworkin é que a interpretação das decisões anteriores não pode ser uma mera citação do passado enquanto direito eternamente vigente e vinculante, mas como meio de trazer para o caso julgado no presente, a orientação tomada em uma determinada situação que se assemelha, filtrando-a através dos princípios que lhe dão fundamento e dos fatos específicos do caso que conduziram àquela decisão.

A preocupação do juiz com a *história institucional* é contrabalanceada, portanto, por uma preocupação com a *moralidade constitucional* da comunidade. Isso quer dizer que o direito como integridade requer do juiz uma atenção, na interpretação do caso concreto – e, conseqüentemente, na interpretação da *história institucional* – com os princípios que constituem o direito daquela comunidade política (DWORKIN, 2010a, p. 274). Dworkin aduz, assim, que não é a tarefa de um juiz, ao fazer alusão à jurisprudência ou à lei, procurar retratar a *mens legis* ou a *mens legislatoris*, tanto pelo fato de isso ser impossível – conforme demonstrado por Gadamer (GADAMER, 1999) e suscitado no capítulo inicial deste estudo. O juiz deve, na verdade, ao fazer menção à legislação ou a jurisprudência, buscar ter consciência do contexto em que ela foi criada e, ao mesmo tempo, inseri-la no contexto em que será aplicada, de acordo com os princípios que norteiam a comunidade política neste momento.

Para explicar de maneira mais clara a concepção do direito como integridade, Dworkin lança mão das analogias do romance em cadeia e do juiz Hércules. O romance em cadeia pode ser entendido da seguinte forma: um conjunto de autores deve escrever um romance em série, sendo que cada um deles é responsável por escrever um capítulo em sequência. Cada autor deve, então, escrever o seu capítulo dando continuidade ao capítulo escrito pelo autor anterior, de forma a dar à obra a melhor continuidade possível, levando em consideração uma necessária interpretação dos capítulos que já recebeu prontos e também a sua ideia do que deve ser a continuidade daquela história. Cada autor deve procurar construir, então,

o melhor romance possível, como se fosse escrito por apenas um autor (DWORKIN, 2010a, p. 275-276).

A construção do romance em cadeia vai exigir, então, de cada romancista uma interpretação em duas dimensões. A primeira dimensão se dá através da adequação, ou seja, o autor deve acreditar que os autores anteriores buscaram construir uma história levando em consideração os aspectos estruturais do texto. Assim, ele deve procurar adequar a sua interpretação de modo a manter um fluxo do texto, com o devido respeito aos principais aspectos estruturais estabelecidos pelos autores anteriores (DWORKIN, 2010a, p. 277).

Ocorre que, inevitavelmente, o autor vai encontrar mais de uma possibilidade de dar continuidade ao texto mantendo o seu fluxo e respeitando os seus aspectos estruturais. O autor, então, em uma segunda dimensão de interpretação – a justificação –, deve escolher uma, dentre as diferentes interpretações, que se ajuste ao melhor desenvolvimento do romance (DWORKIN, 2010a, p. 278). De fato, a divisão entre as duas dimensões da interpretação é praticamente didática, já que não se trata de duas fases estagnadas que podem ser temporalmente demarcadas (DWORKIN, 2010a, p. 279).

A Teoria da Integridade, segundo Dworkin, exige que o juiz, ao julgar um caso concreto, se considere como um dos autores de um romance em cadeia. Esse romance em cadeia é formado pelo conjunto das decisões jurídicas que integram a jurisprudência da corte. Anteriormente ao juiz apreciar um caso atual, outros juízes abordaram casos que, apesar de suas inevitáveis peculiaridades, se assemelham e levam em consideração disposições de direito que também devem ser consideradas no julgamento do caso em discussão. As decisões anteriores devem, então, constituir parte da história à qual o juiz deve dar continuidade, sempre atento aos princípios inerentes à comunidade política (DWORKIN, 2010a, p. 286).

Dworkin ressalta, entretanto, que as peculiaridades do direito fazem diferir, de certo modo, a aplicação da interpretação proposta no romance em cadeia (ou seja, em uma obra literária) da sua aplicação em um julgamento na esfera judicial. Ocorre que, no direito, há sempre um debate acerca de convicções políticas que permeiam as diferentes interpretações e, conseqüentemente, as diferentes justificações das decisões. Dworkin lança mão, então, de um exemplo contrafático para explicar a

aplicação da analogia do romance em cadeia ao direito: o juiz Hércules (DWORKIN, 2010a, p. 287).

Hércules é um juiz imaginário, com capacidade de conhecimento e disponibilidade de tempo inimagináveis e que, acima de tudo, concebe o direito como integridade (DWORKIN, 2010a, p. 287). Dworkin propõe, então, que Hércules deve decidir um caso concreto. No referido caso, que trata de uma indenização por danos morais, cada uma das partes citou precedentes, defendendo que Hércules deveria decidir o caso a seu favor levando em consideração a abordagem realizada por juízes em casos similares anteriores (DWORKIN, 2010a, p. 288).

Dworkin defende que Hércules, à semelhança de um romancista em cadeia, deve buscar uma teoria que justifique a sua decisão e mantenha a coerência em relação ao histórico de indenizações por danos morais. Hércules, incumbido dessa tarefa, seleciona algumas hipóteses que correspondem às melhores interpretações dos precedentes judiciais relacionados com o caso (DWORKIN, 2010a, p. 288). Ele, então, “começa a verificar cada hipótese dessa breve lista perguntando-se se uma pessoa poderia ter dado os vereditos dos casos precedentes se estivesse, coerente e conscientemente, aplicando os princípios subjacentes a cada interpretação” (DWORKIN, 2010a, p. 290). Hércules quer, portanto, realizar uma interpretação do entendimento dos juízes que atuaram nos precedentes suscitados de uma forma que seja aprovada por ele como a melhor abordagem possível dos princípios aplicáveis ao caso (DWORKIN, 2010a, p. 293).

Neste momento, então, Hércules deve excluir as hipóteses de interpretação que apresentem alguma incompatibilidade com uma proposta de coerência da prática jurídica relativa à matéria julgada e às matérias afins, de uma forma mais geral. Para isso, Hércules deve confrontar as interpretações com as decisões judiciais pretéritas (DWORKIN, 2010a, p. 293).

O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas da sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo. Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto. Pode permitir que o alcance de sua interpretação se estenda desde os casos imediatamente relevantes até os casos pertencentes ao mesmo campo ou departamento geral do direito, e em

seguida desdobrar-se ainda mais, até onde as perspectivas lhe pareçam mais promissoras (DWORKIN, 2010a, p. 294).

Na tarefa de exclusão de hipóteses de interpretação, Hércules deve se preocupar, assim como um romancista em cadeia, com a adequação das interpretações ao sistema jurídico no geral, de forma a manter a sua integridade. Ele deverá dar prioridade, portanto, àquelas que mantiverem a melhor adequação a este sistema, “pois uma interpretação é mais satisfatória se mostrar um menor dano à integridade que sua rival” (DWORKIN, 2010a, p. 295).

A escolha das melhores interpretações e dos princípios que, em sua opinião, estão subjacentes às decisões dos casos precedentes, é enfrentada como uma questão especial de moral política. Hércules assume, portanto, que a sua decisão é fundada em convicções sobre a moral política da sua comunidade (DWORKIN, 2010a, p. 297). “A resposta de Hércules vai depender de suas convicções sobre as duas virtudes que constituem a moral política que aqui consideramos: a justiça e a equidade [equanimidade]” (DWORKIN, 2010a, p. 298).

Essa prática adotada por Hércules, segundo Dworkin, ainda apresenta uma característica primordial: a prioridade local. As opiniões de Hércules sobre a adequação se irradiam, a partir do caso analisado, em uma série de círculos concêntricos. Inicialmente, Hércules analisa quais interpretações propostas se adequam aos precedentes de indenização por danos morais, posteriormente ele analisa a adequação aos casos de indenização no geral, em seguida, a adequação aos casos nos quais há um prejuízo ao demandante, e assim por diante, de forma cada vez mais genérica. Segundo Dworkin, “esse procedimento confere um espécie de prioridade local àquilo que poderíamos chamar de ‘áreas’ do direito” (DWORKIN, 2010a, p. 300).

Dessa forma, Hércules, aceitando o ideal interpretativo da integridade, decide o caso “tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN, 2010a, p. 305).

Através da metáfora do juiz Hércules, portanto, Dworkin procura demonstrar o ideal buscado pela Teoria da Integridade, de forma a sujeitar os juízes a uma justificação das decisões judiciais pautada em uma interpretação que vise à adequação da análise do caso a uma coerência do sistema jurídico como um todo.

Ao mesmo tempo, Dworkin busca demonstrar que as diferentes abordagens realizadas pelos juízes são, inevitavelmente, sensíveis aos seus próprios juízos políticos. Ou seja, “suas convicções sobre adequação, tal como aparecem em suas exigências preliminares ou, mais tarde, de maneira analítica, em competição com o conteúdo, são políticas e não mecânicas” (DWORKIN, 2010a, p. 307).

Assim, para chegar a uma decisão, Hércules busca realizar a melhor interpretação dos casos de indenização por danos morais, aplicando o princípio que melhor se adequa ao caso. Mas Hércules deve admitir que a escolha desse princípio dependeu de suas próprias convicções políticas e morais e que essa escolha, não será, necessariamente, compartilhada por todos os juízes que poderiam analisar o caso.

Através dessa metáfora, Dworkin constrói a sua concepção de juridicidade, demonstrando ser ela fundamentada no ideal da integridade – que inclui a necessidade de adequação e de justificação – e na assunção de que os juízes, inevitavelmente, lançam mão de juízos políticos e morais ao decidir os casos.

A uma concepção de direito pedimos que nos ofereça uma descrição dos fundamentos do direito – das circunstâncias nas quais as afirmações sobre o que é o direito deveriam ser aceitas como verdadeiras ou bem fundadas – que nos mostre por que o direito autoriza a coerção. O direito como integridade responde que os fundamentos do direito estão na integridade, na melhor interpretação construtiva das decisões jurídicas do passado, e que o direito é, portanto, sensível à justiça no sentido reconhecido por Hércules (DWORKIN, 2010a, p. 312).

Para demonstrar como se daria a aplicação da sua concepção de juridicidade pelo Poder Judiciário, Dworkin lança mão da análise de diversos casos práticos. Dentre eles, Dworkin analisa a forma através da qual se desenvolveria a apreciação do caso *Brown*⁵⁹ pelo Juiz Hércules. O caso *Brown* aborda a questão da igualdade – especificamente no que tange ao tratamento em virtude da cor da pele – em um contexto posterior ao encerramento da Guerra Civil e da aprovação da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, segundo a qual o Estado deveria zelar pela igualdade de todos perante a lei (DWORKIN, 2010a, p. 36).

No caso *Brown* discutiu-se a questão da segregação racial infantil nas escolas, tendo em vista que, nos estados sulistas, as crianças negras frequentavam escolas diferentes das frequentadas pelas crianças brancas. Em 1956, esse

⁵⁹ *Brown vs. Board of Education*, 347, US. 486 (1954).

tratamento segregado deu origem a uma ação judicial movida em representação das crianças do município de Topeka, no Kansas (DWORKIN, 2010a, p. 36). A Suprema Corte, em decisão surpreendentemente unânime, decidiu favoravelmente ao pleito das crianças, condenado como uma afronta à igualdade a segregação racial e, conseqüentemente, contrariando o precedente mais invocado acerca do tema, o caso *Plessy*⁶⁰.

De acordo com Dworkin, Hércules iniciaria o julgamento do caso *Brown* lançando mão da sua concepção de igualdade, tendo em vista que em torno dela gravitam todos os questionamentos do caso em análise. A sua concepção de igualdade “(...) afirma que o governo deve tratar todos os seus cidadãos como iguais no seguinte sentido: as decisões e disposições políticas devem demonstrar igual interesse pelo destino de todos” (DWORKIN, 2010a, p. 455). Hércules, portanto, assume a responsabilidade de defender que a Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos postula a igualdade sob esse viés. Portanto, Hércules defende que “A Constituição estabelece que cada jurisdição aceite o princípio abstrato igualitário de que as pessoas devem ser tratadas como iguais, portanto, cada uma deve respeitar *alguma* concepção plausível de igualdade (...)” (DWORKIN, 2010a, p. 456).

Para Hércules, fica evidente, então, que a Constituição estabelece um determinado direito individual contra a discriminação racial e que o Estado deve, de alguma forma, ou a partir de alguma concepção, determinar a sua garantia (DWORKIN, 2010a, p. 456).

Dando continuidade ao seu raciocínio, Hércules suscitará, então, três formas através das quais, segundo ele, seria possível garantir o direito individual contra a discriminação racial decorrente do princípio da igualdade imposto pela Décima Quarta Emenda. A primeira forma adota a ideia de *classificações suspeitas*, que defende que o direito contra a discriminação se restringe a uma das diversas conseqüências que derivam do dever do Estado em garantir o tratamento igual entre as pessoas, que vai depender diretamente da concepção de igualdade adotada por ele. Ou seja, o direito contra a discriminação deve ser levado em consideração, assim como os outros diversos direitos e tradições, dentro da busca por um equilíbrio geral da comunidade (DWORKIN, 2010a, p. 457). Por conseqüência, a

⁶⁰ *Plessy vs. Ferguson*. 163 US 537 (1896).

tutela do Estado do direito da igualdade e o combate à segregação deverão, sob essa perspectiva, constituir uma dentre outras prioridades conflitantes da comunidade.

A segunda forma possivelmente adotada seriam as *categorias banidas*, que defendem que a Constituição impõe que não pode ser admitido qualquer distinção de tratamento em virtude de características das pessoas referentes à sua cor, sua religião, sua origem, seu sexo ou a sua opção sexual. A partir dessa teoria, o direito contra a discriminação estaria acima de qualquer interesse ou direitos do Estado e dos seus cidadãos e haveria uma total proibição à segregação, independentemente dos seus resultados (DWORKIN, 2010a, p. 458).

Por fim, Hércules poderia defender a teoria das *fontes banidas*, segundo a qual a Constituição defenderia “um direito especial e diferente contra a discriminação” (2010a, p. 458). A partir dessa teoria, o Estado deveria impedir qualquer tratamento diferenciado que importe em prejuízo para as categorias segregadas, mas deve permitir e até fomentar a diferenciação que vise exatamente ao contrário, ou seja, à concessão de condições diferenciadas às diferentes categorias de forma a garantir-lhes um resultado igual (DWORKIN, 2010a, p. 458).

Hércules, ao analisar cada uma dessas teorias da Décima Quarta emenda, então, “perguntará (...) como poderia ser colocada em prática em uma comunidade como a dele, como uma norma constitucional que os tribunais poderiam utilizar efetivamente para decidir qual legislação ela desqualifica” (DWORKIN, 2010a, p. 459). Segundo Dworkin:

Ele rejeitará a primeira teoria, que nega qualquer direito especial contra a discriminação e apenas insiste em que o bem-estar ou as preferências de cada cidadão sejam considerados na mesma escala, sem restrição de fonte ou caráter. Essa teoria talvez tivesse sido adequada se submetida a testes de equidade [equanimidade] e adequação em algum momento de nossa história; talvez tivesse sido adequada quando da decisão do caso *Plessy*. Não é adequada agora, assim como não foi em 1954, quando Hércules teve de decidir o caso *Brown* (DWORKIN, 2010a, p. 461-462).

Por outro lado, Hércules poderia defender qualquer uma dentre as outras duas teorias, pois ambas estavam adequadas à Constituição e à equidade [equanimidade] proposta pelo comportamento ético difundido nos Estados Unidos em 1954. Hércules, portanto, decide a favor dos pleiteantes.

Para Hércules, não seria tão relevante considerar que os legisladores que promulgaram a Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos não compartilhassem desse entendimento acerca da segregação racial, pois, para ele, “não pode ser à evidência de nenhuma opinião contemporânea profunda e dominante que deva reportar-se, como um aspecto ou uma dimensão da interpretação, por razões de equidade [equanimidade]” (DWORKIN, 2010a, p. 463). E isso se deve a um fundamento básico do direito como integridade adotado por Hércules: a necessidade de o intérprete levar em consideração o contexto no qual se dará a interpretação, ou seja, “a velha história legislativa não é mais uma ato da nação personificada declarando algum propósito público contemporâneo” (DWORKIN, 2010a, p. 463).

Segundo Dworkin, então:

Para Hércules, a integridade e a equidade [equanimidade] irão balizar a justiça e a sabedoria de várias maneiras. A integridade exige que ele elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com a legislação em vigor. Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem (DWORKIN, 2010a, p. 405).

Essa interpretação promovida por Hércules e defendida por Dworkin tem como característica marcante, portanto, a necessidade de se levar em consideração o contexto e, mais ainda, a impossibilidade fática de não haver a consideração desse contexto. Como relembra García Figueroa, “para Dworkin, criação judicial e história institucional, justiça e história, são objeto de um compromisso na decisão judicial⁶¹” (GARCÍA FIGUEROA, 1998, p. 277).

Ainda segundo García Figueroa “(...) neste sentido, a teoria de Dworkin, ‘neoinstitucionalista’, mas ‘dinâmica’, parece coerente com o contexto jurídico norteamericano em que tem se desenvolvido”⁶² (GARCÍA FIGUEROA, 1998, p. 318). Pode-se dizer, com García Figueroa⁶³, portanto, que a concepção dworkiniana

⁶¹ Para Dworkin, creación judicial e historia institucional, justicia e historia, son objeto de un compromiso em la decisión judicial.

⁶² Tradução nossa do original em espanhol: “En este sentido, la teoría de Dworkin, ‘neoinstitucionalista’, pero ‘dinámica’, parece coherente con el contexto jurídico norteamericano en el que se ha desarrollado”.

⁶³ Cabe ressaltar que esse entendimento é apresentado por García Figueroa em obra datada de 1998. Atualmente o seu entendimento diverge de sobremaneira deste aqui citado. O autor, há algum

de juridicidade responderia exatamente aos anseios da comunidade estadunidense. Para ele, bem como para Hart (HART, 1994) a teoria do direito de Dworkin é uma teoria particular do direito dos Estados Unidos.

4.3 A concepção alexyana de juridicidade e a sua aplicação em situações limites

Conforme Alexy define em sua obra *Conceito e validade do direito*⁶⁴, o problema central da questão do conceito de Direito seria a relação entre direito e moral. Acerca dessa relação existem, segundo ele, duas posições básicas: a positivista e a não positivista. A corrente positivista defende a *tese da separação*, segundo a qual o conceito do direito deve ser definido de forma tal que não inclua nenhum elemento moral. Não há nenhuma relação entre o direito e a moral, entre o que aquele ordena que deve ser feito e o que esta exige. Qualquer conteúdo pode ser direito, segundo Kelsen (KELSEN, 2006). Há, portanto, somente dois elementos definidores do direito: a *legalidade* e a *eficácia social*. Todas as teorias positivistas (ou concepções positivistas de juridicidade), segundo Alexy, circulam em volta desses elementos que definem o direito (ALEXY, 2011a, p. 03).

A corrente não positivista (ou concepção não positivista de juridicidade), por sua vez, sustenta a *tese da vinculação*, segundo a qual o conceito de direito deve estar ligado a elementos morais. Aqui também são elementos que definem o conceito de direito a *legalidade* e a *eficácia social*, porém, há, além disso, uma preocupação com a *correção do conteúdo do direito* (ALEXY, 2011a, p. 04).

Segundo Alexy, a definição precisa de um conceito de direito se faz relevante na *praxis* jurídica, sobretudo, nos denominados casos difíceis. Isso porque, em casos mais simples, o conceito do direito é pressuposto como algo evidente e se considera supérfluo refletir acerca do conceito do direito. Em casos difíceis, por outro lado, a questão do conceito do direito pode ser central na solução do caso, conforme

tempo, vem se dedicando à sua teoria neoconstitucionalista do direito, bastante alinhada às concepções não positivistas de juridicidade, como é possível observar em sua obra *El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo in* GARCÍA FIGUEROA, Afonso. **Racionalidad y derecho**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia B. de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011a.

demonstram alguns julgados do Tribunal Constitucional Alemão (ALEXY, 2011a, p. 06).

Alexy cita, a título de exemplo, o caso do advogado judeu que perdeu sua cidadania alemã com o advento da Lei de Cidadania do *Reich* de 1941. Ocorre que a referida lei foi considerada pelo Tribunal nula *ab initio*, tendo em vista que “o não direito imposto que viola manifestamente os princípios constitutivos do direito não se torna direito por ser aplicado ou obedecido”⁶⁵ (ALEXY, 2004, p. 16). Este é, para Alexy, um claro argumento não positivista. A aceitação do elemento da *correção material* como critério de definição do direito implica diretamente na aceitação daquela decisão como correta. Daí a suma importância de um conceito do direito.

Existirá um caso duvidoso, por exemplo, quando a lei a ser aplicada for imprecisa e as regras da metodologia jurídica não levarem necessariamente de modo exato a um resultado. Quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal [jurídico] deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos. Totalmente diversa é a compreensão do não positivista. Como não identifica o direito com a lei, para ele, a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não a estipular de modo coercitivo. Com efeito, as distintas concepções a respeito do que é direito não levam necessariamente a resultados distintos, mas podem levar (ALEXY, 2011a, p. 11/12).

Alexy aborda, então, a questão dos conceitos do direito sob a perspectiva do conflito entre a tese da separação e a tese da vinculação. Segundo ele, os argumentos que se pode apresentar na defesa de cada uma dessas teses são ou analíticos (conceituais) ou normativos (ALEXY, 2011a, p. 25). Na perspectiva do argumento analítico ou conceitual, os positivistas devem sustentar que não há uma conexão necessária entre os conceitos direito e moral, enquanto os não positivistas podem tanto defender quanto ignorar a relação conceitual entre direito e moral, porque estes ainda têm o recurso ao argumento normativo. Ao contrário, para aqueles, se não conseguirem provar que não há uma conexão necessária entre os conceitos de direito e moral, a *tese da separação* já estará fada ao insucesso (ALEXY, 2011a, p. 25).

Dentro da perspectiva do argumento normativo, os não positivistas devem demonstrar que a inserção de elementos morais no conceito do direito é necessária

⁶⁵ Tradução nossa do original em espanhol: “el no-derecho impuesto que viola manifestamente los principios constitutivos del derecho no se vuelve derecho por ser aplicado u obedecido”.

para que se cumpra determinado objetivo almejado pelo direito ou mesmo para que uma certa norma seja obedecida (ALEXY, 2011a, p. 26). Os positivistas, para defender a *tese da separação*, devem demonstrar, ao contrário, que a inserção de elementos morais é totalmente desnecessária.

Para sustentar a *tese da vinculação*, o autor alemão lança mão, então, de três argumentos centrais: o argumento da correção, o argumento da injustiça e o argumento dos princípios. O argumento da correção constitui a base dos argumentos da injustiça e dos princípios. Defende que tanto as normas quanto as decisões judiciais individuais formulam necessariamente uma pretensão à correção. Sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente essa pretensão não são sistemas jurídicos. Assim, a pretensão à correção tem um caráter classificador. Do ponto de vista jurídico, sistemas que formulam essa pretensão, mas não a satisfazem, são defeituosos. Nesse aspecto, a pretensão à correção tem um caráter apenas qualificador, ou seja, qualifica as normas em jurídicas em perfeitas e defeituosas de acordo com o cumprimento da pretensão erigida (ALEXY, 2011a, p. 43).

Segundo Alexy, a pretensão de correção não pode ser erigida pelo direito em si, mas apenas por pessoas, tendo em vista o fato de se tratar de uma formulação que só pode ser feita por um sujeito, capaz de se comunicar. Assim, segundo Alexy, a pretensão é erigida pelos sujeitos que criam e conservam o direito ao emanarem os *atos jurídicos institucionais*, e não pela instituição “direito”. Porém, essa pretensão é formulada objetivamente – já que se trata de um dever daquele que a erige – e não subjetivamente, como um mero ato de vontade (ALEXY, 2005b, p. 33).

Os *atos jurídicos institucionais* (emanação de uma norma, prolação de uma sentença) sempre estão vinculados ao *ato não institucional* da afirmação de que o ato jurídico é material e procedimentalmente correto. Essa correção implica, necessariamente, fundamentação. Por isso, junto à pretensão de correção, o direito erige uma pretensão de fundamentação. Com a afirmação e a garantia da fundamentação, o direito também formula uma expectativa de que todos os destinatários da pretensão reconheçam o ato jurídico com correto. Portanto, a pretensão de correção contém três elementos: a afirmação da correção; a garantia da fundamentação; e a expectativa do reconhecimento da correção (ALEXY, 2005b, p. 36).

Segundo o autor alemão, essa relação entre o direito e a pretensão de correção é necessária, já que conceitual. Para exemplificar, Alexy lança mão da seguinte hipótese: uma Constituição determina em seu primeiro artigo: “X é uma República soberana, federal e injusta”. É perceptível que esse artigo é defeituoso, mas este defeito não é puramente político ou moral, porém conceitual. Esse defeito deriva de uma contradição. Tal contradição surge porque, com o ato de promulgar uma Constituição, se formula necessariamente uma pretensão de correção que, neste caso, é essencialmente uma pretensão de justiça. Como Alexy já indicou, toda pretensão contém uma afirmação. No caso da pretensão de justiça aqui formulada, trata-se da afirmação de que a República constituída é justa. A contradição reside, portanto, em que, com o ato de promulgar a Constituição (*ato institucional*), se realiza implicitamente uma afirmação (*ato não institucional*) que contradiz o conteúdo expresso do ato constituinte – a cláusula da república injusta (ALEXY, 2005b, p. 38).

A exemplo da contradição mencionada, as contradições entre o conteúdo de um ato e aquilo que se pressupõe necessariamente com a execução deste ato podem ser denominadas *contradições performativas* (ALEXY, 2005b, p. 39). Esse termo foi desenvolvido por Austin (AUSTIN, 1962). O filósofo inglês Jonh Langshaw Austin distinguiu, em sua teoria dos atos de fala (AUSTIN, 1962), dois tipos de enunciados: os constativos e os performativos. Os atos constativos descrevem ou relatam um estado de coisas e, por isso, se submetem ao critério de verificabilidade, isto é, podem ser rotulados de verdadeiros ou falsos. Os atos de fala performativos, por sua vez, são enunciados que não descrevem, não relatam, nem constata absolutamente nada, e, portanto, não se submetem ao critério de verificabilidade (não são falsos nem verdadeiros). Mais precisamente, são enunciados que, quando proferidos, realizam uma ação (daí o termo performativo: o verbo inglês *to perform* significa realizar). A enunciação de atos performativos, portanto, tem o condão de realizar ações. Ao dizer: “promulgo esta Constituição” o constituinte não está meramente descrevendo algo, mas sim realizando uma ação concreta, da qual derivam efeitos, consequências (AUSTIN, 1962, p. 107).

Os participantes de um sistema jurídico (legisladores, juízes), portanto, formulam necessariamente uma pretensão de correção, sob pena de incorrerem em uma contradição performativa. E, na medida em que essa pretensão tem

implicações morais, fica demonstrada a conexão conceitualmente necessária entre direito e moral⁶⁶ (ALEXY, 2011a, p. 47). Como diria Bustamante em uma nova formulação, “todos os atos de produção e aplicação do Direito formulam, implícita ou explicitamente, uma pretensão de correção (que, embora não se restrinja a uma correção *moral*, indiscutivelmente a pressupõe como elemento central)” (BUSTAMANTE, 2008, p. 153).

Com isso, diria Alexy:

A pretensão de correção transforma um defeito moral em defeito jurídico. E isso de maneira nenhuma é trivial. É a conversão do positivismo para o não-positivismo. A pretensão de correção do Direito não é, de forma nenhuma, idêntica à pretensão de correção moral, mas ela inclui uma pretensão de correção moral⁶⁷ (ALEXY; BULYGIN, 2001, p. 115).

O segundo argumento apresentado por Alexy – o argumento da injustiça –, ao seu tempo, sustenta que as normas individuais de um sistema jurídico perdem o seu caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça é transposto, conforme demonstra a famosa fórmula de Gustav Radbruch⁶⁸:

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 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. É impossível traçar uma linha mais nítida entre os casos da injustiça legal e das leis válidas apesar do seu conteúdo injusto; mas pode-se estabelecer outra linha divisória com total precisão: onde nem sequer se pretende a justiça, onde a igualdade, que

⁶⁶ É importante recordar que a pretensão de correção, no marco da Teoria do Discurso (HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa. Vol. i e ii.** Madri: Taurus, 1987), é uma dimensão ideal e necessária do direito, que o conecta com a moral procedimental universal. A pretensão de correção implica uma pretensão de justificabilidade. Parte-se da tese do caso especial, portanto: o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica.** São Paulo: Landy, 2005). A leitura das obras alexyanas, assim, deve se dar de maneira abrangente, já que a leitura de uma obra pressupõe o entendimento da anterior.

⁶⁷ Tradução nossa do original em espanhol: “La pretensión de corrección transforma a la deficiencia moral en deficiencia jurídica. Y esto no es en ningún sentido trivial. Es la conversión del positivismo en antipositivismo. La pretensión de corrección del derecho no es de ninguna manera idéntica con la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral”.

⁶⁸ A Fórmula de Radbruch foi elaborada em um momento histórico bastante peculiar – no período imediatamente posterior ao encerramento da II Guerra Mundial. Radbruch, que era um jurista até então bastante tendente às teorias positivistas do direito, buscou encontrar uma forma de impedir que o próprio direito fosse utilizado com instrumento para a perseguição de atos criminosos contra a humanidade, como havia ocorrido no regime nazista. Radbruch buscou, portanto, conceber uma teoria do direito que o defendesse da ocorrência de antijuridicidades legais (PAULSON, 2006; RADBRUCH, 2006b).

constitui o núcleo da justiça, é negada conscientemente no estabelecimento do direito positivo, aí a lei não é só “direito injusto”, em vez disso carece totalmente da natureza jurídica (RADBRUCH, 2004, p. 345).

Essa fórmula pode ser dividida em duas frações. Na primeira parte, afirma-se que as normas jurídicas perdem a sua validade se a sua contradição com a justiça alcança um grau insuportável. Essa parte pode ser designada de *fórmula da intolerância*. Na segunda parte, que pode ser reconhecida como *fórmula da negação*, as normas jurídicas perdem a sua natureza jurídica se negam conscientemente a igualdade, que é o núcleo da justiça (ALEXY, 2001, p. 76).

A fórmula da intolerância apresenta um caráter mais objetivo, tendo em vista que requer tão somente a análise da existência de uma injustiça em um grau não suportável. Por outro lado, a fórmula da negação reclama um caráter mais subjetivo, tendo em vista que necessita da avaliação da intenção do legislador ao promulgar ou outorgar uma norma jurídica (ALEXY, 2001, p. 76).

Alexy propõe, então, duas formulações mais breves da fórmula de Radbruch: “As normas promulgadas conforme o ordenamento e socialmente eficazes perdem o seu caráter jurídico ou a sua validade jurídica quando são extremamente injustas”, ou “A extrema injustiça não é direito”⁶⁹ (ALEXY, 2001, p. 76).

⁶⁹ É bastante importante, neste momento, abordar aqui a crítica realizada pelo professor Thomas Bustamante sobre o argumento da injustiça e o caráter jusnaturalista da concepção de juridicidade de Radbruch (BUSTAMANTE, 2008). Segundo Bustamante, é imprescindível uma releitura da Fórmula de Radbruch, caso se pretenda aplicá-la de forma coerente com a concepção alexyana de juridicidade. Conforme ressalta Bustamante, “como é fácil perceber, a formulação de Radbruch representa a defesa de um Direito natural racional que deveria ser objetivado através de um consenso histórico. No entanto, o ‘consenso histórico’ de Radbruch, que está na raiz da fundamentação desse critério negativo de validade jurídica, aparece aqui mais como uma hipótese empírica do que como um argumento filosófico” (2008, p. 165). Ocorre que a teoria de Alexy apresenta um forte compromisso com uma perspectiva construtivista da racionalidade prática – o que pode ser constatado desde a *Teoria da argumentação jurídica* (ALEXY, 2005a). Portanto, diria Bustamante, “a própria teoria da argumentação jurídica de Alexy – e, portanto, a própria concepção de racionalidade que ele desenvolveu – reclama *um argumento de injustiça* de índole diferente, digamos, de natureza *mais habermasiana* do que a desgastada Fórmula de Radbruch” (2008, p. 169). “Diferentemente das teses de um mínimo de conteúdo material do Direito fundadas em argumentos realistas, essa concepção (mais habermasiana), tem mais chances de se justificar racionalmente porque vê no ‘conteúdo moral mínimo do Direito’ um *aprendizado moral definitivo* propiciado pela modernidade; um aprendizado moral que é capaz de permitir um juízo racional e objetivo sobre a violação a essas pressuposições morais, sem necessariamente buscar socorro em um realismo moral ou qualquer outro tipo de argumentação essencialista (como o de que existe um Direito ‘acima’ do Direito Positivo, que deve ser apenas refletido por este). (...). Vê-se, portanto, que um argumento da injustiça mais habermasiano busca fundamentar os direitos humanos – enquanto limite ao poder estatal – no consenso moral forjado proceduralmente (algo como o ‘consenso sobreposto’ de Rawls) sobre direitos tidos como mínimos e imprescindíveis para o desenvolvimento das capacidades discursivas necessárias para a percepção de D [Princípio do Discurso]. Trata-se, numa palavra, de um *argumento da injustiça pragmático-universal*” (2008, p. 184-185). O próprio Alexy, apesar de não tecer maiores comentários e, por isso, suscitar uma dúvida acerca do seu entendimento da Fórmula

Pode-se perceber que, inevitavelmente, quem advogue a favor da procedência da fórmula de Radbruch não pode defender uma concepção positivista do direito, mas necessariamente defende uma concepção não positivista de juridicidade. Isso porque, para se defender a referida fórmula, há que se aceitar que o direito tem como fundamentos a legalidade e a eficácia social, mas também é necessário aceitar que existe uma terceira limitação à construção do direito: o seu conteúdo, que não pode, de forma alguma, ser conivente com a injustiça extrema (ALEXY, 2001, p. 77).

Assim, diria Radbruch:

Claro que é verdade que o benefício público, juntamente com a justiça, é um objetivo do direito. E, claro, as leis têm valor em si mesmas, mesmo leis ruins: o valor, nomeadamente, de assegurar o direito contra a incerteza. E é claro que é verdade que, devido à imperfeição humana, os três valores do direito – utilidade pública, a segurança jurídica e a justiça – nem sempre estão unidos harmoniosamente em leis, e o único recurso, então, é sopesar se a validade deve ser concedida mesmo com leis ruins, prejudiciais, ou injustas, para o bem da segurança jurídica, ou se a validade deve ser retida por causa de sua injustiça ou de sua nocividade social. Uma coisa, no entanto, deve ser indelevelmente impressa na consciência das pessoas, tão bem como na dos juristas: pode haver leis que são tão injustas e tão socialmente danosas, que o caráter de validade, de fato o caráter jurídico em si, deve ser negado a elas⁷⁰ (RADBRUCH, 2006, p. 14).

de Radbruch, parece concebê-la em conformidade com a sua teoria do direito de vertente eminentemente discursiva e racional. Isso pode ser demonstrado através de uma explanação do professor alemão acerca dos direitos humanos (conteúdo mínimo a ser protegido pelo argumento da injustiça): “A segunda qualidade essencial para os direitos do homem é que eles são direitos morais. O conceito de direito moral é ambíguo. Aqui, ele deve ser empregado como conceito contrário ao conceito de direito jurídico-positivo. Direitos jurídico-positivos nascem – como todas as norma de direito positivo – através de atos de fixação, por exemplo, por contrato, dação de constituição, decisão de lei ou uma prática judicial ou social e dependem em sua existência – outra vez, como todas as normas de direito positivo – disto, se eles obtêm e conservam um mínimo de eficácia ou oportunidade de eficácia social. Direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos, sua validez, porém, não pressupõe uma positivação. Para a validez ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada. Direitos do homem existem, com isso, rigorosamente então, quando eles, no sentido apresentado, perante cada um, podem ser justificados. À *universalidade da* estrutura dos direitos do homem, que consiste nisto, que eles são, fundamentalmente, direitos de todos contra todos, acresce, com isso, uma *universalidade de validez*, que é definida por sua fundamentabilidade perante cada um que aceita uma fundamentação racional” (ALEXY, 2011b, p. 46-47). Neste estudo, será adotada essa releitura proposta pelo professor Bustamante (que é entendida também como proposta, ainda que não de maneira suficientemente clara, por Alexy), de forma a conceber que o conteúdo do argumento da injustiça perpassa pelas condições pragmáticas de operacionalidade do Princípio do Discurso construídas através do amplo debate – ou discursos democráticos e não sustenta a existência de um direito suprapositivo de índole platônica (BUSTAMANTE, 2008, p. 191).

⁷⁰ Tradução nossa do original em inglês: “Of course it is true that the public benefit, along with justice, is an objective of the law. And of course laws have value in and of themselves, even bad laws: the value, namely, of securing the law against uncertainty. And of course it is true that, owing to human imperfection, the three values of the law—public benefit, legal certainty, and justice—are not always united harmoniously in laws, and the only recourse, then, is to weigh whether validity is to be granted

Excluindo determinados conteúdos do direito – relacionados à injustiça extrema – a fórmula de Radbruch instaura uma necessária relação entre o direito e a moral, ou entre o que o direito é o que o direito deve ser (ALEXY, 2001, p. 81). A partir dessa concepção não positivista de juridicidade, portanto, o limiar a partir do qual as normas perdem seu caráter jurídico é marcado por exigências morais mínimas. O direito humano elementar à vida e à integridade física é um exemplo (ALEXY, 2011a, p. 58).

Por conseguinte, forçoso é constatar um duplo resultado. Em primeiro lugar, a teoria fraca da vinculação, que encontra expressão, por exemplo, na fórmula de Radbruch, não fundamenta, abaixo do limiar da injustiça extrema, o risco de legitimação acrítica, uma vez que, nesse caso, uma contradição entre direito e moral não elimina o caráter jurídico. Em segundo lugar, não existirá, pelo menos acima desse limiar, o risco de uma legitimação acrítica se as exigências morais mínimas que marcam o limiar forem suscetíveis de uma fundamentação racional. Ademais, há que se observar que uma legitimação acrítica do direito vigente em questão também é possível a partir do ponto de vista positivista da estrita separação entre direito e moral, pois também é possível afirmar uma coincidência de conteúdo sobre a base de uma separação conceitual (ALEXY, 2011a, p. 59).

Alexy chega, então, também através do argumento da injustiça⁷¹, à conclusão de que existe uma conexão conceitual necessária entre direito e moral, posto que normas ou sistemas normativos extremamente injustos (assim demonstrados através de uma fundamentação racional) não são direito. É importante ressaltar que

even to bad, harmful, or unjust laws for the sake of legal certainty, or whether validity is to be withheld because of their injustice or social harmfulness. One thing, however, must be indelibly impressed on the consciousness of the people as well as of jurists: There can be laws that are so unjust and so socially harmful that validity, indeed legal character itself, must be denied them".

⁷¹ Para uma interpretação diversa acerca da funcionalidade do argumento da injustiça ver: Raz, Joseph. *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism* in PAVLAKOS, George. **Law, Rights and Discourse. Themes of Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oregon: Oxford and Portland, 2007. O argumento da injustiça, segundo Raz, não comprova a existência de qualquer vinculação entre o direito e a moral, apenas afirma que o direito, enquanto sistema de normas impostas por uma autoridade, deve propor a Fórmula de Radbruch. O argumento da injustiça, conforme exposto por Raz, então, não é incompatível com o positivismo jurídico. Se assumirmos que a regra que dá o poder aos tribunais para anular leis grosseiramente injustas pode existir em alguns sistemas legais e não existir em outros, então sua existência só pode ser uma questão de fato social, pois, de fato, não há diferença moral entre esses sistemas que justifique a sua existência em um, mas não na outra. Segundo Raz, para que Alexy argumentasse contra o positivismo jurídico, ele precisaria mostrar que não só os tribunais de qualquer sistema jurídico devem pôr de lado as leis injustas, mas que necessariamente a lei lhes dá esse poder como um poder jurídico, de modo que o seu exercício não pode ser uma violação da lei. Os participantes do direito, segundo Raz, não entendem que podem colocar a lei de lado para tornar o direito justo e que, ainda que o façam, o direito não faz essa reivindicação moral.

a injustiça que conduz ao não direito é uma injustiça extrema, insustentável, conforme postulou Gustav Radbruch (RADBRUCH, 2004).

No viés do argumento dos princípios – o terceiro e último argumento sustentado por Alexy –, o autor alemão relembra que, segundo Hart, no direito existem normas de “textura aberta”. Os casos decididos no âmbito dessas normas são chamados casos duvidosos. Segundo os positivistas, a decisão desses casos não estaria no âmbito do direito e sim na discricionariedade do juiz. “Em contraposição a isso, o argumento dos princípios diz que o juiz também está legalmente vinculado no âmbito da abertura do direito positivo, (...) e isso de uma maneira que cria uma vinculação necessária entre direito e moral” (ALEXY, 2011a, p. 84).

O argumento dos princípios se funda, portanto, na distinção entre regras e princípios, que é defendida através de três teses: a tese da incorporação; a tese da moral e a tese da correção. A tese da incorporação afirma que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios. Segue-se a seguinte lógica:

(...) como se expôs acima, uma sentença judicial formula necessariamente uma pretensão de correção. Em virtude da vinculação necessária com a sentença judicial essa pretensão é jurídica, e não meramente moral. A essa pretensão jurídica de correção corresponde o dever jurídico de cumpri-la (...). A pretensão de correção exige que, num caso duvidoso, sempre que possível, se proceda a uma ponderação e, por conseguinte, a uma consideração de princípios (ALEXY, 2011a, p. 89).

Segundo a tese da moral, a presença necessária de princípios no sistema jurídico leva a uma conexão necessária entre o direito e uma moral qualquer. Ou seja, os princípios aplicados para resolver os casos duvidosos integram sempre uma moral qualquer (ALEXY, 2011a, p. 90). Assim, de acordo com a tese da incorporação, os princípios são componentes necessários de um sistema jurídico e, pela tese da moral, esses princípios integram sempre alguma moral. Como os princípios morais, por seu conteúdo, estão incorporados ao direito, o juiz que neles se apoia decide com base em critérios jurídicos.

De acordo com a tese da correção, como o juiz lança mão de princípios jurídicos que estão fundados em uma moral para solucionar os casos duvidosos, tem-se que a pretensão de correção jurídica necessariamente vinculada à decisão inclui uma pretensão à correção moral.

Assim, através dos argumentos da correção, da justiça e dos princípios, Alexy defende a sua tese da vinculação entre o direito e a moral e, com isso, apresenta a sua concepção de juridicidade, segundo a qual:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção (ALEXY, 2011a, p. 151).

Para demonstrar a aplicabilidade e a coerência da concepção de juridicidade proposta, Alexy ainda lança mão de casos práticos nos quais, segundo ele, restou evidente a necessidade de uma concepção não positivista de juridicidade. O autor alemão faz alusão ao julgamento, em três diferentes instâncias, do caso dos atiradores do muro de Berlim⁷² – caso este referente a uma situação jurídico-política limite, assim como os demais casos analisados até então neste estudo.

O referido caso, digno de notoriedade no âmbito jurídico, ocorreu em 14 de fevereiro de 1972, em Berlim. À época, a Alemanha se encontrava dividida em República Federal da Alemanha e República Democrática Alemã, em virtude de decisão tomada pelos aliados na Conferência de Potsdam, de 1945. A capital Berlim, por consequência, também se encontrava dividida em Berlim ocidental (pertencente à RFA) e Berlim oriental (pertencente à RDA).

Na noite de 14 de fevereiro de 1972, um homem, na tentativa desesperada de deixar a Berlim oriental e seguir para a Berlim ocidental, tentou atravessar o rio que, em determinado ponto, marcava a divisão entre as “duas” cidades. Ao ser avistado pelos guardas da fronteira que faziam a vigília daquela noite, quando já estava na metade da travessia do rio, recebeu a ordem para retornar e, como não obedeceu à ordem, foi alvejado por uma descarga contínua de tiros efetuados por dois guardas. Um dos tiros atingiu a sua cabeça e provocou a sua morte. O seu corpo foi posteriormente incinerado e, algumas semanas após, a viúva foi informada que ele havia se afogado ao tentar fugir da RDA (ALEXY, 2000, p. 198).

⁷² BGHSt 39, 1.

Os guardas alegaram que agiram em conformidade com o artigo 89 do Regulamento de Serviço 30/10 do Ministério da Defesa Nacional do ano de 1967, que definia que a patrulha deveria defender a fronteira estatal com a missão de impedir que qualquer indivíduo a atravessasse sem permissão legal, podendo deter ou até mesmo abater quem aja com este propósito (ALEXY, 2000, p. 199).

No ano de 1992, o Tribunal Territorial de Berlim apreciou e julgou o caso em análise. Incumbia ao referido tribunal analisar se, em decorrência da aplicação do direito vigente à época da ocorrência dos fatos, os guardas fronteiriços cometeram um crime ou não. Isso porque a redação do art. 315.1 da Lei de Introdução ao Código Penal Alemão imposta pelo Tratado de Unificação impunha que somente seria possível aplicar uma pena em virtude da morte de um fugitivo quando a referida morte fosse punível pelo direito vigente à época dos fatos. Ademais, há que se ressaltar que deveria ser aplicada a leis mais favorável ao réu, em virtude da determinação imposta pelo § 2.3 do Código Penal Alemão (ALEXY, 2000, p. 199).

O referido fato era tipificado como homicídio doloso pelo Código Penal e, portanto, somente não haveria possibilidade de se aplicar a pena prevista caso houvesse um excludente de culpabilidade, ou seja, uma justificativa legal para a realização do ato em uma determinada circunstância. Segundo o § 27.2.1 da Lei de Fronteiras da RDA⁷³ e os o § 17.2.a e § 20.3 da lei das funções e competências da polícia popular alemã⁷⁴, os guardas estavam autorizados executar as suas competências para garantir o cumprimento das determinações impostas pelo Ministro da Defesa Nacional, inclusive usar arma de fogo para garantir o não cometimento ou continuidade de fato caracterizado como delito. No caso, o homem assassinado havia, de fato, cometido um crime contra a ordem pública ao tentar cruzar ilegalmente a fronteira, de acordo com o disposto no § 213 do Código Penal (ALEXY, 2000, p. 199-200).

Por outro lado, todas as disposições sobre o uso legal de armas de fogo, bem como a Constituição da RDA⁷⁵, reconheciam o direito à vida e à integridade física, em respeito aos direitos humanos (ALEXY, 2000, p. 200).

Fundado nessa premissa, o Tribunal Territorial de Berlim condenou os guardas, tendo em vista, sobretudo, o princípio da proporcionalidade, que não

⁷³ DDR-GrenzG, 25 de março de 1982 (DDR-GBl. I, p. 197).

⁷⁴ VoPoG, 11 de junho de 1968 (DDR-GBl. I, p. 232).

⁷⁵ 06 de abril de 1968 (DDR-GBl. I, p. 199).

suportava a lesão a um direito tão relevante quanto o direito à vida em contraposição à defesa de um direito tão menos significativa quanto o direito à não violação das fronteiras. Segundo o tribunal, portanto, os princípios do Estado de Direito ínsitos às leis sobre a utilização de armas de fogo, bem como à própria Constituição, não permitiam a violação do direito à vida justificada pelo cometimento de um ato tão pouco atentatório ao direito quanto o desrespeito à fronteira por um único homem (ALEXY, 2000, p. 201).

A referida sentença foi objeto de recurso, que, por sua vez, foi julgado em 26 de julho de 1994 pelo Supremo Tribunal Federal alemão (BGH)⁷⁶, que manteve a condenação imposta pelo Tribunal Territorial de Berlim. A justificação para a manutenção da condenação, entretanto, foi diversa daquela apresentada pelo tribunal *a quo*. No entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal, caso se aplicasse o direito vigente à época dos fatos, haveria, sim, excludente de culpabilidade aplicável ao caso e, portanto, não haveria possibilidade de penalizar os réus. Isso porque, para o BGH, a aplicação dos princípios do Estado de Direito ao caso evidenciaria um caso de retroatividade, tendo em vista que este não era um direito (legalmente ou jurisprudencialmente) sedimentado à época. Portanto, para o BGH, o § 27.2.1 da Lei de Fronteiras da RDA⁷⁷ e os o § 17.2.a e § 20.3 da lei das funções e competências da polícia popular alemã justificavam a ação dos guardas (ALEXY, 2000, p. 202).

Alexy, analisando o julgamento do caso pelo BGH, entende, então, que, para a manutenção da sentença *a quo*, seria necessário o BGH encontrar algum argumento que neutralizasse a aplicação da justificação e que não importasse em retroatividade da lei. E é exatamente isso que o BGH fez. O tribunal, fazendo menção à Fórmula de Radbruch – já utilizada anteriormente pela jurisprudência alemã em análise de casos relativos ao julgamento de integrantes do governo nazista⁷⁸ –, argumentou que o direito vigente à época era extremamente injusto e, portanto, não poderia ser considerado direito (ALEXY, 2000, p. 204).

Para o BGH, a justificação utilizada pelo direito da RDA para excluir a culpabilidade das sentinelas da fronteira era demasiada injusta, uma vez que constituía uma agressão injustificável aos direitos humanos e uma flagrante injustiça

⁷⁶ BGH (Bundesgerichtshof).

⁷⁷ DDR-GrenzG, 25 de março de 1982 (DDR-GBI. I, p. 197).

⁷⁸ BGHSt 2, 173 (177); 2 234 (237 e ss.); 3 357 (362 e ss.).

à luz do direito internacional, relegando a vida humana a um nível de proteção jurídica inferior à fronteira nacional. Segundo Alexy, o BGH lançou mão de um evidente argumento não positivista para fundamentar a sua decisão, aduzindo que o direito não deveria obediência tão somente aos requisitos da legalidade e da eficácia social, mas também ao requisito da correção material (ALEXY, 2000, p. 205).

Como foi, então, utilizado um direito não positivado, não haveria que se falar também em violação da regra da irretroatividade imposta pelo art. 103.2 da Lei Fundamental. Isso se deve também ao fato de o tribunal ter tão somente citado a Declaração Universal dos Direitos Humanos como referência e não objetivamente ter se baseado nela para fundamentar a sua decisão.

Essa decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal ainda foi objeto de recurso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal, que entendeu, em 24 de outubro de 1996, que a jurisprudência formada no BGH estava em conformidade com a Constituição⁷⁹, tendo em vista a flagrante injustiça promovida na defesa da fronteira do Estado em detrimento a uma vida humana, bem como tendo em vista a necessidade de defesa dos princípios fundamentais e a relatividade do princípio da irretroatividade das leis, como qualquer princípio jurídico (ALEXY, 2000, p. 217). O Tribunal Constitucional Federal, portanto, constatou que a jurisprudência criada pelo BGH, fundada na Fórmula de Radbruch, estava em conformidade com a Constituição.

4.4 Análise das concepções não positivistas de juridicidade e de sua aplicação

Este capítulo constituiu uma tentativa de se apresentar a construção de duas das mais relevantes concepções não positivistas de juridicidade da atualidade. Ao que parece, ficou bastante evidente que ambas as concepções de juridicidade – de Ronald Dworkin e Robert Alexy – apresentam características comuns que permitem a sua classificação como teorias não positivistas de juridicidade, haja vista a defesa de uma relação entre a moral e o direito, de uma limitação inevitável do direito positivo e da necessária natureza do direito além do direito positivo.

Por outro lado, também ficou assentado que as concepções dworkiniana e alexyana apresentam diferenças cruciais, muito devido às suas diferentes matrizes filosóficas, já que a concepção alexyana de juridicidade se funda na racionalidade

⁷⁹ BVerfG, EuGRZ, 1996, 538.

kantiana e a concepção dworkiniana perpassa necessariamente pela hermenêutica ontológica à qual Gadamer se incumbiu de dar notoriedade.

Mas as diferenças entre as duas concepções não param por aí. Como foi visto nas análises das aplicações das concepções de juridicidade aos casos concretos, em situações limites, a teoria da integridade requer um requisito bastante caro para a sua devida aplicação: uma comunidade de princípios, ou seja, uma sólida e duradoura construção política e jurisprudencial de princípios que servem, há algum tempo, de norte para a sociedade. A concepção alexyana de juridicidade, por outro lado, parece ter sido – ou, de fato, realmente foi, se levarmos em consideração a utilização da Fórmula de Radbruch – construída levando em consideração exatamente essas situações limites, nas quais é imperioso abrir mão da construção jurisprudencial e do direito positivado quando estes são extremamente injustos.

De qualquer forma, ainda é cedo para se cogitar uma conclusão acerca de qual seria, dentre aquelas propostas, a concepção de juridicidade mais adequada ao contexto da justiça de transição, tendo em vista que nem sequer foi proposta uma contextualização daquilo que vem sendo cunhado como justiça de transição. A construção desse contexto é imperiosa para deixar claro o motivo da exposição de todas as situações limites aqui analisadas, bem como para analisar o caso apreciado no julgamento da ADPF 153 pelo STF. Somente aí, será possível uma conclusão acerca da concepção de juridicidade mais adequada ao contexto da justiça de transição.

5 CONTEXTUALIZANDO A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Impor um esquecimento significa, paradoxalmente, impor uma única maneira de lembrar (GAGNEBIN, 2010, p. 179).

5.1 Justiça de Transição: uma ideia inicial

Até o presente momento, esta pesquisa se pautou pela construção e análise variadas concepções de juridicidade em detrimento à postura epistemológica que busca um elaborar um único conceito abstrato, ou uma "teoria geral" do direito, buscando reconstruir as principais concepções positivistas e não positivistas de juridicidade. Porém, conforme se procurou esclarecer logo no capítulo introdutório, o presente trabalho tem como escopo a busca por uma concepção de juridicidade que melhor se adeque ao contexto da justiça de transição. Para tanto, seria obviamente insuficiente a análise, ainda que exaustiva, de variadas concepções de juridicidade se não houvesse uma preocupação em contextualizar a denominada justiça de transição, relatando o seu atual estágio de desenvolvimento teórico e prático. Este será, portanto, o ensejo deste capítulo, que se concentrará nesta linha de pesquisa denominada justiça de transição, em seus principais interlocutores, bem como em seu desenvolvimento teórico e em sua aplicação, interna e externamente ao Brasil.

Antes de mais nada, para que seja possível o início de uma interlocução, é importante frisar – como também o fazem David Gomes e Gabriel Rezende (GOMES; REZENDE, 2012, p. 106) – que o fato de a justiça de transição envolver um inevitável convívio entre as dimensões jurídica, política e moral faz com que seja bastante arriscado falar em uma justiça de transição no singular, “isto é, como *justiça de transição*, e não como *justiças* de transição, como justiça de *transições* ou como *justiças de transições*” (GOMES; REZENDE, 2012, p. 106).

Fato é que o estudo ou a pesquisa da justiça de transição envolve diferentes contextos, em diferentes épocas, sob diferentes circunstâncias, sempre típicas de um povo e de um determinado tempo. Esses fatores criam, inevitavelmente, uma dificuldade em se falar em uma justiça *genérica* de transição, sem que haja uma necessária preocupação com os fatores intrínsecos a cada justiça de transição, ou seja, com as suas contingências.

Por outro lado, existe sempre a incômoda necessidade epistemológica dos pesquisadores de agregar, diferenciar e classificar os fenômenos, de forma a

permitir um estudo mais amplo e democrático do objeto de pesquisa. Assim, havendo algo em comum entre os diferentes processos históricos de justiça de transição, é possível, de algum modo, falar em uma concepção abrangente de justiça de transição, desde que se leve em consideração que essa concepção deve sempre se submeter às peculiaridades de cada contexto, ou seja, de cada país em cada época.

Essa possibilidade contemporânea de classificação por assim dizer *genérica* da justiça de transição deve-se muito ao atual estágio de globalização e mútuos processos de influência aos quais vêm se submetendo os estados. Conforme ressalta Ruti Teitel, célebre pesquisadora argentina da justiça de transição:

Como ocorreu em outros países que tinham uma agenda independente no debate dos direitos humanos, como no referido caso da Espanha, em dado momento ocorre uma abertura para outros precedentes, que não são mais exclusivamente locais ou regionais, mas sim globais, pois hoje é inegável que os sistemas jurídicos transnacionais afetam os debates locais mesmo em países cuja tradição seja de uma menor abertura. A reabertura do debate sobre as anistias na América Latina é um exemplo privilegiado desse fenômeno em que fatores locais, regionais e globais interagem, e esses processos, que ocorreram tanto nas cortes locais quanto na Corte Internamericana, guardam relação com outros, como as quebras de imunidade de chefes de Estado por crimes contra a humanidade declaradas pelo Tribunal Penal Internacional (TEITEL, 2010, p. 34).

Assim, a partir dessa perspectiva delineada, pode-se afirmar ser possível buscar uma construção teórica da justiça de transição, conforme se seguirá neste capítulo.

Conforme relembra Meyer (MEYER, 2012, p. 226), em referência ao estudo levado a cabo por Jon Elster (ELSTER, 2004), já foram encontrados relatos referentes à justiça de transição desde a Grécia antiga, quando, em 594 a.C., foram decretadas anistias àqueles que haviam perdido os seus direitos, com exceção aos que praticaram homicídios e outros crimes com vistas à imposição da tirania. Há também relatos de justiça transicional que remontam aos períodos da Restauração Inglesa e da Restauração Francesa, nos séculos XVII e XIX, respectivamente. Não obstante os mais variados relatos que, de uma forma ou de outra, se relacionam à justiça de transição, a construção da concepção contemporânea de justiça de transição remete ao encerramento da Segunda Guerra Mundial (MEYER, 2012, p. 227).

A arquitetura da *justiça de transição* atual, contudo, remonta aos julgamentos que sucederam à capitulação da Alemanha nacional-socialista na Segunda Guerra Mundial. O Tribunal de Nuremberg foi responsável pelo julgamento de 22 oficiais nazistas; Estados Unidos, Inglaterra e França aliadas condenaram, no total, 5.006 alemães por crimes de guerra, aplicando, pelo menos, 794 penas de morte. Processos continuaram a ser levados adiante pela própria Alemanha, resultando, até 1996, em 6.494 condenações transitadas em julgado. Um processo de desnazificação, contudo, mostrou-se falho por não poder contar com expurgos no Poder Judiciário. Um sistema legislativo de compensações financeiras foi instituído, sendo que, em 1986, 77 bilhões de marcos alemães haviam sido pagos. Na Alemanha Oriental, por outro lado, estima-se que 520.000 ex-membros do Partido Nazista tenha perdido seus postos no serviço público (MEYER, 2012, p. 227).

Em sua *Genealogia da Justiça Transicional*, Teitel também aponta como momento paradigmático para a formação da concepção contemporânea de justiça de transição o período pós-guerra de 1945, apesar de fazer importante menção aos fatores que provocaram o desencadeamento da utilização dos aparatos da justiça de transição desde a Primeira Guerra Mundial (TEITEL, 2003, p. 02). A teórica argentina divide a genealogia da justiça de transição em três sucessivas etapas.

Pode-se dizer que a primeira fase da justiça de transição, portanto, já remonta ao fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, com a criação do Tribunal de Nuremberg pelos vencedores da guerra (TEITEL, 2003, p. 02). Durante a vigência do referido tribunal, foram conduzidos a julgamentos os principais líderes do movimento nazista, havendo doze condenações à morte, três condenações a prisões perpétuas, duas condenações a vinte anos de reclusão, uma condenação a quinze anos de reclusão e outra a dez anos. Além disso, houve três absolvições.

O legado deixado pelo Tribunal de Nuremberg – principal paradigma da primeira fase da justiça de transição – se caracteriza, sobretudo, pela criação de um precedente histórico do poder cogente do Direito Internacional, bem como a formação da estrutura central dos direitos humanos contemporâneos (TEITEL, 2003, p. 03). Assim, pode-se dizer que a justiça transicional do pós-guerra ficou marcada por certo desprezo ao direito interno e pela valoração do direito internacional na busca pela penalização dos perpetradores das violações aos direitos humanos na vigência do regime nazista. A preocupação, portanto, era, sobretudo, com as responsabilidades individuais (TEITEL, 2003, p. 05). Dessa forma, segundo Teitel, “o giro para o Direito Internacional do pós-guerra refletiu também o sentido de que o

tema relevante da justiça transicional era dar uma resposta legal internacional que fora governada pelo Direito dos Conflitos Armados”⁸⁰ (TEITEL, 2003, p. 06).

Ou ainda, conforme afirma Torelly:

(...) a ideia de Justiça Transicional surge como produto de uma demanda por uma mudança de concepção do que seja o direito em sua relação com a justiça, uma vez que o arcabouço do direito positivo dos países desenvolvidos na II Guerra Mundial (e mesmo o insipiente direito internacional da época) não permitiam soluções minimamente razoáveis para os problemas que se apresentavam, dada a completa desconfiguração dos sistemas legais, lógicos e mesmo de bom senso produzidos pela experiência totalitária (TORELLY, 2012, p. 48).

Já a segunda fase da justiça de transição tem início no pós Guerra Fria, em um contexto de colapso da União Soviética, atrelado às conseqüentes derrocadas de diversos regimes que, em todo o mundo, haviam se escorado na doutrina socialista da URSS (TEITEL, 2003, p. 07). A falência do ideal pregado pela URSS cedeu espaço para que os regimes de extrema direita sufocassem os movimentos de cariz comunista, sobretudo no leste europeu, na América Latina e na América Central. Os regimes de extrema direita, com perfis autoritários, somente foram ceder lugar ao restabelecimento da democracia nas décadas de 1980 e 1990 – período marcante da segunda fase da justiça de transição.

Conforme ressalta Teitel, “em uma resposta crítica ao projeto de justiça do pós-guerra da fase I, a fase II foi além da perspectiva retributiva – do modo como se entende historicamente”⁸¹ (TEITEL, 2003, p. 10). Isso porque a segunda fase da justiça de transição, de uma forma mais madura, não se restringiu à persecução criminal dos violadores dos direitos humanos e à sua responsabilização individual. Essa segunda fase, como demonstraram os processos transicionais da Argentina, do Chile e, sobretudo, da África do Sul, a título de exemplo, se preocuparam, sobretudo, em sarar as feridas provocadas pelos regimes autoritários e reforçar os valores do Estado Democrático de Direito, em um projeto de reconstrução de uma nação (TEITEL, 2003, p. 10).

⁸⁰ Tradução nossa do original em espanhol: “El giro hacia el Derecho Internacional de la pós-guerra reflejó también el sentido de que el tema relevante de la justicia transicional era dar una respuesta legal internacional que fuera gobernada por el Derecho de los Conflictos Armados.”

⁸¹ Tradução nossa do original em espanhol: “En una respuesta crítica al proyecto de justicia de postguerra de la fase I, la fase II fue más allá de la justicia retributiva - del modo como se entiende históricamente.”

Este modelo *restaurativo* proposto pela segunda fase da justiça de transição ficou marcado pela constituição de comissões da verdade que, em países como a África do Sul, tomaram o lugar das cortes judiciais e estabeleceram uma priorização da verdade em detrimento da justiça (TEITEL, 2003, p. 11). Segundo Teitel, há claramente nesta fase uma mudança de ênfase, saindo da busca pela responsabilização e entrando em uma busca pela paz, ainda que negociada (TEITEL, 2003, p. 13). Nesse ínterim, foi possível observar um clamor pelo Estado Democrático de Direito, pelo respeito aos direitos humanos e pela busca de outras versões da história contada. Por outro lado, também foi possível observar vários processos de *transição por transação* ou mesmo várias transições impostas. Como reitera Teitel, “na fase II emergiu um discurso dinâmico que justapôs e inclusive sacrificou o objetivo da justiça pela meta mais modesta da paz”⁸² (TEITEL, 2003, p. 14).

A segunda fase pode ser caracterizada, portanto, por um compromisso com o perdão e com a reconciliação, na busca pela paz e pela estabilidade política necessária ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito (TEITEL, 2003, p. 14).

Assim, em suma:

Enquanto a primeira fase concebeu o estado de direito em termos universalizadores associados à obrigação de responder por ações ou omissões lesivas para a humanidade, o modelo da fase II, por outro lado, se ocupou em fazer avançar a ideia oposta de um estado de direito vinculado com a legitimidade da jurisdição nacional e soberania dos países. Ao restringir a esfera de investigação, a fase II revelou a concepção política que se correlacionava a esta forma de justiça transicional, em particular na medida em que se implicou a atores locais mais que internacionais, e aqueles que estavam mais abaixo do que acima dos mandatos de poder e responsabilidade política. Isso foi um indício da força construtiva dos postulados da fase II e mostrou também o grau ao qual o modelo da fase II era suscetível à politização e, ao fim das contas, dependia da promoção de valores alternativos, à margem dos direitos universais e à responsabilização pelos fatos indevidos que subjazem ao estado de direito⁸³ (TEITEL, 2003, p. 21).

⁸² Tradução nossa do original em espanhol: “En la fase II emergió un discurso dinámico que yuxtapuso e incluso sacrificó el objetivo de la justicia por la meta más modesta de la paz.”

⁸³ Tradução nossa do original em espanhol: “Mientras la primera fase concibió al estado de derecho en términos universalizadores asociados a la obligación de responder por acciones u omisiones lesivas para la humanidad, el modelo de la fase II, en cambio, se ocupó en hacer avanzar la idea opuesta de un estado de derecho vinculado con la legitimidad de la jurisdicción nacional y soberanía de los países. Al restringir la esfera de investigación, la fase II reveló la concepción política que se correlacionaba a esta forma de justicia transicional, en particular en la medida en que se implicó a

A terceira e última fase da justiça de transição, por sua vez, constitui o momento atual da evolução das sociedades humanas, na qual é possível observar um deslocamento do discurso de transição da exceção para a regra. Segundo Teitel, “o novo milênio parece estar associado com a expansão e a normalização da justiça transicional”⁸⁴ (TEITEL, 2003, p. 22). A principal demonstração dessa normalização da justiça de transição é a criação do Tribunal Penal Internacional, por intermédio do Estatuto de Roma, de 1998 (TEITEL, 2003, p. 23).

O que se observa, em larga escala, é a apropriação do discurso próprio dos direitos humanos e da sua inviolabilidade para justificar intervenções militares em localidades estratégicas. “Sob o rótulo de ‘autodefesa preventiva’, se está adotando um discurso de aparente guerra permanente, para se legitimar a próxima etapa da guerra contra o terrorismo”⁸⁵ (TEITEL, 2003, p. 24).

Assim, a partir dessa genealogia da justiça de transição, desde que se afaste de pronto essa usurpação contemporânea que o termo vem sofrendo em sua terceira fase, pode-se falar que a justiça de transição, apesar de contingente às peculiaridades de tempo e espaço, apresenta aspectos comuns, que podem ser observados em períodos de transições políticas (TEITEL, 2003, p. 26). Essa perspectiva genealógica da justiça de transição – que de forma alguma é linear, mas permite observar a formação de ciclos – demonstra, portanto, a possibilidade de se construir conceitos de justiça de transição. Em uma ideia inicial, pode-se afirmar que “a justiça transicional pode ser definida como a concepção de justiça associada com períodos de mudança política, caracterizados por respostas jurídicas que têm o objetivo de enfrentar os crimes cometidos por regimes repressores anteriores”⁸⁶ (TEITEL, 2003, p. 01).

actores locales más que internacionales, y a aquellos que estaban más bien abajo que arriba en los mandos de poder y de responsabilidad política. Esto fue un indicio de la fuerza constructiva de los postulados de la fase II y mostró también el grado en que el modelo de la fase II era susceptible a la politización y, a fin de cuentas, dependía de la promoción de valores alternativos, al margen de los derechos universales y la responsabilización por hechos indebidos que subyace al estado de derecho.”

⁸⁴ Tradução nossa do original em espanhol: “el nuevo milenio parece estar asociado con la expansión y normalización de la justicia transicional.”

⁸⁵ Tradução nossa do original em espanhol: “Bajo el rótulo de “autodefensa preventiva”, se está adoptando un discurso de aparente guerra permanente, para legitimar la próxima etapa de la guerra contra el terrorismo.”

Para uma abordagem deste mesmo tema sob outro enfoque, ver: AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção. Homo sacer II, 1**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁸⁶ Tradução nossa do original em espanhol: “La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas

Partindo dessa ideia inicial do que viria a ser justiça de transição, torna-se imprescindível captar a natureza intercambiária da justiça de transição, já que ela tem como objetivo apresentar respostas jurídicas para um momento de transição política que, inevitavelmente, influenciará na formação daquelas respostas. Assim, pode-se afirmar que “a concepção de justiça nos períodos de mudança política é extraordinária e construtivista: é alternadamente constituída pela e constitutiva da transição”⁸⁷ (TEITEL, 2000, p. 06).

Ainda de acordo com Teitel:

Em períodos de mudança política radical, o direito se torna incerto, e o estado de direito não é bem explicado como fonte de normas ideais em abstrato. No contexto de uma teoria do direito transicional, o estado de direito pode ser melhor compreendido como um esquema normativo de valores que é histórica e politicamente contingente, elaborado em resposta ao passado de repressão política perpetrada em termos legais.

(...)

Apesar de tanto o estado de direito quanto o constitucionalismo se preocuparem com a produção normativa na democracia, esses entendimentos são seriamente desafiados nos períodos transicionais⁸⁸ (TEITEL, 2000, p. 07).

A partir dos estudos levados a cabo por Ruti Teitel, que, em 1992, cunhou o termo *justice in times of transition* (QUINALHA, 2013, p. 124), diversas concepções acerca do que constituiria a justiça de transição foram surgindo. Para Eduardo Cueva (GONZALEZ CUEVA, 2001), por exemplo, a preocupação da justiça de transição deve ser não somente em relação aos crimes cometidos durante uma ditadura, mas todos os crimes e graves violações ao direito internacional humanitário (GONZALEZ CUEVA, 2001, p. 01). Não obstante, para o referido autor, é preocupação da justiça de transição também a reforma do cenário de conflito, concedendo viabilidade à consolidação do Estado Democrático de Direito (GONZALEZ CUEVA, 2001, p. 02).

legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores.”

⁸⁷ Tradução nossa do original em inglês: “The conception of justice in periods of political change is extraordinary and constructivist: it is alternately constituted by, and constitutive of, the transition.”

⁸⁸ Tradução nossa do original em inglês: “In periods of radical political change, the law is unsettled, and the rule of law is not well explained as a source of ideal norms in abstract. Within the context of a transitional jurisprudence, the rule of law can be better understood as a normative value scheme that is historically and politically contingent and elaborated in response to past political repression often perpetuated under the law. (...). Although the rule of law and constitutionalism both concern the norms that seek to guide lawmaking in democracy, these understandings are seriously challenged during transitional periods.”

Para a compreensão e solução dessas preocupações, Cueva define a possibilidade de abordagem da justiça de transição a partir de três diferentes dimensões: a) uma dimensão estratégico-política, b) uma dimensão ético-cultural e c) uma dimensão técnico-legal (GONZALEZ CUEVA, 2001). Ele ressalta, entretanto, que não há a possibilidade de solução dos problemas apresentados à justiça de transição sem um necessário acoplamento entre as três dimensões, podendo haver, a depender das circunstâncias e contingências locais e temporais, diferentes atribuições de peso a cada uma das dimensões (GONZALEZ CUEVA, 2001, p. 16).

O Relatório S/2004/616, do Secretário-Geral da ONU para o Conselho de Segurança da ONU⁸⁹, também apresenta uma definição do que vem a ser, no atual contexto mundial, a justiça de transição. De acordo com o referido relatório:

A noção de 'justiça de transição' discutida no presente relatório compreende toda a gama de processos e mecanismos associados às tentativas de uma sociedade para por termo a um legado de abusos cometidos em larga escala no passado, a fim de garantir a responsabilização, servir a justiça e alcançar a reconciliação.⁹⁰ (ONU, 2004, p. 8).

Em uma importante observação acerca da justiça de transição, a definição proposta pelo *International Center for Transitional Justice (ICTJ)*, procura deixar bastante evidente que a justiça de transição não é uma forma de justiça caracterizada ou adjetivada, mas uma justiça inserida em um contexto específico. Dessa forma, “a justiça de transição não é uma forma especial de justiça, mas a justiça adaptada a sociedades em transformação após um período de profundos abusos contra os direitos humanos”⁹¹ (ICTJ, 2010). De fato, deve-se reconhecer que o termo inicial cunhado pela teórica argentina Ruti Teitel para designar justiça de transição – *justice in times of transition* – se apresentava mais adequado com relação a essa discussão em torno das características da justiça de transição (QUINALHA, 2013, p. 135).

⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: report of the Secretary-General. 23 de agosto de 2004. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>>. Acesso em 28 mai. 2013.

⁹⁰ Tradução nossa do original em inglês: “The notion of ‘transitional justice’ discussed in the present report comprises the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation.”

⁹¹ Tradução nossa do original em inglês: “Transitional justice is not a special form of justice but justice adapted to societies transforming themselves after a period of pervasive human rights abuse.” Disponível em: <<http://www.ictj.org/en/tj/>>. Acesso em: 28 mai. 2013.

A justiça de transição também deve ser enxergada como um elemento central para as ideias de Estado Democrático de Direito e de constitucionalismo. Segundo Anthony Pereira, a relevância de um conceito de justiça de transição se deve muito a essa característica.

Ele refere-se às medidas adotadas após o fim de regimes autoritários ou de guerras para enfrentar as violações aos direitos humanos do passado, fundando-se na presunção de que o estado democrático de direito não pode ser construído sobre a impunidade de crimes praticados contra a humanidade. Essas medidas podem incluir a investigação destes crimes; a reparação às vítimas e a seus familiares e entes queridos; a punição dos perpetradores das violações; a reforma do judiciário e das instituições de segurança, como forma de prevenir a repetição dos delitos de mesma natureza, e ações que buscam preservar ou jogar luz na memória e nas experiências vivenciadas pelas vítimas (PEREIRA *in* TORELLY, 2012, p. 18).

Em complementação a essa construção teórica, para Flávia Piovesan:

A justiça de transição lança o delicado desafio de romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática. O risco é que as concessões do passado possam comprometer e debilitar a busca democrática, corrompendo-a com as marcas de um continuísmo autoritário. Justiça e paz; justiça sem paz; e paz sem justiça são os dilemas da transição democrática (PIOVESAN, 2009, p. 180-181).

De acordo com Louis Bickford (BICKFORD, 2004, p. 1045):

Justiça de transição se refere ao campo de atividades e investigação sobre como as sociedades lidam com legados de violações e abusos contra os direitos humanos praticados no passado, atrocidades em massa, outras formas severas de trauma social, incluindo o genocídio e a guerra civil, com o objetivo de construir um futuro mais democrático, justo e pacífico.

(...)

O conceito é comumente entendido como uma estrutura para o enfrentamento dos abusos passados e enquanto componente de uma mais ampla transformação política. Isso geralmente envolve a combinação de estratégias judiciais e não judiciais que se complementam, como processar perpetradores, estabelecer comissões da verdade e outras formas de investigação do passado; empreender esforços para a reconciliação em sociedades fraturadas, desenvolver programas de reparação para aqueles mais afetados por violências ou abusos, memorializar e promover a lembrança das vítimas; e reformar um amplo espectro de instituições estatais que promoveram abusos (como serviços de segurança, polícias ou setores militares) como forma de prevenir violações futuras⁹² (BICKFORD, 2004, p. 1045).

⁹² Tradução nossa do original em inglês: "Transitional Justice refers a field of activity and inquiry focused on how societies address legacies of past human rights abuses, mass atrocity, or other forms of severe social trauma, including genocide and civil war, in order to build a more democratic, just, or peaceful future. (...). The concept is commonly understood as a framework for confronting the past

É importantíssimo, ainda, registrar o caráter eminentemente normativo de todas essas teorias da justiça de transição. A justiça de transição postula a satisfação e a reparação dos direitos daqueles que sofreram perseguições em seus direitos humanos, bem como a responsabilização daqueles que foram responsáveis por essas perseguições, a elucidação dos fatos e reforma das instituições. De forma alguma, um estudo no campo da justiça de transição poderia desejar tão somente descrever o modo através do qual ocorrem as satisfações no período transicional. Como a justiça de transição lida com a satisfação de bens coletivos individuais como a justiça e os direitos humanos – conceitos estes que são objeto de tão ferrenhos debates na filosofia política, na ética e na filosofia do direito –, seria impossível não haver um cariz normativo em suas pesquisas. Isso porque não há como apenas descrever estes valores sem, de alguma forma, agregar a eles novas peculiaridades, conforme visto no capítulo primeiro. A fonte de estudos da justiça de transição é concreta e contingente (TORELLY, 2012, p. 36).

É bastante relevante, ainda, frisar que a justiça de transição não apresenta um caráter tão somente voltado ao passado, ou seja, prospectivo, como pode aparentar para alguns. Obviamente, ela busca uma satisfação acerca de fatos ocorridos no passado e visa, muitas vezes, trazer à tona a memória e a justiça daqueles que sequer estão presentes. Porém, por outro lado, a justiça de transição também apresenta um olhar prospectivo. Ela visa tanto à garantia do estabelecimento das condições necessárias ao estado democrático de direito para as gerações vindouras quanto à garantia da não repetição (CATTONI; GOMES, 2011, p. 223).

Através de todas as tentativas de definição da justiça de transição listadas até então, bem como através das suas características marcantes também já suscitadas e da apresentação da sua genealogia, é possível defender, então, que a justiça de transição é constituída por quatro eixos principais, que estão intrinsecamente relacionados e, portanto, são interdependentes – caso se assuma um anseio por um

abuse as a component of a major political transformation. This generally involves a combination of complementary judicial and nonjudicial strategies, such as prosecuting perpetrators, establishing truth commissions and other forms of investigation about the past; forging efforts toward reconciliation in fractured societies, developing reparations packages for those most affected by violence or abuse, memorializing and remembering victims; and reforming a wide spectrum of abusive state institutions (such as security services, police, or military) in attempt to prevent future violations”.

processo transicional que realmente vise a uma justiça de transição. Os eixos são os seguintes: memória e verdade; reparação; justiça; e reforma das instituições.

A fruição dessa elaboração metodológica também deve prestar tributo a Ruti Teitel, que definiu em seus estudos que a justiça de transição deve se formar a partir dos seguintes eixos: “punição, investigação histórica, reparações, expurgos e elaboração de nova constituição”⁹³ (TEITEL, 2000, p. 06-07).

O primeiro eixo da justiça de transição, constituído pela memória e pela verdade, caracteriza-se, inicialmente, pela busca das versões omitidas da história dos estados nacionais nos períodos de barbárie. Em regra, os governos ditatoriais detinham grande controle da mídia e do acesso à informação. Não obstante, os constantes desrespeitos aos direitos humanos eram, muitas vezes, fruto de operações levadas a cabo pelo próprio estado, que, no apagar das luzes, sempre encobria esses dados.

Assim, é tarefa essencial da justiça de transição a busca pelas versões da história omitidas e adulteradas pelo estado. É também tarefa o esclarecimento acerca das políticas públicas que, perpetradas pelo estado, tinham como fim ou como meio o desrespeito aos direitos humanos. Isso deve ser feito através da abertura e ampla divulgação dos arquivos públicos, sobretudo aqueles que, durante a vigência de um governo ditatorial, era classificado como sigiloso, em virtude da defesa dos interesses nacionais. As comissões da verdade têm, sem sombra de dúvida, um importante papel na realização deste primeiro eixo da justiça de transição.

Por fim, também é tarefa da justiça de transição, em seu primeiro eixo, na busca pela verdade e pela memória, o restabelecimento da memória do país, através da criação de museus e centros de reconhecimento àqueles que resistiram ao regime e foram, de alguma forma, prejudicados por ele; através da revisão dos materiais didáticos de estudo da história do país; através de medidas simbólicas de reconhecimento aos resistentes e de condenação dos atos perpetrados pelo regime.

O segundo eixo da justiça de transição, consistente nas reparações, é responsável pela tentativa de minoração da dor das vítimas do regime autoritário e de suas famílias. A partir dessa perspectiva, é função da justiça de transição a busca pelo paradeiro ou pelos restos mortais das vítimas, entregando-os às famílias. É

⁹³ Tradução nossa do original em inglês: “(...) punishment, historical inquiry, reparations, purges, and constitution making”.

ainda função da justiça de transição a concessão de auxílio médico e psicológico às vítimas do regime autoritário e às suas famílias; a restituição dos funcionários públicos exonerados pelo regime autoritário por razões políticas às suas funções; o pagamento de indenização àqueles que não puderem reassumir as suas funções; a contagem do tempo de serviço para fins previdenciários; e o pagamento de indenização às vítimas e familiares pelas atrocidades sofridas.

A reparação das vítimas dos regimes também pode se dar através da concessão de anistia àqueles que cometeram crimes exclusivamente políticos e através da concessão de reparações simbólicas individuais e coletivas às vítimas e às famílias das vítimas.

O terceiro eixo da justiça de transição consiste na dita justiça em si, ou seja, na responsabilidade do estado de promover a persecução criminal daqueles que cometeram atrocidades contra a humanidade através do aparelho estatal ao seu dispor. Trata-se da *accountability*, ou seja, da prestação de contas ou responsabilização.

É ainda responsabilidade da justiça de transição, neste eixo, a proposição de ações cíveis e administrativas que visem à responsabilização dos perpetradores de crimes contra a humanidade. Seguindo os preceitos da justiça de transição, é responsabilidade do estado investigar, apurar e punir (seja administrativa, civil ou penalmente) os crimes cometidos sob o comando ou a leniência do estado.

Por fim, o quarto e último eixo da justiça de transição é caracterizado pela necessidade de reforma das instituições. Este, sem dúvida, é o eixo que de forma mais evidente demonstra o caráter também prospectivo da justiça de transição. A reforma das instituições deriva da necessidade de consolidação do Estado Democrático de Direito e do total afastamento dos ideais totalizantes e autoritários do estado. A concretização da reforma das instituições se dá através da derrocada dos pilares do estado autoritário e da construção de um novo paradigma de estado fundado nos anseios do Estado Democrático de Direito. Para tanto, a reforma das instituições implica em: expurgos; atualização da legislação; estabilidade e equiparação entre as instituições democráticas do estado; reformas institucionais, visando à não repetição e, portanto, suprimindo órgãos estatais voltados ao desrespeito aos direitos humanos; realização de eleições democráticas; e mesmo a promulgação de uma nova constituição.

A prossecução de todos os eixos da justiça de transição, que deve se dar de maneira conjunta, requer a ampla participação da sociedade civil e a pronta garantia da independência entre os poderes (ou funções) estatais, sobretudo do Poder Judiciário. Os mecanismos da justiça de transição, portanto, reclamam, para a sua devida aplicabilidade prática, três características essenciais: complementaridade, circularidade e contextualidade (PIRES JÚNIOR; TORELLY, 2012, p. 37).

A complementaridade sugere que os quatro eixos da justiça de transição, como afirmado outrora, são interdependentes e, portanto, se comunicam. A verdade e a memória, a reparação, a justiça e a reforma das instituições não podem ser vistos como eixos estanques e limitados. Existe uma mútua e constante influência entre os eixos. A realização da justiça de transição em um eixo é condição de possibilidade para a efetiva realização da justiça de transição nos demais (PIRES JÚNIOR; TORELLY, 2012, p. 37).

A característica da circularidade, por sua vez, decorre da complementaridade. A circularidade pressupõe que os resultados alcançados através dos trabalhos realizados sob um dos eixos da justiça de transição influenciam os resultados dos trabalhos nos demais eixos. Disso decorre, por exemplo, que os trabalhos realizados no seio de uma comissão da verdade não só alimentam como também limitam, de certa forma, o poder de ação jurisdicional de persecução penal, realizado dentro do eixo da justiça (PIRES JÚNIOR; TORELLY, 2012, p. 37).

Por fim, a característica da contextualidade, também já sublinhada em momentos anteriores, traz à tona a denúncia da impossibilidade se falar sempre e somente em justiça de transição, sem que se leve em consideração todas as contingências histórico-temporais e histórico-locais. A justiça de transição não pode ser vista, nunca, descolada de um determinado tempo e espaço (PIRES JÚNIOR; TORELLY, 2012, p. 37).

Após toda esta reconstrução teórica, é possível, enfim, arriscar afirmar que a justiça de transição, muito longe do que setores reacionários da sociedade pretendem caracterizar como revanchismo⁹⁴, constitui, em suma, um conjunto de mecanismos construídos historicamente a partir do arcabouço jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos com o objetivo de permitir às sociedades pós-

⁹⁴ Para uma defesa contra a ideia de justiça de transição como revanchismo ver: TEITEL, Ruti. Entrevista. In **Revista Anistia Política e Justiça de Transição** / Ministério da Justiça. – N. 3 (jan. / jun. 2010). – Brasília : Ministério da Justiça , 2010. Especialmente nas páginas 36 e 37.

conflito estabelecer ou restabelecer os pilares necessários à sustentação do Estado Democrático de Direito. Esses mecanismos podem ser divididos em quatro eixos principais que são interdependentes: a memória e a verdade, a reparação, a justiça e a reforma das instituições. A forma sob a qual se dará a aplicação desses mecanismos está sempre sujeita às contingências locais e temporais. E, por fim, a aplicação desses mecanismos reclama uma legitimação ou uma fundamentação jurídica, ou seja, para que sejam aplicados os mecanismos da justiça de transição, é necessário que haja juridicidade e não mero anseio ilegítimo por justiça.

Inobstante ser exatamente essa a pretensão desta pesquisa – verificar a concepção de juridicidade que melhor se adequa aos anseios da justiça de transição e que, conseqüentemente, lhe conceda respaldo jurídico – é bastante relevante a análise de alguns casos célebres de justiça de transição para que se possa permitir uma maior profundidade do trabalho.

5.2 A justiça de transição na América Latina

Conforme já anteriormente referenciado, a América Latina foi um dos mais importantes representantes da segunda fase da genealogia da justiça de transição moderna. Nas décadas de 1960 a 1990, muitos dos países do cone sul-americano foram submetidos a regimes autoritários, de fortes tendências militares e ideologia anticomunista, em um evidente contexto de Guerra Fria (1945-1991) e de uma conseqüente polarização mundial. Com a derrocada do regime soviético, a extinção da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e o conseqüente encerramento da Guerra Fria, todos esses regimes – mais cedo ou mais tarde – perderam grande parte dos seus pilares de sustentação e vieram, pouco a pouco, a sucumbir, passando por processos de justiça de transição e dando lugar a novos Estados Democráticos de Direito.

Apesar da imensa e inquestionável relevância histórica de todos os processos de justiça de transição latino-americanos, a limitação temporal e contéudística desta pesquisa não permite a abordagem de todos eles, sendo imprescindível um recorte metodológico. Esse necessário recorte metodológico restringirá a abordagem mais profunda deste trabalho aos casos argentino, chileno e brasileiro, sendo que este merecerá um subcapítulo próprio. De toda forma, esse recorte não impedirá a menção, quando necessária, dos demais casos de justiça de transição.

5.2.1 A justiça de transição argentina

No ano de 1973, o governo democrático argentino sofreu um golpe de Estado que derrubou a Presidente María Estela Martínez de Perón e instituiu um governo militar de exceção. O governo instaurado foi constituído por uma junta militar composta pelos representantes das três forças armadas (Exército, Aeronáutica e Marinha), que governava o país sob os ditames do estatuto do Processo de Reorganização Nacional (doravante PRN). O estatuto do PRN se sobrepôs à Constituição – que não foi expressamente revogada – e instituiu um verdadeiro Poder Moderador encarnado pela junta militar, que tinha poderes para intervir no Poder Judiciário, no Poder Legislativo (que mais tarde foi substituído por uma comissão de assessoramento legislativo) e, sobretudo, no Poder Executivo, já que indicava até mesmo o Presidente da República (GALINDO, 2012, p. 39-40).

Esse governo autoritário instaurado na Argentina estabeleceu uma prática de repressão às oposições que ganhou notoriedade mundial pela sua abrangência e pela sua impensável violência. As práticas de prisão arbitrária, sequestro, desaparecimento forçado, estupro, tortura e assassinato se tornaram recorrentes. Conforme apurou Galindo:

Nessa conjuntura, a última ditadura argentina se caracteriza como um regime de exceção perpetrador de um grau de violência sem precedentes. Como destaca Pilar Calveiro, não é a violência estatal a novidade nesse processo político argentino pós-março de 1976, mas a sua força descomunal, tornando o Estado um *poder desaparecedor*, que avançou sobre o material e o simbólico, sobre corpos e ideias.

De fato, os números da ditadura argentina impressionam⁹⁵: é de longe a ditadura latino-americana proporcionalmente mais sanguinária (GALINDO, 2012, p. 41).

Ao lado da intensa repressão por parte dos organismos estatais, desenvolveu-se uma ampla força paraestatal de extrema direita, a exemplo dos esquadrões da morte reunidos em torno do triplo A (Aliança Anticomunista Argentina), organizados clandestinamente, mas com apoio direto da Secretaria de Bem-Estar Social a cargo de José López Rega (GALINDO, 2012, p. 40).

Esse regime de exceção permaneceu no poder na Argentina até o ano de 1983, quando, por conjunturas políticas mundiais e locais, bem como por uma grave

⁹⁵ A Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas (CONADEP) apurou em 1984 um total de cerca de dez mil desaparecimentos forçados no decorrer do regime militar na Argentina. Dados obtidos no site da CONADEP: <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/lista-revisada/>. Acesso em 13 de junho de 2013.

crise econômica, cedeu lugar ao restabelecimento de um governo democrático. As conjunturas políticas mundiais que contribuíram para a derrocada da ditadura militar argentina são sabidas: o incontornável enfraquecimento da URSS e da sua influência mundial, que trouxe, como consequência, a “morte” do principal inimigo e justificativa dos governos autoritários – o perigo comunista. Por conjunturas políticas internas da Argentina pode-se entender dois fatores primordiais: o crescimento da oposição e a humilhante derrota na inexplicável Guerra das Malvinas promovida pelo governo militar contra a Inglaterra em 1982, objetivando a ocupação das Ilhas Malvinas (ou Falklands) (BANDEIRA, 2003, p. 445-447).

A oposição, que já havia surgido logo no início da ditadura militar, ganhou expressão, sobretudo, a partir dos movimentos das *Madres* e das *Abuelas de la Plaza de Mayo*, surgidos em 1977 e através de diversos outros redutos de resistência formados pela sociedade civil (GALINDO, 2012, p. 42).

Diante das pressões políticas e econômicas, o governo militar cedeu à restituição de um governo democrático no ano de 1983. Não obstante, já em 1982, o governo editou perniciosamente uma lei de autoanistia – a Lei 22.924 de 1982 – que excluía a possibilidade de punibilidade dos crimes contra a humanidade cometidos pela ditadura militar nos últimos sete anos (GALINDO, 2012, p. 42).

Porém, logo no primeiro ano do novo governo democrático, conduzido pelo Presidente Raul Alfonsín, foi criada a *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (doravante CONADEP), dando início ao processo de justiça de transição argentino. A esse processo foi dado seguimento através da publicação dos surpreendentes resultados da referida comissão no livro *Nunca más*⁹⁶, que gerou um intenso debate social acerca dos crimes perpetrados pelo regime ditatorial e culminou com a revogação da lei de autoanistia, através da promulgação da Lei n. 23.040 (CONADEP, 2009).

Com a revogação da lei de anistia, muitos dos responsáveis pelos crimes de Estado foram levados a julgamento e condenados. Porém, esses julgamentos se viram prejudicados diante da edição de duas novas leis que impediam novamente a persecução penal face aos governantes e militares do período ditatorial: a *Ley de Punto Final* (Lei n. 23.492 de 1986) e *Ley de Obediencia Debida* (Lei n. 23.521 de

⁹⁶ ARGENTINA. Secretaría de Derechos Humanos. Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. ***Nunca más: informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas***. 8ª ed. 5ª reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2009).

1987) além da concessão de indultos pelo então Presidente Carlos Ménen aos militares (GALINDO, 2012, p. 43).

Ocorre, porém, que a superveniência de novas conjunturas políticas e jurídicas fez com que o processo de justiça de transição argentino não findasse dessa forma fracassada. Com a reforma constitucional de 1994, que incorporou o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969) ao regime jurídico argentino, e com a ascensão de Néstor Kirchner à presidência da República, houve uma significativa reestruturação da legislação e do procedimento jurisdicional no país. No ano de 2005, a Suprema Corte argentina declarou inconstitucionais as leis do “ponto final” e de “obediência devida”. Logo em seguida, o próprio Congresso Nacional revogou as referidas leis. Por fim, em 2007, a Corte ainda declarou inconstitucionais os indultos concedidos pelo Presidente Ménen (PIOVESAN, 2009, p. 180).

Por meio de todo este processo de justiça de transição sob o qual a Argentina se submeteu, foi permitido ao governo argentino realizar a prestação de contas aos familiares dos mortos bem como a persecução penal dos responsáveis pela reiterada perpetração de crimes contra a humanidade no decorrer da ditadura, inclusive com a condenação de agentes do primeiro escalão do governo autoritário, como o ex-ditador Jorge Videla, que, após condenado à prisão perpétua, faleceu em cárcere no dia 17 de maio de 2013, aos 87 anos de idade.

5.2.2 A justiça de transição chilena

O governo democrático vigente no Chile na década de 1970 também foi alvo de um golpe de Estado militar, promovido pelas Forças Armadas no ano de 1973. Naquele mesmo ano, o governo liderado pelo ditador recém-empossado – o General Augusto Pinochet – suspendeu direitos e garantias individuais previstos na Constituição da República de 1925 e dissolveu o Congresso Nacional (GALINDO, 2012, p. 47).

As práticas perpetradas pelo governo ditatorial face à oposição e à resistência foram as mesmas adotadas na Argentina: prisão arbitrária, tortura, sequestros, desaparecimento forçado, execuções sumárias, estupros e assassinatos. O Chile, que à época era o único país latino-americano que havia conseguido estabelecer um

regime com fortes tendências socialistas, uma estreita proximidade com o governo cubano e uma agenda governamental voltada para a melhoria social, se viu entregue aos desmandos de um aparato militar-estatal sem limites.

O horror somente iniciava. A perseguição aos “allendistas” foi generalizada, e as detenções realizadas já nos primeiros dias de autoritarismo foram tantas que não havia no Chile um recinto castrense suficientemente grade para alojar todos os detidos. Para resolver tal “problema”, os novos governantes transformaram o maior estádio de futebol à época – o Estádio Nacional – em um gigantesco campo de concentração, lá amontoando os presos políticos, sendo milhares deles interrogados e torturados e outros ali mesmo executados. Em outubro, um mês após o golpe de Estado, Pinochet ordena o envio de uma missão militar ao norte do país, a tristemente célebre “Caravana da Morte”, inaugurando em solo chileno práticas tornadas pouco a pouco comuns nas ditaduras latino-americanas: fuzilamento sumário de presos condenados com a ocultação de seus corpos assassinados, não sem, antes das execuções, tortura-los como se tornara praxe. Estima-se que 56 execuções sumárias e 19 desaparecimentos políticos ocorreram por responsabilidade da referida missão (GALINDO, 2012, p. 47).

No ano de 1978, já em um clima de oposição ferrenha ao governo militar, o Ditador Augusto Pinochet outorgou o Decreto-lei n. 2.191, que concedia autoanistia aos governantes, militares e demais responsáveis pelos crimes contra a humanidade cometidos através da utilização do aparelho estatal (GALINDO, 2012, p. 49).

Em 1988, houve, em obediência ao determinado na nova Constituição instaurada em 1980, um plebiscito para decidir pela manutenção ou não do Gal. Augusto Pinochet no comando do Poder Executivo do país. O plebiscito não atingiu o resultado esperado pelo governo e o Gal. Pinochet foi derrotado nas urnas, devolvendo o poder ao governo democrático no ano de 1990 para assumir o cargo de chefe das Forças Armadas e posteriormente o cargo de senador vitalício da República (GALINDO, 2012, p. 49).

Já no primeiro ano de governo democrático, foi instaurada, por meio do Decreto n. 355 de 1990, a Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação, que investigou, relatou e publicou uma série de crimes cometidos pelo governo militar. Em 1991, por meio da Lei n. 19.123, foi promulgado o plano de reparação às vítimas do governo militar, concedendo indenizações e meios de amparo à saúde física e mental das vítimas e dos seus familiares (GALINDO, 2012, p. 49).

As medidas tomadas pelo governo democrático do Chile no âmbito da memória e da verdade, da reparação e da reforma das instituições ainda se manteve durante todo o decorrer da década de 1990. A satisfação no âmbito do eixo da

justiça, contudo, começou a tomar forma somente no final da década de 1990, quando o Poder Judiciário, após reformas em sua estrutura e composição, passou a receber algumas denúncias contra o governo militar. Acresce-se a esse fato a decisão da Câmara dos Lordes inglesa que decidiu pela extradição, para a Espanha, do Gal. Augusto Pinochet que se encontrava na Inglaterra – muito embora o governo britânico tenha optado por não concretizar a extradição alegando a idade já avançada e a frágil saúde do ex-ditador (GALINDO, 2012, p. 50).

Contudo, a verdadeira revolução na posição adotada pelo Poder Judiciário chileno em relação às medidas transicionais no âmbito do eixo da justiça material ocorreu com a condenação do Chile pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH), no caso *Almonacid Arellano*, no ano de 2006⁹⁷. Através da sentença proferida pela Corte IDH, que declarou a impossibilidade de concessão de anistia a crimes cometidos contra a humanidade, bem como a sua imprescritibilidade e a necessidade de julgamento de crimes continuados – como o crime de desaparecimento forçado –, o Poder Judiciário chileno reformou totalmente o seu posicionamento, passando a aceitar denúncias e reabrindo processos face aos integrantes do governo militar. O movimento acabou por provocar a revogação do Decreto-lei 2.191 de 1978 (SOARES; BARROS, 2010, p. 225).

Conforme é possível observar através deste breve relato sobre os casos da Argentina e do Chile, os processos de justiça de transição na América Latina se pautaram por uma preocupação abrangente nas searas da verdade e da memória, da reparação, da reforma das instituições e da justiça material – em relação à última, porém, o Brasil representa uma exceção, como se verá adiante. Os mecanismos de justiça material, entretanto, somente tomaram forma expressiva a partir das manifestações da Corte IDH, conforme ressalta Torelly:

Na América Latina já se manifestaram sobre questões de Justiça de Transição a Corte Suprema da nação Argentina, a Corte Suprema de Justiça do Chile, a Corte Suprema de Justiça de El Salvador, a Corte Suprema de Justiça do Panamá, o Tribunal Constitucional do Peru e, mais recentemente, o Supremo Tribunal federal brasileiro, apenas ilustrando alguns precedentes exemplificativos. Em todos os casos em que atos e leis de exceção, aprovados com vista ao encobertamento de crimes praticados em nome do Estado, foram mantidos por essas cortes, os países foram condenados pela Corte Interamericana, tanto no que toca à reparação das vítimas, quanto no que toca à responsabilização dos criminosos. Apenas no

⁹⁷ Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em 14/06/2013.

Brasil, até o presente momento, o Estado reconhece a existência de vítimas, mas não de criminosos (TORELLY, 2012, p. 142).

Todos esses casos prestam reverência à jurisprudência criada na Corte IDH a partir da sentença proferida em sede de controle de convencionalidade no julgamento do Caso *Barrios Altos vs. Peru*⁹⁸, no qual a referida corte declarou as leis de autoanistia outorgadas pelo governo militar completamente incompatíveis com o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, ordenando ainda ao Estado que promovesse a investigação e persecução penal dos responsáveis pelo cometimento de crimes contra a humanidade e graves violações aos direitos humanos (SOARES; BARROS, 2010, p. 227).

É visível, portanto, em todos os casos citados, uma presteza na promoção das medidas menos impactantes da justiça de transição (verdade e memória, reparação e reforma das instituições), enquanto as medidas de justiça material sempre encontram diversos obstáculos à sua consecução, tendo em vista tanto os inevitáveis resquícios que os governantes autoritários sempre deixam como legado, quanto o tradicional conservadorismo dos Poderes Judiciários.

Sem deixar de lado essa importante observação, é ainda mais relevante perceber a importância da realização da justiça material, ainda que tardia, nos processos de justiça de transição, como defende Van Zyl:

É importante aceitar que há tensões entre paz e justiça no curto prazo e que em alguns casos difíceis é prudente e justificável adiar as demandas da justiça visando obter o término das hostilidades ou a transição a uma ordem democrática. No entanto, esses reclamos da justiça não devem diferir indefinidamente, não só pelo efeito corrosivo que isso poderia ter sobre os esforços por construir uma paz sustentável, mas também porque fazê-lo significaria aumentar a grave injustiça que as vítimas já padeceram. As estratégias da justiça transicional devem fazer parte integral de qualquer esforço por construir uma paz sustentável, mas em algumas circunstâncias, é possível que a paz e a justiça não sejam completamente compatíveis em curto prazo. No caso em que a justiça difira, devem fazer-se grandes esforços para assegurar que se mantenha a possibilidade de conseguir uma prestação de contas em médio ou longo prazo e que se implemente grande parte da agenda da justiça transicional em curto prazo (VAN ZYL, 2012, p. 39-40).

5.3 O caso brasileiro: a ADPF 153 e o caso *Gomes Lund*

⁹⁸ Caso Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf. Acesso em 14/06/2013.

Neste mesmo contexto analisado nos casos da Argentina e do Chile, o Brasil também foi submetido a um violento regime ditatorial. Em abril de 1964, o governo democrático do Presidente João Goulart foi deposto por meio de um golpe de Estado promovido pelas Forças Armadas. O regime militar, que perdurou do ano de 1964 ao ano de 1985 e passou pelos governos dos ditadores Humberto de Alencar Castelo Branco (1964-1967), Artur da Costa e Silva (1967-1969), Emílio Garrastazu Médici (1969-1974), Ernesto Geisel (1974-1979) e João Baptista Figueiredo (1979-1985), foi marcado pela instituição e defesa da Doutrina de Segurança Nacional (CEMDP, 2007, p. 21-23).

Sob este paradigma, que pregava a necessidade de defesa do território nacional e dos interesses do Estado e da família diante da “crescente ameaça comunista”, foram impostos diversos artifícios normativos que visavam a legitimar a força do regime sem que se deixasse transparecer, totalmente, o caráter antijurídico da atuação estatal. As Constituições de 1967 e de 1969 (esta como uma emenda àquela), os Decretos-Lei n. 317 de 1967, 510 e 898 de 1969 e os Atos Institucionais (sobretudo o Ato Institucional n. 5 de 1968) foram os grandes pilares da legislação da Doutrina de Segurança Nacional, introduzindo, inclusive as penas de prisão perpétua e de morte no sistema penal brasileiro (CEMDP, 2007, p. 19).

A Doutrina de Segurança Nacional, idealizada em grande parte por Golbery, foi uma tentativa de fundamentar conceitualmente a suspensão das garantias constitucionais, a limitação das liberdades individuais, a introdução da censura aos meios de comunicação e a repressão total aos que se opunham por meio de atividades clandestinas. A defesa do cristianismo ocidental foi usada como pretensa inspiração dessa doutrina, o que sempre foi contestado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), por expoentes como Dom Cândido Padim e padre Joseph Comblin, ambos igualmente vítimas de investigações e processos por parte do regime.

A Doutrina de Segurança Nacional se assentava na tese de que o inimigo da Pátria não era mais externo, e sim interno. Não se tratava mais de preparar o Brasil para uma guerra tradicional, de um Estado contra outro. O inimigo poderia estar em qualquer parte, dentro do próprio país, ser um nacional. Para enfrentar esse novo desafio, era urgente estruturar um novo aparato repressivo. Diferentes conceituações de guerra – guerra psicológica adversa, guerra interna, guerra subversiva – foram utilizadas para a submissão dos presos políticos a julgamentos pela Justiça Militar (CEMDP, 2007, p. 22).

Para dar suporte e condições para a execução da Doutrina de Segurança Nacional, foi criado pelo governo militar todo um aparato para colher informações e suprimir a resistência, formado por órgãos como o Serviço Nacional de Informações

(SNI), o Destacamento de Operações de Informações/Centro de Operações de Defesa Interna (DOI/CODI), e os Departamentos de Ordem Política e Social (DOPS) (CEMDP, 2007, p. 23).

Com suporte nesse aparato, atuavam agentes estatais protegidos pela suspensão do direito de habeas corpus e munidos de poder praticamente ilimitado concedido, sobretudo, pelo Ato Institucional n. 05 (AI-5), que incluía a extensão dos poderes dos Tribunais Militares para além da sua competência, a instauração de penas de prisão perpétua e até de morte. Através de toda essa estrutura de guerra, segundo a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, “cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros meses da ditadura; cerca de 20 mil presos foram submetidos a torturas; há 354 mortos e desaparecidos políticos; 130 pessoas foram expulsas do país; 4.862 pessoas tiveram seus mandatos e direitos políticos suspensos” (Corte IDH, 2010, p. 32). A oposição não tinha direito de reunião, não tinha direito de manifestação, não tinha o direito de ir e vir, não tinha voz e não lhe era concedida a mais premente garantia ao direito à liberdade: o habeas corpus. Assim, a oposição se tornou resistência e parte da resistência se tornou resistência armada.

Esse regime de repressão constante somente iniciou a sua “abertura lenta, gradual e segura”, com a ascensão do Gal. Ernesto Geisel ao poder, em 1974. O início desse processo de abertura, paradoxalmente, foi marcado pela fase em que a prática do desaparecimento forçado havia se tornado habitual. A abertura do regime militar brasileiro, assim como a abertura dos regimes ditatoriais da Argentina e do Chile, foi forçada por um conjunto de fatores militares e políticos, como o declínio da URSS, o crescente endividamento e crescimento da inflação no país, o desvanecimento do “milagre econômico” e a grande pressão exercida pelos movimentos de resistência e de oposição, como o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), o Partido Comunista Brasileiro (PCB), o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), a União Nacional dos Estudantes (UNE), os movimentos sindicais – sobretudo no ABC paulista –, o Movimento Revolucionário 08 de Outubro (MR-8) e a Vanguarda Popular Revolucionária (VPR).

Ocorre que o governo militar somente permitiu o retorno à democracia à sua maneira. Antes de iniciar este processo, o governo militar tomou medidas que garantissem a imposição de um processo de transição bastante mitigado.

Inicialmente, em 1977, o Gal. Geisel determinou o fechamento do Congresso Nacional e lançou o Pacote de Abril – um conjunto de medidas que alterava os rumos do processo eleitoral, tentava impedir o crescimento acintoso do MDB e criava a figura dos Senadores biônicos, indicados pelo Presidente. Esse conjunto de medidas permitiu a aprovação do projeto de lei de anistia imposto pelos governistas, que veio a dar luz à Lei n. 6.683/79 – a Lei de Anistia (CEMDP, 2007, p. 23).

O processo de abertura continuou com as primeiras eleições pluripartidárias no ano de 1982 – ocasião na qual a oposição se sagrou vencedora em diversos estados. Nos anos de 1983 e 1984 uma grande manifestação popular em prol do retorno das eleições diretas ganhou as ruas no movimento historicamente conhecido como “Diretas Já”. Apesar de não alcançar o resultado desejado, tendo em vista que a Emenda Dante de Oliveira (que previa a eleição direta) não foi aprovada no Congresso Nacional, o movimento demonstrou a enorme comoção nacional em prol do restabelecimento da democracia (CEMDP, 2007, p. 29).

O retorno ao governo democrático, todavia, se deu pela via indireta, através da eleição, pelo colégio eleitoral, do Presidente Tancredo Neves no ano de 1985. Por uma infeliz ironia do destino, entretanto, o poder se manteve nas mãos dos apoiadores do regime militar, através de um ex-partidário da ARENA, o vice-presidente José Sarney, que assumiu a presidência com a morte do Presidente Tancredo Neves. (CEMDP, 2007, p. 30).

Nesse ponto, a “abertura lenta, gradual e segura” havia se confirmado, mas a influência dos militares e dos partidários do regime ditatorial não havia se esvaído. De fato, conforme muito bem enfatiza Tarso Genro (GENRO, 2009, p. 30-31), ocorreu, no Brasil, uma explícita “transição sob controle”, na qual aqueles que haviam deixado o poder ainda ditavam as regras da transição por meio do grande resquício político deixado pela ditadura militar no governo.

O processo de reforma das instituições que buscava garantir a reinstitucionalização da democracia e rechaçar a influência dos militares chegou ao seu ápice somente com a promulgação da Constituição cidadã de 1988 e com as eleições diretas para Presidente da República no ano de 1989 (CEMDP, 2007, p. 30), que resultaram na escolha do Presidente Fernando Collor de Mello. A este processo foi dada continuidade através de uma grande reforma nas organizações policiais e militares nacionais, com a submissão das forças armadas ao recém-criado

Ministério da Defesa; a supressão do Serviço Nacional de Informações (SNI), do Destacamento de Operações de Informações/Centro de Operações de Defesa Interna (DOI/CODI), e dos Departamentos de Ordem Política e Social (DOPS); a implantação da Secretaria Especial de Direitos Humanos; a revogação da Lei de Imprensa⁹⁹; dentre tantas outras medidas.

No âmbito do acesso à verdade e à memória, o processo transicional brasileiro pode facilmente ser visto como o mais moroso e tardio dentre os latino-americanos, sendo que, até o presente momento, as Forças Armadas mantêm a negativa em fornecer dados relativos aos sequestros, desaparecimentos forçados, torturas e execuções sumárias realizadas na época da ditadura militar. É de se ressaltar que somente após a condenação da União em segunda instância, no ano de 2009, nos autos da Ação Ordinária nº 82.00.24682-5, proposta em 1982 perante a 1ª Vara Federal do Distrito Federal, que a União apresentou um relatório com documentos sigilosos sobre a expedição das Forças Armadas ao Araguaia, denominado “Informações sobre a Guerrilha do Araguaia”. Conforme muito bem observou a decisão da Corte IDH no caso *Gomes Lund*, “a Primeira Vara Federal ordenou à União, em 30 de junho de 2003, a entrega dos documentos em um prazo de 120 dias. Apesar disso, passaram-se seis anos, durante os quais a União interpôs vários recursos até que esta entrega se fez efetiva, o que resultou na vulnerabilidade dos familiares das vítimas e afetou seu direito de receber informação e de conhecer a verdade sobre o ocorrido” (Corte IDH, 2010, p. 81).

Para se ter uma maior noção da morosidade do governo brasileiro em promover a busca pela verdade e pela memória, somente no ano de 2011 foi promulgada a Lei n. 12.528/11, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Somente vinte e seis anos após o retorno à democracia, o governo brasileiro se desincumbiu do seu dever de instituir um grupo de trabalho para apurar as atrocidades cometidas pelo Estado contra os cidadãos.

A Comissão Nacional da Verdade (doravante CNV) assumiu, em 16 de maio de 2012, quando foi de fato instituída, a responsabilidade de examinar e esclarecer

⁹⁹ A Lei de Imprensa de 1967 – Lei n.º 5.250/67 – foi declarada integralmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, em 30 de abril de 2009.

graves violações de direitos humanos ocorridas no período entre 18 de setembro de 1946 até 05 de outubro de 1988 e, como bem esclarece Meyer:

Ela busca, nomeadamente, efetivar o direito à memória e à verdade e almejar reconciliação. Desse modo, o período abrangido mostrou-se deveras extenso, uma vez que a mesma lei, em seu art. 11, fixa como prazo de funcionamento da CNV o interstício de apenas 2 (dois) anos. O número restrito de membros também pode atrapalhar o funcionamento da comissão. A CNV é composta por 7 (sete) membros escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com o respeito à democracia, à Constituição e aos direitos humanos. Apesar destes requisitos terem que se somar a outros, como não exercício de cargos executivos em partidos políticos ou cargos em comissão ou de confiança na Administração Pública, bem como necessária imparcialidade, a indicação feita exclusivamente pelo Presidente da República, sem um maior respaldo democrático, seja pelo controle por parte do legislativo ou por entidades de representação da sociedade civil, poderia deslegitimar em parte o processo de escolha (MEYER, 2011, p. 239).

A atuação da CNV vem sendo pautada pela realização de audiências públicas, pela pesquisa documental e pela colheita de depoimentos de vítimas da ditadura militar e de pessoas diretamente relacionadas com os desgovernos promovidos pelos militares durante os anos de chumbo. Nesse ínterim, foram colhidos depoimentos de pessoas como o ex-servidor do DOI-CODI de São Paulo, Marival Chaves; o ex-chefe do DOI-CODI em São Paulo, Carlos Alberto Brilhante Ustra; o ex-deputado federal Modesto da Silveira; Marco Antônio Rodrigues Barbosa, presidente da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos; Eny Moreira, ex-presidente do Comitê Brasileiro pela Anistia e uma das idealizadoras do projeto *Brasil, Nunca Mais*; além de indígenas e de camponeses vítimas da investida do Exército Brasileiro no Araguaia.

De modo a organizar as suas atividades, a CNV foi dividida em 13 diferentes Grupos de Trabalho, que, no início do ano de 2013, contavam com um efetivo de colaboradores de cerca de 50 pessoas. Os Grupos de Trabalho, divididos por temas de pesquisa, são os seguintes: Araguaia; Contextualização, fundamentos e razões do Golpe Civil-Militar de 1964; Ditadura e gênero; Ditadura e sistema de justiça; Ditadura e repressão aos trabalhadores e ao movimento sindical; Estrutura de repressão; Graves violações de Direitos Humanos (torturados, mortos e desaparecidos); Graves violações de Direitos Humanos no campo ou contra indígenas; Operação Condor; O Estado ditatorial-militar; Papel das igrejas durante a

ditadura; Perseguição a militares; Violações de Direitos Humanos de brasileiros no exterior e de estrangeiros no Brasil.¹⁰⁰

Em 21 de maio de 2013, a CNV publicou um relatório parcial das atividades até então realizadas. Neste relatório, a CNV se dedicou basicamente em dar publicidade à sua estrutura de trabalho, informando métodos de pesquisa, os órgãos objeto da pesquisa, os núcleos de informação e as frentes de trabalho. A CNV também destacou a enorme quantidade de documentos localizados e de documentos analisados, aí incluídos arquivos impressos, filmagens e gravações de áudio provenientes de órgãos públicos da União e de várias unidades da federação. A CNV ainda destacou a realização de pesquisas no exterior, sobretudo na vizinha Argentina, que renderam o acesso a 66 caixas com documentos sobre o período ditatorial brasileiro. A comissão também relatou o processo de arquivamento e digitalização pelo qual vem passando todos os documentos levantados, com a criação de um *software* próprio para o acesso e o trabalho com os documentos. Foi destacada, ainda, a realização de 15 audiências públicas nas mais diversas unidades da federação, nas quais foram colhidos depoimentos de 37 colaboradores do regime militar, 24 vítimas militares e 207 civis (entre vítimas e testemunhas do regime militar), além de serem recolhidos documentos e realizados debates populares.¹⁰¹

Apesar da demora na instituição da Comissão Nacional da Verdade, o governo brasileiro já vinha, anteriormente, realizando ações no âmbito do acesso à verdade e à memória, como a publicação do livro *Direito à verdade e à memória*, no ano de 2007 e a criação do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil (1964 – 1985) – Memórias Reveladas, em 2009, que reuniu e disponibilizou ao público as informações dos antigos Conselho de Segurança Nacional, Comissão Geral de Investigações e do Serviço Nacional de Informações. Também é necessário destacar a instituição de comissões da verdade no âmbito dos estados, dos municípios e de universidades públicas e particulares em todo o Brasil.

Mas como a Justiça de Transição não se resume nunca à atuação estatal – sempre insuficiente –, houve também diversas iniciativas da sociedade civil em prol

¹⁰⁰ Comissão Nacional da Verdade: Grupos de Trabalho. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/index.php/2012-05-22-18-30-05/veja-todos-os-grupos-de-trabalho>. Acesso em 26/06/2013.

¹⁰¹ Balanço de Atividades: 1 ano de Comissão Nacional da Verdade. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/balanco_1ano.pdf. Acesso em 26/06/2013.

da reconstrução e publicização da verdade e da memória no Brasil. O primeiro registro acerca da ditadura militar, inclusive, foi publicado nesse ínterim: em 1985, a Arquidiocese de São Paulo organizou o livro-relatório *Brasil, Nunca Mais*, no qual se encontram os documentos relativos aos processos que tramitaram na Justiça Militar no contexto da repressão política (BRASIL, 1985).

Outro avanço de extrema importância conquistado pelo Brasil, ainda que tardiamente, foi a promulgação da Lei de Acesso à Informação, a Lei n. 12.527 de 2011, que regulamenta os procedimentos que devem ser observados pela União, pelos Estados, pelo Distrito federal e pelos Municípios, de forma a garantir o livre acesso à informação aos cidadãos, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição da República.

O eixo das reparações foi, disparado, aquele no qual a Justiça de Transição brasileira mais avançou, tanto por ser este o principal foco de trabalho transicional do governo pós Constituição de 1988. A bem da verdade, a política transicional de reparação foi iniciada logo quando da promulgação da Lei de Anistia – a Lei n. 6.683 de 1979. Inobstante o seu artigo 1º, § 1º apresentar um caráter totalmente vexatório e desprezado dos valorosos fins de uma anistia, a Lei n. 6.683/79 implicou em diversas reparações às vítimas do governo militar, sobretudo aos trabalhadores e servidores públicos – que puderam retomar as suas funções – e aos perseguidos políticos, que reconquistaram os seus direitos políticos.

A Emenda Constitucional n. 26 de 1985 e o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias reforçaram o direito às reparações determinadas pela Lei de Anistia a todos aqueles que foram atingidos por atos de exceção frutos de motivação política.

A ênfase do governo brasileiro no eixo das reparações se manteve com a promulgação da Lei n. 9.140 de 1995 (a Lei dos Desaparecidos), que instituiu, em âmbito federal, a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos e determinou que fossem considerados mortos, para efeitos legais, os desaparecidos políticos do regime militar. À referida comissão foram conferidos os poderes de fazer o reconhecimento da situação dos desaparecidos políticos e estabelecer indenização às famílias. Os trabalhos da comissão deram origem ao livro *Direito à memória e à verdade*, que traz um retrato detalhado sobre os presos políticos, os desaparecidos políticos e os resistentes assassinados.

No ano de 2002, foi promulgada a Lei n. 10.559/02, que instituiu, também em âmbito federal, a Comissão de Anistia, “direcionada a reparar os atos de exceção, incluindo torturas, prisões arbitrárias, demissões e transferências por razões políticas, sequestros, compelimento à clandestinidade e ao exílio, banimentos, expurgos estudantis e monitoramentos ilícitos” (PIRES JUNIOR; TORELLY, 2010, p. 186). A Comissão de Anistia, assim, se tornou responsável tanto pela declaração da condição da vítima como anistiado político quanto pela concessão de reparação econômica simbólica aos anistiados e às suas famílias. A Comissão de Anistia ainda assumiu a função de pedir desculpas oficialmente, em representação do Estado brasileiro, às vítimas do regime de exceção que ganharam o direito de serem anistiados (PIRES JUNIOR; TORELLY, 2010, p. 189).

A realização das Caravanas da Anistia, por meio da Comissão de Anistia, também tem trazido de forma surpreendente a reparação para as vítimas do regime militar em todas as regiões do Brasil. Até o dia 15 de junho de 2013, haviam sido realizadas 71 Caravanas da Anistia, nas quais foram apreciados os pedidos de centenas de vítimas da ditadura militar e anistiados muitas delas, como Glauber Rocha, José Celso Martines Corrêa, Mario Covas, dentre outros.

A criação de memoriais, museus e espaços públicos em homenagem às vítimas do governo militar, em que pese representarem importante meio de acesso à verdade e a memória, também se prestam à realização do eixo da reparação. Isso se deve ao seu anseio de reparação simbólica às vítimas da ditadura militar, aos resistentes, não mais no plano de uma indenização monetária, mas no resgate da importância histórica daqueles que se empenharam na luta pela garantia dos direitos fundamentais e pelo verdadeiro Estado Democrático de Direito. O Memorial da Resistência, instituído pelo Governo do Estado de São Paulo, em 2006, é um grande exemplo dessa política de memória e reparação simbólica. A já prevista criação do Memorial Nacional da Anistia, em Belo Horizonte, no antigo prédio da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas (FAFICH) da UFMG, onde serão reunidos documentos e obras relativas à Anistia, bem como os 64 mil processo que foram apreciados pela Comissão de Anistia, também se constituirá como importante meio de memória e reparação simbólica.¹⁰²

¹⁰² Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://blog.justica.gov.br/inicio/memorial-da-anistia-saiba-mais/>. Acesso em 26/06/2013.

Conforme registrou a representação do Estado brasileiro no julgamento do caso *Gomes Lund* pela Corte IDH, houve esforço do governo na busca pela reparação das vítimas através das seguintes iniciativas: formalização de pedido de desculpas formais tanto pelo Presidente da República quanto pelo Ministro da Justiça, ambos em atos solenes; a publicação dos livros *Direito à Memória e à Verdade – Os descendentes de homens e mulheres que cruzaram o oceano a bordo de navios negreiros e foram mortos na luta contra o regime militar* e *História de meninas e meninos marcados pela ditadura*, que foram lançados em maio e dezembro de 2009, respectivamente e do livro *Luta, substantivo feminino*, que foi lançado em abril de 2010; além de:

(...) exposição fotográfica “A ditadura no Brasil 1964-1985”, (...) o projeto “Memorial Pessoas Imprescindíveis”, que consiste em painéis e esculturas colocados em diversos locais públicos. Além disso, os projetos da Comissão de Anistia incluem, entre outros: a) o projeto “Anistia Cultural”, que compreende a realização de audiências públicas da Comissão de Anistia, nas quais são analisados os pedidos de reparação das vítimas do regime militar por meio das “Caravanas de Anistia”; b) o “I Encontro de Torturados da Guerrilha do Araguaia”; c) o projeto “Memorial de Anistia Política no Brasil”; d) a campanha de doação e obtenção de informação “Caminhos para a Democracia”; e) a criação de um Grupo de Trabalho para o projeto “Marcas de Memória: História Oral da Anistia Política no Brasil”; f) a publicação da Revista Anistia Política e Justiça de Transição, e g) a criação do Memorial de Anistia Política no Brasil, em Belo Horizonte. A respeito da recuperação da memória da Guerrilha do Araguaia, o Estado destacou o “Museu Paraense Emílio Goeldi”, cujas atividades se concentram, entre outras, na divulgação de conhecimento e acervos relacionados com a região amazônica e a obtenção e sistematização de informação sobre a Guerrilha. Por último, o Estado informou sobre duas homenagens à vítima Bérqson Gurjão Farias (Corte IDH, 2010, p. 102).

Por fim, relativamente à justiça material, ou ao *accountability*, o processo transicional brasileiro, até o momento do fechamento deste trabalho, se manteve absolutamente fracassado, conforme se buscará demonstrar no tópico a seguir. Isso porque, como bem atesta Quinalha (QUINALHA, 2013, p. 229), o Brasil é o único país do cone sul que ainda admite a juridicidade e a consequente eficácia da sua lei de autoanistia – a Lei n. 6.683 de 1979.

5.3.1 A apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 pelo STF

Em 29 de abril de 2010, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente, por maioria de votos, a Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental n. 153 (doravante APDF 153), que havia sido proposta pelo Conselho Federal da OAB e assinada pelos juristas Fábio Konder Comparato e Maurício Gentil Monteiro.¹⁰³ A aludida ADPF era um dos frutos da audiência pública “Limites e possibilidades para a Responsabilização Jurídica dos Agentes Violadores de Direitos Humanos durante o Estado de Exceção no Brasil”, que havia sido promovida em julho de 2008 pela Comissão de Anistia e objetivava, em síntese, que o STF atribuísse ao artigo 1º, § 1º, da Lei n. 6.683 de 1979 – “Lei de Anistia”, uma interpretação em conformidade com a Constituição da República, para que a anistia não fosse estendida “aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos, durante o regime militar” (Conselho Federal da OAB, 2010, p. 29).

O fato é que, se tomada isoladamente no sentido do seu artigo 1º, a Lei n. 6.683/79 concedeu o benefício decorrente da anistia apenas àqueles que cometeram crimes políticos ou “conexos” com estes, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. O parágrafo 1º, do mesmo artigo, entretanto, determinou que “consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. A consequência dessa extensão do benefício da anistia aos autores de crimes “conexos aos crimes políticos” poderia abrir azo à interpretação da anistia como o perdão de agentes públicos que cometeram, sob o pálio do regime militar, crimes de homicídio, estupro, lesão corporal, desaparecimento forçado, dentre vários outros, contra os opositores do regime vigente à época, ou seja, uma típica autoanistia, conforme já analisado nos casos da Argentina e do Chile. Essa interpretação, inclusive, é defendida por muitos, sobretudo pelos partidários do regime militar.

Ocorre que a anistia, conforme preconizada pelo Direito Penal, deve ter um caráter puramente objetivo. Em outros termos, deve ser concedida em relação à prática de um determinado crime e não a uma determinada pessoa que cometeu um crime. Em sentido contrário, porém, a possível interpretação do parágrafo primeiro do referido artigo suscitada acima, estenderia a anistia a crimes que seriam supostamente conexos aos crimes políticos, mas que não se encaixam em qualquer

¹⁰³ A propositura da ADPF 153 foi o resultado de um conjunto de debates iniciados pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça no ano de 2008 acerca da possibilidade de responsabilização criminal dos agentes de estado que cometeram crimes contra a humanidade durante o período do regime militar.

definição de conexão do direito penal. Haveria, dessa forma, por meio da conexão *sui generis* criada pela Lei n. 6.683/79, uma extensão da anistia a determinadas pessoas e não a determinados tipos penais cometidos em determinado momento histórico sob determinadas situações peculiares. Conforme relata o Conselho Federal da OAB (doravante CFOAB):

Ora, a anistia sobrevém como o exato oposto da definição criminal. Diversamente da graça e do indulto, ela não apenas extingue a punibilidade – como declara imperfeitamente o art. 107, II do Código Penal – mas descriminaliza a conduta criminosa. A Lei dispõe, retroativamente, que certos e determinados crimes deixam de ser considerados como tais. Daí por que, ao contrário da graça e do indulto, **a anistia não se refere a pessoas, mas a crimes objetivamente definidos em lei.**

No caso da Lei 6.683, todavia, isso não corre. O diploma legal, seguindo a longa tradução histórica, declara objeto de anistia os **crimes políticos**. Mas não só. A lei estende a anistia a **classes absolutamente indefinidas de crimes**: “crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos”. (CFOAB, 2010, p. 17).

Mais a mais, não é possível encontrar, em uma definição de crime político, qualquer possibilidade de se conectar a eles os crimes cometidos pelos próprios agentes estatais, em cumprimento de ordem, com intuito de defender e assegurar a própria ordem vigente. Isso porque os crimes políticos são, independente desta ou daquela concepção, invariavelmente, crimes cometidos contra a vigência de um determinado regime de governo, implicam em ofensa à segurança do referido regime e têm um caráter totalmente subversivo, contrário ao governo imposto (GONÇALVES DA SILVA, 1993, p. 137-138).

Assim, para os autores da petição de ingresso da ADPF n. 153, além de haver uma total incompatibilidade entre a anistia concedida pela lei e às vedações existentes no art. 5º, incisos III e XLIII, da CR/88, a interpretação atribuída ao art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.683 de 1979 violou os seguintes preceitos fundamentais: a isonomia em matéria de segurança, prevista no artigo 5º, *caput*, da CR/88; o direito constitucional de acesso à informação, previsto no artigo 5º, XXXIII; os princípios democrático e republicano, tendo em vista o procedimento por meio do qual se deu a aprovação da Lei de Anistia; e, por fim, o aclamado princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III – corolário do Estado Democrático de Direito.

Conforme claramente demonstrado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, portanto, a Lei n. 6.683/79 não poderia ter sido recepcionada

pela Constituição da República de 1988 se ela pretende que a anistia também abrange “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos” já que o artigo 5º, XLIII preceitua que “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”.

Tendo em vista a situação exposta, o Conselho Federal da OAB requereu ao STF que concedesse à Lei n. 6.683/79 “uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)” (CFOAB, 2010, p. 17).¹⁰⁴

Pois bem, ao apreciar a ADPF, o Relator, Ministro Eros Roberto Grau, julgou a ação improcedente. Segundo o Ministro, não houve ofensa ao preceito fundamental da isonomia em matéria de segurança, visto que, de acordo com o seu entendimento, a lei poderia anistiar desigualmente crimes diversos. Ainda segundo o Relator, a Lei de Anistia não impediu, de qualquer forma, o direito de acesso às informações, apesar de ressaltar a importância de garantir esse acesso e defender os meios lícitos de permitir essa garantia. Em relação aos princípios democrático e republicano, o Ministro Eros Grau também não encontrou na Lei n. 6.683 de 1979 qualquer ofensa. Por fim, o Relator, ao apreciar a afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, afirma que “trata-se, também neste ponto, de argumentação exclusivamente política, não jurídica, argumentação que entra em

¹⁰⁴ Ainda nesse mesmo sentido, “como bem ressaltam os juristas Dalmo Dallari, Pierpaolo Bottini e Igor Tamasauskas, os crimes dos torturadores e homicidas da ditadura não podem ser considerados políticos para fins do regime jurídico protetivo oferecido a esse tipo de conduta pela Constituição federal, pois, segundo decidido pelo próprio STF, o crime político não se caracteriza apenas pelo móvel ou intenção do agente, mas pelo fato de atentar contra a ordem vigente. Ora, ‘se crime político é aquele que lesiona a ordem instituída, ficam evidentemente excluídos dessa definição os delitos praticados por agentes dessa mesma ordem para garantir a sua manutenção’. Também como nos demonstram os referidos juristas, não há que se falar em conexão de tais crimes com as condutas dos que se opuseram à ditadura. No direito processual penal brasileiro, ‘há conexão quando os crimes são praticados pelas mesmas pessoas, ou com a mesma finalidade, ou se os delitos são praticados no mesmo contexto de tempo e de lugar e a prova de um deles interfere na prova do outro’. É inaceitável no plano ético comparar jovens vitimados com os seus algozes. O que se deseja não é tanto a punição dos homúnculos que se escondem, a demonstrar sua insofismável covardia, mas sim a apuração do ocorrido e o chamamento à sua responsabilidade histórica. O que está em jogo neste julgamento é muito mais que o legítimo direito das vítimas à indenização individual. É o direito à reparação da grande vítima indireta do terrorismo estatal, a sociedade. Só a recuperação de sua história reparará o mal a ela causado pelo medo e pelo silêncio impostos (SALDANHA; SILVA FILHO; LENTZ, 2010, p. 283).

testilhas com a História e com o tempo” (BRASIL, 2010). Importante ressaltar que o Ministro Relator ainda destacou que não cabe ao Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão do Poder Judiciário, alterar uma lei, sobretudo após trinta e um anos de sua promulgação, mas sim ao Poder Legislativo.

O Ministro Eros Grau defendeu que, de fato, “o legislador procurou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de Exceção. Daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral” (BRASIL, 2010). E ainda reverberou que a anistia, em virtude da exclusão imposta pelo artigo 1º, § 2º, “não foi ampla plenamente, mas seguramente foi bilateral” (BRASIL, 2010). Isso, segundo o Ministro, se deveu, sobretudo, ao fato de, no seu entendimento, a Lei de Anistia ter sido fruto de um imenso pacto – ou acordo político – em prol da reconstrução da democracia. De acordo com Eros Grau, “Quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos” (BRASIL, 2010). E ainda, “Para como que menosprezá-la, diz-se que o acordo que resultou na anistia foi encetado pela elite política. Mas quem haveria de compor esse acordo em nome dos subversivos?” (BRASIL, 2010). O Ministro Relator entendeu, portanto, que era correta a referida interpretação e que ela não entrava em confronto com qualquer preceito fundamental da Constituição da República de 1988.

Em suma, acompanharam o voto do Ministro Relator – em sua parte dispositiva – os Ministros Gilmar Ferreira Mendes, Carmem Lúcia, Ellen Gracie, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Cezar Peluso.

Destacou-se, dentre as argumentações, o voto do Ministro Celso de Mello, que, diferentemente do Relator, pautou sua decisão, sobretudo, na impossibilidade de concessão de efeito retroativo da lei penal. Assim, segundo o Ministro, a revogação ou a alteração da interpretação da Lei de Anistia não poderia, de forma alguma, provocar a penalização daqueles agentes que já tiveram os seus crimes anistiados. Celso de Mello ainda ressaltou o impedimento da aplicação de leis penais supervenientes mais gravosas (artigo 5º, inciso XL, da CR/88) e o fato de que a Lei de Anistia já produziu todos os seus efeitos, de forma que já se exauriu, tendo em vista se tratar de uma lei-medida (BRASIL, 2010).

Com entendimento distinto da questão em pauta, votaram em sentido contrário os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto. O Ministro

Lewandowski julgou a ação parcialmente procedente de forma a conceder ao artigo 1º, § 1º, da Lei n. 6.683/79, a interpretação segundo a qual a anistia não foi *automaticamente* estendida aos crimes “conexos” ou “relacionados” aos crimes políticos praticados pelos agentes públicos. No entendimento do Ministro, portanto, deveria haver o julgamento de cada caso, de forma a apreciar a possibilidade de concessão de anistia àquele determinado crime, de acordo com os fundamentos que comprovem a sua efetiva relação com os crimes políticos. Ou seja, deveria restar definitivamente comprovada em cada caso, uma “conexão” *sui generis* que implicasse em direta relação entre o crime praticado e a sua motivação política (BRASIL, 2010).

O Ministro Ayres Britto, ao seu tempo, julgou a ação procedente em parte, dando ao artigo de lei interpretação conforme a Constituição da República, para, de forma peremptória, “excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição” (BRASIL, 2010). No entendimento do Ministro, a conexão prevista na Lei de Anistia não apresenta relação com o conceito legal de conexão, o que torna evidente a pretensão dos legisladores de utilizar a lei como instrumento para acobertar crimes. Tratar-se-ia, portanto, de dispositivo de lei flagrantemente inconstitucional.

Conforme é possível depreender até mesmo deste breve relato acerca do julgamento da ADPF n. 153, salvo os votos dos Ministros que julgaram parcialmente procedente a ação, bem como os votos dos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, os votos dos demais Ministros do STF se pautaram quase em sua totalidade em aspectos de caráter político e não jurídico. Muitas vezes, inclusive, citou-se a impertinência das consequências que poderiam advir da declaração da procedência da ADPF, como, a título de exemplo, ocorreu no debate entre os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, logo após aquele ter proferido o seu voto. Esses fatos demonstram, de sobremaneira, um caráter flagrantemente pragmático da decisão proferida pelo pleno do STF.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, apesar de acompanhar os votos dos demais Ministros relativamente à importância e legitimidade histórica do acordo político que culminou com a promulgação da Lei de Anistia, ainda desbravou um caminho diverso. O Ministro defendeu a consumação da anistia através da Emenda

Constitucional n. 26 de 1985. Segundo o entendimento apresentado pelo Ministro, aquela emenda – que deflagrou o processo constituinte que resultou na promulgação da Constituição de 1988 – teria vinculado o Poder Constituinte Originário, fazendo com que a nova ordem constitucional se comprometesse com a anistia anteriormente imposta (BRASIL, 2010).

Perceba-se, portanto, que o Ministro Gilmar Mendes defendeu que o Poder Constituinte Originário foi limitado pela Emenda Constitucional n. 26 de 1985, em completa perversão da Teoria contemporânea da Constituição, que entende que o Poder Constituinte Originário “exerce funções ilimitadas do ponto de vista do Direito Positivo anterior, não estando, a princípio, preso a nenhum direito positivo pretérito (...)” (FERNANDES, 2010, p. 103). Assim, da forma como defende Álvaro Ricardo de Souza Cruz, o Poder Constituinte Originário somente estaria limitado pelas suas condições territoriais, culturais (contextuais) e pelos direitos humanos (SOUZA CRUZ, 2006) e de forma alguma pelas leis ou emendas constitucionais pretéritas. Ademais, conforme muito bem recorda Paulo Abrão, “o pilar da liberdade da Constituição se expressa na liberdade de seu povo. A Constituição democrática de hoje não pode ser vista como resultado de uma concessão, de uma tutela do regime autoritário (...)” (PIRES JÚNIOR *in* TORELLY, 2012, p. 31). Uma Constituição não pode jamais, ser fruto de uma limitação positiva, tendo em vista que ela “não é mais que o resultado de pretensões de validade imanentes à realidade social no contexto em que foi produzida, não é mais do que a expressão jurídico-política de anseios arraigados na história do país e na memória dos homens e mulheres que o habitam” (CATTONI DE OLIVEIRA; GOMES, 2011, p. 217).

De toda forma, o fato é que a ADPF 153 foi julgada improcedente pelo STF, mantendo inalterada a redação do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.683 de 1979. A referida ação, entretanto, encontrava-se, até o mês de julho de 2013, pendente de julgamento de Embargos de Declaração opostos pelo Conselho Federal da OAB.¹⁰⁵

Para uma análise da Lei de Anistia e da apreciação de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, é imprescindível, antes de mais nada, uma contextualização histórica da promulgação da Lei n. 6.683/79, pois, como esclarecido por Teitel, “sempre houve um contexto político para a tomada de decisões sobre justiça de transição” (TEITEL, 2010, p. 28). Conforme anteriormente

¹⁰⁵ ADPF 153. Acompanhamento processual. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>. Acesso em 01/07/2013.

salientado, a Lei de Anistia foi aprovada em um contexto de forte pressão da resistência face ao regime militar, tanto na busca pela reabertura democrática quanto na luta pela anistia dos resistentes, da liberação dos presos políticos e do retorno dos exilados políticos.

Conforme analisa Greco (GRECO, 2009b, p. 59-60), o grande anseio em prol da anistia começou a ganhar ares abrangentes a partir dos Comitês pela Anistia que, em 1977 e 1978, começaram a se espalhar por todo o Brasil. O I Congresso Nacional pela Anistia, no final do ano de 1978, e o II Congresso Nacional pela Anistia, em 1979, porém, foram os maiores expoentes da luta popular pela anistia.

O trecho abaixo transcrito da Carta do I Congresso Nacional pela Anistia, realizado em 05 de novembro de 1978, em São Paulo, deixa bastante evidente o intuito dos resistentes na luta pela anistia.

A Anistia pela qual lutamos deve ser Ampla – para todas as manifestações de oposição ao regime; Geral – para todas as vítimas da repressão; e Irrestrita – sem discriminações e restrições. Não aceitamos a anistia parcial e repudiamos a anistia recíproca. Exigimos o fim das torturas e do aparelho repressivo e a responsabilização judicial dos agentes da repressão e do regime a que eles servem (CARTA do I CNA, 1978).

O que se pode enxergar, claramente, é que os perseguidos políticos ansiavam por uma anistia enquanto possibilidade de liberdade, de reparação e de passo inicial para a reforma das instituições, ao passo que o regime militar enxergava a anistia como esquecimento, como impunidade, refletindo um verdadeiro “paradoxo da vitória de todos” (PIRES JÚNIOR *in* TORELLY, 2012, p. 27). Aquela proposta poderia ser caracterizada, então, como “anistia anamnese”, ou seja, uma “memória instituinte”, enquanto esta seria muito bem conceituada como “anistia-amnésia: memória instituída” (GRECO, 2009a, p. 210).

Essa tese de um acordo político em prol da pacificação social e da democracia impõe também um suposto acordo político em prol de um esquecimento. Esse esquecimento, porém, também se demonstra totalmente desigual, já que o “acordo” plasmado no artigo 1º, § 1º, da Lei n. 6.683/79 impunha o amplo esquecimento dos crimes cometidos pelos militares e um esquecimento limitado dos crimes cometidos pelos resistentes – já que não foram agraciados com o benefício da anistia aqueles que já tinham condenação transitada em julgado, em virtude do

disposto no artigo 1º, § 2º, da lei¹⁰⁶ (GENRO, 2009, p. 11). Dessa forma, portanto, o “acordo” previa uma anistia como esquecimento, e um esquecimento parcial que, conseqüentemente, impunha uma forma exclusiva de recordar, exatamente como defendeu explicitamente o Gal. Figueiredo:

Anistia é esquecimento. E não é possível esquecer os crimes dos que assaltaram bancos, assassinaram e sequestraram. Estes são crimes comuns. E não cabe a alegação de que a motivação foi política. Esses crimes, não é possível esquecer. O alegado motivo político não justifica nada. Muito ladrão rouba porque está passando fome – e no entanto para por isto (VEJA, 1978).

Conforme muito bem salientado por Anthony Pereira, no prefácio à obra de Marcelo Torelly, “de fato, a lei tratava objetivamente da anistia aos perseguidos políticos e apenas abstratamente de uma eventual anistia aos agentes de estado, refletindo o paradoxo de o Estado supostamente ser o mediador de um conflito do qual era parte envolvida” (PEREIRA *in* TORELLY, 2012, p. 20).

O que ocorreu, de fato, é que os anseios dos movimentos populares pela anistia não foram acolhidos em seu conteúdo material, apesar de sua pressão política ter forçado o Gal. Figueiredo a enviar para o Congresso o Projeto de Lei n. 14 de 1979, que, apenas formalmente, atendia aos anseios do povo. O projeto de lei – que era de iniciativa privativa do Presidente da República em virtude do disposto no artigo 57, VI, da Emenda Constitucional n. 1 de 1969 –, portanto, apresentava um caráter totalmente distinto do que vinha sendo debatido na sociedade.

Inobstante o fato de se tratar de um projeto de lei imposto de cima para baixo, em sentido contrário ao que requereria um procedimento democrático, a sua tramitação, no Congresso Nacional, passou muito longe de ser pacífica e constituir um acordo, tendo sido aprovado por 206 votos a favor, sendo 201 votos contrários à sua aprovação (PIRES JUNIOR; TORELLY, 2012, p. 17), conforme percebe muito bem Meyer:

Na tramitação, o que se observa é uma forte ingerência do Ministro da Justiça Petrônio Portella na análise das emendas parlamentares. O MDB tenta ainda salvar o projeto apresentando um substitutivo que rejeita a reciprocidade e institui a anistia ampla – o que acaba por colocar de lado a

¹⁰⁶ Art. 1º [...].

[...].

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

ideia hoje defendida de que a chamada “pacificação” deveria ser feita a partir de esquecimento e ausência de responsabilização. Como, no Plenário, o substitutivo do MDB acaba sendo derrotado por 209 votos a 194, parte-se para o substitutivo de Ernani Satyro que é aprovado em bloco pelas lideranças dos dois partidos. Como dirá Teotônio Vilela em sua declaração de voto na ocasião: “*Agora está em pauta no Congresso Nacional mais um projeto discriminatório. Através dele, anistia-se irrestritamente os torturadores e parcialmente os opositores do regime*”. Assim, o projeto parcial enviado pelo governo e por ele exigido retirava do foco a discussão sobre uma anistia recíproca (MEYER, 2012, p. 103).

Como se não bastassem todas as evidências da absoluta inexistência de um acordo político construído entre representantes dos militares e representantes dos resistentes, ainda é necessário lembrar em qual Congresso Nacional foi promulgada a Lei n. 6.683/79. A Lei de Anistia foi aprovada pelo Congresso Nacional do Pacote de Abril de 1977, constituído, portanto, por um terço de “senadores biônicos”.

Como já suscitado anteriormente neste trabalho, em 1977, tendo em vista o grande crescimento do MDB nas eleições estaduais de 1974, o governo do Gal. Geisel, com fulcro no AI-5, determinou o fechamento temporário do Congresso Nacional e lançou um conjunto de leis que ficou conhecido como o “Pacote de Abril”. Dentre as medidas contidas no referido conjunto, destacou a determinação de que a metade das vagas abertas para o Senado – como estavam abertos dois terços das vagas, isso significa um terço dos senadores – não seriam preenchidas mediante voto direto, mas sim por eleição indireta através de um colégio eleitoral formado quase que exclusivamente por partidários da ARENA.

Foi assim que, através dessa manobra autoritária e definitivamente antidemocrática do governo militar, que o MDB conseguiu a maioria nas urnas, mas não conseguiu alcançar a maioria no Congresso Nacional nas eleições de 1978. Estava garantida a maioria da ARENA. Dessa forma que à pergunta anteriormente citada – “mas quem haveria de compor esse acordo em nome dos subversivos?” (BRASIL, 2010) –, feita pelo Ministro Relator, através da qual ele fundamenta a sua inarredável tese da anistia bilateral, pode-se responder, sem receio de errar: os “senadores biônicos” e o resultado da votação – 206 contra 201 votos – reflete muito bem essa “representação”.

O que pôde ser observado foi que “a concessão de uma *liberdade restrita* somente seria admitida com a condição da *impunidade*” (PIRES JUNIOR; TORELLY, 2012, p. 22).

Por isso se faz premente, mais uma vez, reproduzir Meyer:

Nota-se, portanto, que nenhum “acordo político” efetivamente aconteceu. Dizer que haveriam partes aptas a celebrar um acordo ao invés de reconhecer a imposição à força à qualquer dissidência política de um projeto de anistia unilateralmente concebida nada mais é do que arvorar-se o Poder Judiciário no papel de historiador. Para além disto: um historiador despreocupado com a verdade, despreocupado com o “princípio da realidade”. Este é o grande risco que uma anistia promovida em períodos de exceção pode correr: o de provocar um esquecimento manipulado, abusivo, inconsciente de seu dever de memória. Trata-se de um risco presente mesmo em regimes democráticos que se seguem a períodos de exceção: o que dizer de uma lei votada por senadores “biônicos”? (MEYER, 2012, p. 104-105).

Superando, então, a contextualização histórica, voltando a atenção ao posicionamento firmado pelo STF no sentido de que o Poder Legislativo seria o único responsável a dirimir a questão, também não há como proceder. A responsabilidade do STF era patente, tanto em virtude da imposição da Constituição de 1988, no sentido de lhe atribuir a responsabilidade de realizar o controle de constitucionalidade, mormente através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (artigo 102, § 1º, da CR/88). A declaração de que um determinado artigo de lei não foi recepcionado pela Constituição de forma alguma pode ser caracterizado como atividade legislativa, sob pena de completa perversão do princípio da separação dos poderes (ou funções). De toda forma, caso o STF entendesse de maneira diversa, a questão deveria ter sido dirimida logo em sede de preliminar, o que não ocorreu, já que foram superadas todas as preliminares, apesar de um único voto divergente prolatado pelo Ministro Marco Aurélio.

Com relação à alegada prescrição defendida pelo STF, apenas dois pontos são bastantes para afastá-la. Inicialmente, como bem ressaltou o Ministro Ricardo Lewandowski, fazendo referência ao precedente por ele criado no julgamento da Extradução n. 974, é necessário recordar que o crime de sequestro – ou desaparecimento forçado – é crime permanente, já que não há informações sobre a morte das vítimas e sequer foram encontrados os seus restos mortais, motivo pelo qual o crime continua a acontecer e, portanto, não há incidência de prescrição (BRASIL, 2010). Lado outro, ainda é necessário frisar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, em virtude da imposição do Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme muito bem analisado pela Corte IDH no julgamento do caso *Gomes Lund*¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Como destaca Meyer: “As normas de Direito Internacional Humanitário compõem as chamadas “Convenções de Genebra”, assinadas em 1949 e promulgadas pelo Brasil por meio do Decreto n°

De fato, como demonstrada pelo Conselho Federal da OAB na petição inicial da ADPF 153, bem como pelos diversos *amici curiae* que juntaram manifestações e documentos aos autos da referida arguição, a incompatibilidade do artigo 1º, § 1º, da Lei 6.683/79, com a ordem constitucional inaugurada pela Constituição democrática de 1988 salta aos olhos, seja pelo procedimento atentatório aos princípios republicano e democrático, eivado por um patente déficit de legitimidade e pela completa ausência de paridade entre as partes, que, conforme demonstrado, permitiu a aprovação do projeto de lei; seja pelo completo desrespeito ao princípio da isonomia em matéria de segurança ocasionado pela promulgação de artigo de lei com definições completamente vagas, imprecisas e, portanto, estranhas aos princípios regentes do Direito Penal; seja pela extensão do benefício da anistia a crimes que são expressamente inaniestáveis por determinação clara e expressa da própria Constituição da República de 1988.

De certo, houve, na apreciação da ADPF 153 pelo STF, um completo desvirtuamento do sentido real da anistia. A anistia não poderia ser entendida, como pretendeu o Gal. Figueiredo, como esquecimento. Isso porque, como tentou demonstrar a Associação Democrática e Nacionalista de Militares – ADNAM –, *amicus curiae* representada por juristas como Vera Karam de Chueiri e Katya Kozicki, dentre outros:

Anistia não é esquecimento. O esquecimento potencializa a injustiça, apaga o tempo e, com ele, a memória se esvai. A Lei de Anistia não pode provocar um esquecimento artificial dos fatos ocorridos. Afinal, a memória é também uma forma de manter os direitos vigentes, direitos estes que foram outrora vilipendiados e, neste sentido, a memória é uma exigência de justiça. Anistia não é perdão. Aquela apenas se relaciona a este, pois o perdão é da esfera singular da vítima, do seu sofrimento. De toda forma, o Estado brasileiro, ao aplicar a Lei de Anistia, o fez também no sentido de perdoar aqueles que após o golpe militar de 64 se opuseram ao regime. A questão que se coloca, no entanto, é se a Lei da Anistia significa o auto-perdão, ou seja, o Estado na condição de perpetrador da violência deve ser por ele mesmo perdoado? Se anistia não se confunde com perdão, muito menos pode significar auto-perdão (ADNAM, 2010, p. 07).

42.121, de 21 de agosto de 1957. Elas abrangem: a Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha (Convenção I); a Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar (Convenção II); a Convenção relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (Convenção III); e a Convenção relativa à Proteção dos Civis em Tempos de Guerra (Convenção IV). Posteriormente, por meio das Convenções de Genebra, celebradas em 1977 e promulgadas pelo Brasil por meio do Decreto nº 849, de 25 de julho de 1977, foram acrescentados o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais (Protocolo I) e o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Não-Internacionais (Protocolo II)” (MEYER, 2012, p. 125-1260).

Finalizando, e finalizando em sentido totalmente oposto ao que pretendeu o Ministro Gilmar Mendes em seu voto proferido em sede de julgamento da ADPF 153, é importante recordar que o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁰⁸ em nenhum momento reiterou a interpretação extensiva do artigo 1º, § 1º, da Lei n. 6.683/79. O artigo 8º do ADCT, isto sim, demonstrou a clara convicção da nova ordem constituinte em anistiar todos aqueles que sofreram atos de exceção, ou seja, a Constituição da República de 1988 deixou evidente a sua opção por uma anistia em prol da reparação e da reforma das instituições, em prol da democracia.

Como bem resume Pires Júnior:

Como tenho criticado, para declarar válida a interpretação de que há uma anistia bilateral na lei de 1979, reeditada na EC n. 26/85, denominada convocatória da constituinte, o STF afirmou que se trata de um acordo político fundante da Constituição Democrática de 1988 e que somente o Poder Legislativo pode revê-lo. Autorizou o entendimento de que acordos políticos forjados em ambientes ditatoriais possuem o condão de afastar o império da lei e a garantia às liberdades individuais no presente. Dissociou democracia e direitos humanos como se aquela pudesse ser forjada sem um compromisso com estes. Ao declarar que a “anistia bilateral” da EC/26, ou seja, que a Constituição autoritária de 1967/69 é o sustentáculo histórico e constitutivo da Constituição democrática de 1988, o STF concebeu a democracia brasileira como possível e originária não de um poder constituinte livre, de uma conquista popular, mas de uma concessão “benevolente” da ditadura: a lei de anistia teria limitado o próprio poder constituinte. O Supremo entrelaçou a Constituição democrática a uma resultado político da ditadura ilegítima, pois recepcionou a transição controlada como um legado (PIRES JÚNIOR *in* TORELLY, 2012, p. 32).

Na suma da análise do julgamento da ADPF 153 pelo STF, portanto, é bastante possível “criticar a decisão, pelo menos, quanto aos seus argumentos históricos anacrônicos; seus pressupostos hermenêuticos inadequados; e sua visão jurídico-constitucional, penal e internacional ultrapassada”¹⁰⁹. Ao mesmo tempo, é

¹⁰⁸ Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo [Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969](#), asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

¹⁰⁹ Supremo e Ditadura: Marcelo Cattoni. BREVE NOTA: ADPF 153. Disponível em: <http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2010/05/supremo-e-ditadura-marcelo-cattoni.html>. Acesso em 01 de julho de 2013.

necessário enxergar no processo transicional brasileiro uma complexidade muito mais abrangente do que propõe a visão do STF – de uma simples transição por transação (CATTONI DE OLIVEIRA, 2010, p. 208) –, tornando-se viável, portanto, a conclusão alcançada por Tarso Genro em relação à Lei de Anistia de 1979.

A anistia de 1979, sucedida por outros instrumentos normativos, inclusive de natureza constitucional contém, então, o mais grave obstáculo para a consolidação de uma Justiça de Transição no Brasil: é uma política de “perdão ao inverso”, de “esquecimento”, de uma parte, e, de outra, é uma política de “equivalência de responsabilidades.” Se a política do “esquecimento” já é uma violência em si, a política da “equivalência de responsabilidades”, em relação ao golpe militar, é uma política que atenta contra a cultura política do Estado Democrático, pois a “equivalência” supõe que são iguais em valor, **os que defendem uma ordem democrática e os que se arvoram em seus juizes absolutos para derrubá-la pela violência.** (GENRO, 2009, p. 13).

5.3.2 O julgamento do caso *Gomes Lund* pela Corte IDH

Um dos mais relevantes momentos nos quais a decisão tomada pelo STF na apreciação da ADPF 153 foi questionada se deu quando do julgamento do caso *Gomes Lund* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH. Em 24 de novembro de 2010, a Corte IDH julgou parcialmente procedente a demanda apresentada, em 26 de março de 2009, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH) contra a o Brasil (Corte IDH, 2010, p. 03).

No referido caso, a CIDH reclamou um posicionamento da Corte IDH relativamente ao descumprimento de diversas normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo governo brasileiro na condução do caso de extermínio e desaparecimentos forçados ocorridos durante as investidas militares contra a denominada Guerrilha do Araguaia (Corte IDH, 2010, p. 04). Em suma, a CIDH requereu que a Corte reconhecesse a responsabilidade do Estado e determinasse a reparação às vítimas e aos seus familiares pela violação aos direitos e garantias impostos “nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma

Convenção”.¹¹⁰ A CIDH ainda requereu à Corte que o Estado brasileiro exercesse o seu dever de investigar e punir as violações aos direitos humanos, fato este que,

¹¹⁰ Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Artigo 8º - Garantias judiciais

-
1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
 - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados-partes comprometem-se:
 - a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
 - b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
 - c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

segundo a Comissão, vinha sendo impossibilitado pela Lei n. 6.683/79 (Corte IDH, 2010, p. 04).

A Comissão declarou, ademais, que apesar dos esforços do Estado para implementar medidas de reparação no âmbito interno, as recomendações contidas no Relatório de Mérito No. 91/08 e nas solicitações da demanda ainda não foram cumpridas totalmente, entre outras, aquelas medidas para: a) assegurar que a Lei de Anistia No. 6.683/79 “não continue a ser um obstáculo para a persecução penal das graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade”; b) “determinar, por meio da jurisdição de direito comum, a responsabilidade penal pelos desaparecimentos forçados das [supostas] vítimas”; e c) sistematizar e publicar todos os documentos referentes às operações militares contra a Guerrilha do Araguaia (Corte IDH, 2010, p. 11).

Ao contrário do que pretendeu o Estado brasileiro em sua defesa, a apreciação do caso *Gomes Lund* pela Corte IDH, entretanto, não pode ser visto como uma mera revisão, pela referida corte, da sentença proferida pelo STF no julgamento da ADPF 153. A bem da verdade, a Corte IDH utilizou da competência que lhe foi atribuída por meio do artigo 62.3 da Convenção Americana pelos Direitos Humanos, bem como pelo fato de o Brasil ter anuído com a referida convenção, tornando-se parte em 25 de setembro de 1992 e reconhecido a competência da Corte IDH em 10 de dezembro de 1998, para apreciar uma demanda que lhe foi apresentada pela CIDH, anteriormente, inclusive, ao julgamento da APD 153 pelo STF (Corte IDH, 2010, p. 20).

Conforme muito bem salientou a Comissão, o caso julgado pela corte aborda uma série de crimes cometidos, como tortura, prisão arbitrária e desaparecimento forçado de resistentes e camponeses da região do Araguaia entre os anos de 1972 e 1975, quando ocorreram expedições compostas por cerca de 10 mil homens do Exército, Marinha, Aeronáutica e polícias federal e estaduais para dar fim à Guerrilha

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

do Araguaia (Corte IDH, 2010, p. 03-04). À época, parte da resistência formada pelo Partido Comunista do Brasil havia formado um movimento dissidente de resistência armada contra o regime ditatorial então vigente. Esse grupo, que em 1972 contava com cerca de 70 pessoas, se estabeleceu na região do Araguaia, onde posteriormente foi criado o estado do Tocantins (Corte IDH, 2010, p. 33). Segundo a Corte IDH:

Nas primeiras campanhas, os guerrilheiros detidos não foram privados da vida, nem desapareceram. Os integrantes do Exército receberam ordem de deter os prisioneiros e de “sepultar os mortos inimigos na selva, depois de sua identificação”; para isso, eram “fotografados e identificados por oficiais de informação e depois enterrados em lugares diferentes na selva”. No entanto, após uma “ampla e profunda operação de inteligência, planejada como preparativo da terceira e última investida de contra-insurgência”, houve uma mudança de estratégia das forças armadas. Em 1973, a “Presidência da República, encabeçada pelo general Médici, assumiu diretamente o controle sobre as operações repressivas [e] a ordem oficial passou a ser de eliminação” dos capturados (Corte IDH, 2010, p. 33).

Assim, incumbia à Corte IDH se posicionar relativamente à atuação estatal não somente quando do cometimento dos referidos crimes contra a humanidade¹¹¹ – sobretudo em relação ao crime de desaparecimento forçado, que é permanente –, mas se posicionar sobre a atuação estatal no sentido de investigar e penalizar os responsáveis pelas violações, bem como por dar acesso à informação e conceder reparação às vítimas e aos seus familiares.

A responsabilidade do Estado pelas violações aos direitos humanos e pelos crimes de tortura, execução sumária e desaparecimento forçado foi assumida através da promulgação da Lei n. 9.140/95, que também instituiu a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, conforme já anteriormente suscitado. Entretanto, a assunção da responsabilidade não gerou o esperado efeito da investigação e publicação dos fatos ocorridos com os guerrilheiros e não permitiu,

¹¹¹ Assim definidos aqueles previstos no item 6 (c), do do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: “Crimes contra a humanidade: Homicídio, extermínio, escravização, deportação ou quaisquer atos inumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguições com fundamentos políticos, raciais e religiosos, quando tais atos são praticados ou tais perseguições são levadas à frente na execução ou em conexão com qualquer outro crime contra a paz ou qualquer crime de guerra”. Tradução livre de: “Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connexion with any crime against peace or any war crime.”

ainda, que o Estado promovesse a devida responsabilização administrativa, cível e penal dos responsáveis pelo cometimento dos aludidos crimes.

Assim, diante do quadro apresentado, a Corte IDH determinou a responsabilidade do Brasil não somente pelas violações aos direitos humanos ocorridas no âmbito da Guerrilha do Araguaia, mas também pela sua omissão para com o seu dever de investigar, informar, reparar e punir (Corte IDH, 2010, p. 45). A Corte IDH determinou a responsabilidade do Brasil pelos desaparecimentos forçados, bem como pela sujeição dos guerrilheiros e camponeses à tortura e tratamento desumano e pela aquiescência do Estado em relação às referidas violações. De acordo com a Corte IDH, esse fato, por si só, já constitui “uma infração ao dever de prevenção de violações dos direitos à integridade pessoal e à vida, estabelecidos nos artigos 5 e 4 da Convenção Americana” (Corte IDH, 2010, p. 45)¹¹². Além disso, a atuação do Estado implicou na violação aos direitos de acesso à jurisdição, à garantia de não privação da vida de forma arbitrária e à personalidade, previstos nos artigos 1.1, 4.1 e 3, da aludida convenção (Corte IDH, 2010, p. 45-46).

A Corte IDH também condenou o Brasil pela violação ao direito previsto nos artigos 1.1, 8.1, 13 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, relativamente à necessidade de amplo acesso à informação às vítimas e aos seus familiares. Conforme reiterado diversas vezes tanto pela CIDH quanto pela Corte IDH, apesar dos esforços realizados pelo governo brasileiro – mormente após a sua condenação nos autos da Ação Ordinária No. 82.00.24682-5, muito embora ter havido uma imensa relutância processual –, a grande maioria das vítimas não foi encontrada nem sequer foi determinado o paradeiro dos seus corpos. Até o presente momento, o Estado não informou o que aconteceu com cada uma das vítimas do aparelho estatal de repressão utilizado contra a Guerrilha do Araguaia (Corte IDH, 2010, p. 52).

¹¹² “A Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) baseia-se amplamente no caráter cogente de alguns ditames internacionais, como a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir seus responsáveis. Vide Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N. 153, par. 84; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, N. 212, par. 193; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de Septiembre de 2010. Serie C, N. 217, par. 197” (MCARTHUR, 2012, p. 89).

Ademais, o Estado, enquanto anuente do teor da Convenção Americana dos Direitos Humanos, tem o dever de manter estrutura suficiente à investigação e punição dos atos violadores dos direitos humanos, em conformidade com o exposto no artigo 1.1, da referida convenção. O Brasil, entretanto, se manteve inerte em relação ao seu dever de persecução criminal dos violadores dos direitos humanos, se tornando, portanto, cúmplice da referida atuação, sobretudo através da promulgação da Lei de Anistia. Como bem referendou a Corte IDH:

A antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas reconheceu que exigir responsabilidade dos autores de violações graves dos direitos humanos é um dos elementos essenciais de toda reparação eficaz para as vítimas e “um fator fundamental para garantir um sistema de justiça justo e equitativo e, em definitivo, promover uma reconciliação e uma estabilidade justas em todas as sociedades, inclusive nas que se encontram em situação de conflito ou pós-conflito, e pertinente no contexto dos processos de transição” (Corte IDH, 2010, p. 53).

Com relação à promulgação da Lei de Anistia como obstáculo à investigação e penalização de graves violações de direitos humanos, a Corte IDH reforçou o seu entendimento sobre a incompatibilidade entre as leis de autoanistia e o teor do compromisso firmado pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Esse entendimento, inclusive, já havia sido demonstrado no julgamento dos casos *Barrios Altos*, do Peru e *Almonacid Arellano*, do Chile, bem como de diversos casos envolvendo países como a Argentina, o Uruguai, El Salvador e o Haiti (Corte IDH, 2010, p. 55).

Nesse íterim, a Corte IDH recordou que:

Do mesmo modo, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, enfatizou, na sua Declaração e Programa de Ação, que os Estados “devem revogar a legislação que favoreça a impunidade dos responsáveis por violações graves de direitos humanos, [...] e castigar as violações”, destacando que em casos de desaparecimentos forçados os Estados estão obrigados, em primeiro lugar, a impedi-las e, uma vez que tenham ocorrido, a julgar os autores dos fatos (Corte IDH, 2010, p. 56).

Assim, a Corte IDH manteve o seu entendimento jurisprudencial, que atesta a total impossibilidade de manutenção de leis de anistia que impeçam a investigação e persecução penal dos responsáveis por graves violações aos direitos humanos. Por isso, a Corte IDH julgou o Brasil responsável pelo descumprimento ao disposto nos artigos 1.1, 2, 8.1 e 25, tendo em vista a promulgação da Lei de Anistia e mormente

após o julgamento da APDF 153 pelo STF, que coadunou com o entendimento da constitucionalidade da autoanistia (Corte IDH, 2010, p. 64). Portanto:

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil (Corte IDH, 2010, p. 65).

Como muito bem referendou os representantes da ADNAM, em sua petição de ingresso no julgamento da ADPF 153 pelo STF como *amicus curiae*, “com a ratificação da Convenção de Genebra de 1949, o Brasil passa a compartilhar da obrigação internacional de investigar permanentemente os graves crimes internacionais, tais como são considerados os crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar brasileira” (ADNAM, 2010, p. 09). Portanto, a Lei de Anistia, de forma alguma, poderia significar um obstáculo ao cumprimento dessa obrigação assumida internacionalmente.

Por fim, não há que se falar em ineficácia da decisão proferida pela Corte IDH, levando em consideração o princípio da supremacia da Constituição e isso se deve a uma questão simples: não se pode confundir o controle de constitucionalidade com o controle de convencionalidade. Por mais que o STF tenha admitido a constitucionalidade da Lei de Anistia – ainda que incorretamente, sob a perspectiva aqui delineada –, essa constitucionalidade não impede que a lei venha a ser declarada inconvencional, ou seja, em desacordo com o disposto nas convenções internacionais das quais o Brasil é signatário.

A declaração da inconvencionalidade de uma lei – ainda que de uma lei constitucional – é bastante para determinar a sua revogação, tendo em vista que o Brasil inseriu a Convenção Americana dos Direitos Humanos no seu sistema jurídico-constitucional através do Decreto n. 678 de 1992, bem como declarou que a aludida norma tem caráter supralegal, com valor equivalente às emendas constitucionais, conforme impôs o artigo 5º, § 3º, da Constituição da República de 1988 e ainda reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de

Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio do Decreto n. 89 de 1998.

Ademais, ao inserir o Pacto de San José da Costa Rica em seu ordenamento jurídico-constitucional, o Brasil se obrigou a respeitar e acatar os seus comandos normativos, bem como as decisões emanadas pela Corte IDH, que têm caráter cogente, conforme dispõe o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por fim, conforme restará demonstrado no próximo capítulo, a questão, de fato, aqui discutida, não se restringe à constitucionalidade ou à convencionalidade da Lei de Anistia ou de outras normas jurídicas, mas do seu caráter injurídico, ou seja, da caracterização de determinadas leis como não direito. Por mais essa via, portanto, demonstrar-se-á a real possibilidade de eficácia da decisão proferida pela Corte IDH no julgamento do caso *Gomes Lund*.

6 JURIDICIDADE E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

O silêncio sobre os mortos e torturados do passado, da ditadura, acostuma silenciar sobre os mortos e torturados de hoje. Todos encarnam, mesmo que sob formas diversas, a figura sinistra “daquele que é reduzido à vida nua, isto é, de um homem que não é mais homem – ou melhor, que pode ser morto sem que seu assassinato seja castigado” (GAGNEBIN, 2010, p. 185).

Neste ponto do trabalho, foram apresentados todos os pressupostos a partir dos quais se pretende oferecer uma resposta às indagações fundamentais formuladas nesta pesquisa. O trabalho parece ter amadurecido o suficiente para se pretender desenvolver e apresentar as suas pretensões finais e as consequentes conclusões.

Dentro dos pressupostos expostos no primeiro capítulo, este trabalho tem como intuito propor, dentre as concepções de juridicidade disponíveis no âmbito da teoria do direito, aquela que melhor se adequa ao contexto da justiça de transição, tendo em vista todas as suas peculiaridades e as suas necessidades. No capítulo quarto, foram expostas exatamente essas particularidades da justiça de transição, que reclamam, portanto, uma fundamentação jurídica própria.

A justiça de transição – ou as justiças de transições, como muito bem salientado por Gomes e Rezende (GOMES; REZENDE, 2012, p. 106) – se inserem em um contexto extremamente peculiar. O que ocorre, em um esforço de simplificação – embora isso seja praticamente impossível, diante da pluralidade de justiças de transições –, é que, no aludido contexto, os cidadãos de um determinado estado são submetidos, durante certo período de tempo, a um direito sem qualquer fundamentação que lhe atribua o necessário caráter democrático, discursivo e participativo. Trata-se, muitas vezes, de um direito imposto sem participação democrática, sem a fundamentação e sem o resguardo de uma carta de direitos e garantias individuais e coletivos. Quando há uma “preocupação” com a participação democrática e o respeito a uma Constituição, o que ocorre, como já foi demonstrado no exemplo brasileiro, é uma busca flagrante por maquiagem as verdadeiras intenções do governo através de um aparato público de imposição ideológica e de controle de acesso à informação. Em situações limite como essas e como todas as relatadas no decorrer deste trabalho, todos os pressupostos democráticos do direito são

subjugados, inexistindo participação popular, acesso à informação e resguardo aos direitos e garantias individuais.

De fato, trata-se da vigência de um direito extremamente injusto, voltado muito mais às garantias do estado do que aos direitos e garantias dos cidadãos. O estado se volta para si mesmo, lançando mão de todo o aparelho estatal para garantir a sua manutenção, ainda que em detrimento aos seus próprios cidadãos. De forma paradoxal, o aparelho criado para garantir os direitos da sociedade, viola estes direitos para garantir a sua própria manutenção.

Dando continuidade a esse paradoxo, os governos autoritários, ao deixarem o poder, ainda se concedem autoanistias, utilizando mais uma vez do aparelho estatal para outorgar leis injurídicas, que mais uma vez não se voltam aos governados, mas aos interesses dos próprios governantes. Ocorre, em duas palavras, extrema injustiça.

Nos dizeres de Meyer:

É assim que se mostra compreensível que o dispositivo do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, tenha por tantos anos mantido a controvérsia de se saber se houve ou não anistia para crimes comuns praticados por agentes públicos no período da ditadura. Poder-se-ia dizer que ele se encontrava em um suposto “estado de perfeição”, que estava sob o manto da “concepção prévia de perfeição”, aos olhos de boa parte da sociedade brasileira e aos olhos de boa parte de suas instituições estatais e constitucionais. Em termos transicionais, o processo de verificação de necessidade de rever esta “concepção prévia de perfeição” pode, sim, ser lento, já que envolve uma série de fatores não apenas de índole jurídica, mas política, social ou mesmo ideológica (MEYER, 2012, p. 61).

Conforme muito bem exemplificam Barros e Soares, em referência expressa ao voto de Antônio Augusto Cançado Trindade proferido no julgamento do caso *Barrios Altos* na Corte IDH, a pretensa legalidade das leis de autoanistia que conduzem à impunidade dos crimes cometidos contra a humanidade encontra obstáculo nas normativas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não obstante, os instrumentos de impunidade acarretam de tal forma a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, que há uma inevitável perda do seu caráter jurídico, sendo eivadas de nulidade *ex tunc* (SOARES; BARROS, 2010, p. 223). É de se falar, portanto, de antijuridicidade dessas leis que sustentam em um determinado regime jurídico, sendo, portanto, medidas legais. Sem embargo, dependendo das concepções de juridicidades que se adote, não se poderia, falar,

por outro lado, que as aludidas medidas são sustentadas pelo direito porque, embora legais, carecem de juridicidade.

Por todo esse contexto descrito, em períodos nos quais se impõe a necessidade de uma justiça de transição, há uma reivindicação por justiça, acima de qualquer anseio social e de propriedades formais do direito que lhe garantam. Esse anseio por justiça, como teorizado por Teitel (TEITEL, 2010), se reflete em quatro diferentes dimensões: a necessidade premente de reforma das instituições (única forma de acesso do cidadão ao estado), subjugadas pelos regimes autoritários; a procura pela verdade e pela memória, de forma a tornar claro e evidente às anteriores, presentes e futuras gerações a forma através da qual se estruturou o estado de exceção e as funestas consequências da sua manutenção; a reparação às vítimas do regime de exceção, bem como aos seus familiares, de forma a atestar a injustiça dos atos realizados pelo governo autoritário, bem como para tentar minorar o sofrimento imposto pelo próprio estado aos seus cidadãos; e, por fim, a justiça material em si mesma, ou seja, a necessidade de o estado exercer a sua função de garantir o respeito aos direitos individuais e coletivos, promovendo a investigação e persecução penal dos responsáveis pelas atrocidades cometidas sob o pálio do próprio aparelho estatal e do direito vigente.

Todas as dimensões imanentes à justiça de transição reclamam uma concepção de juridicidade vinculada a um teor moral, tendo em vista que reclamam, acima de tudo, por justiça. Dentre elas, entretanto, se destaca a sua última dimensão – a *accountability* –, pois esta, mais do que todas as demais dimensões, reclama do direito o exercício de seu objeto, independente de sua forma, ou seja, reclama que o direito garanta a justiça e afaste qualquer possibilidade de império do direito formal extremamente injusto sobre a necessidade material do direito de fazer a prestação e contas.

Nesse contexto, a ideia de observância a um direito extremamente injusto em detrimento à satisfação material dos pressupostos do Estado Democrático de Direito perde relevo. Conforme expõe Galindo:

A definição adequada do que vem a ser justiça transicional está atrelada à ideia de que o direito a ser observado pelos agentes estatais não é somente aquele presente no ordenamento jurídico do Estado e em vigor no preciso momento em que os atos dos referidos membros do poder público foram perpetrados. Quem exerce função de Estado, bem como os membros da sociedade em geral, tem o dever de também observar o direito

internacional, notadamente os direitos inerentes à própria condição de ser humano (direitos humanos), independentemente das fontes das quais tais direitos provenham, se dos tratados internacionais ou do direito consuetudinário.

Por óbvio que se trata de uma concepção ideológica construída em termos concretos a partir da Jurisprudência do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, responsável pelo julgamento dos crimes nazistas cometidos na Alemanha (...). Se o direito interno de um Estado serve de escusa para o cometimento de atos claramente desumanos e degradantes por parte dos agentes desse mesmo Estado, tal direito não deve ser observado e esses agentes são passíveis de punição. Por outro lado, há a enorme coerção simbólica e fática sobre tais agentes e a medida para fazer justiça nesses casos nem sempre poderá ser exatamente a mesma que se estabelece para casos semelhantes em situações de normalidade democrática (GALINDO, 2012, p. 34).

Exatamente essa situação de anormalidade não democrática, conforme proposto por Galindo, que impõe a desvinculação do processo de justiça de transição do direito vigente, por se tratar de direito imposto por um estado autoritário, sem qualquer observância a toda a construção jurídica internacional vinculada ao respeito aos direitos humanos. Assim, como muito bem delinea Ruti Teitel:

Subsiste a pergunta sobre se acaso existe algum tipo de mínimo da justiça de transição além do qual a indagação histórica, psicológica ou religiosa devesse ser caracterizada como busca da justiça. Este exame genealógico sugere que as reflexões sobre esta matéria não são atividades metafísicas, senão que devem ser entendidas em seu contexto político e histórico. Ainda assim, há fundamentos independentes para uma crítica que influa na natureza do discurso emergente e afete a probabilidade de que este ou bem apenas colabore com os objetivos imediatos da resolução de conflitos ou bem, por outro lado, contribua com os objetivos da democracia, da reconstrução da nação e do progresso de objetivos políticos liberais¹¹³ (TEITEL, 2003, p. 22).

O problema a ser resolvido, portanto, como pincelado por Swensson Junior, trata de “(...) saber se as normas do direito positivo consideradas extremamente injustas, por garantirem impunidade aos supostos torturadores, estupradores e homicidas dos porões da ditadura, devem ou não ser observadas pelos cidadãos e aplicadas pelos tribunais” (SWENSSON JUNIOR, 2009, p. 325). Dessa forma,

¹¹³ Tradução nossa do original em espanhol: “Subsiste la pregunta de si acaso existe algún tipo de mínimo de la justicia transicional más allá del cual la indagación histórica, psicológica o religiosa debiese ser caracterizada como búsqueda de la justicia. Este examen genealógico sugiere que las reflexiones sobre esta materia no son actividades metafísicas, sino que deben ser entendidas en su contexto político e histórico. Aún así, hay fundamentos independientes para una crítica que influya en la naturaleza del discurso emergente y afecte la probabilidad de que éste o bien apenas colabore a los objetivos inmediatos de la resolución de conflictos o bien, por otro lado, contribuya a los objetivos de la democracia, la reconstrucción de la nación, y el progreso de objetivos políticos liberales”.

portanto, “os diferentes posicionamentos teóricos adotados trazem inevitavelmente implicações ‘diretas’ sobre as formas de aplicação do direito (...)” (SWENSSON JUNIOR, 2009, p. 325).

Consideradas os pressupostos e as pretensões da justiça de transição, percebe-se a necessidade de se desvincular o direito dessa formalidade que lhe cassa o poder de permitir a justiça e lhe impõe o status de instrumento a ser utilizado por qualquer ideologia defendida pelos ocupantes do poder público. Assim, como muito bem atesta Torelly:

A dificuldade de lidar com o passado de modo, a um só tempo, afirmativo da democracia e juridicamente legal, extrapola a capacidade explicativa de um conceito *formal* de Estado de Direito que vislumbre o *império do direito* como um simples *império da lei*, pois se valendo de tal metodologia silogística de associar diretamente ‘lei’ e ‘direito’ se acaba por inserir no direito todo um conjunto de regras e valores autoritários incluídos de modo ilegítimo no ordenamento pelo próprio regime, de modo a que o poder judiciário funcione como *mecanismo de perpetração de autoritarismo no tempo*, reiterando práticas supostamente superadas pelo consenso político social da democracia (TORELLY, 2012, p. 118).

Como já reiteradamente demonstrado, portanto, apesar de não se poder falar em uma justiça de transição no singular e, dessa forma, de uma natureza da justiça de transição – em uma já combatida posição metafísica –, parece bastante evidente que existe um aspecto mínimo comum combatido por todas as justizas de transições, que perpassa necessariamente pela vedação aos crimes contra a humanidade e, conseqüentemente, pela aversão aos instrumentos que pretendam garantir a impunidade desses crimes, e isso ocorre em um âmbito que se pode dizer pretensamente universal.

Pois bem, se é possível entender que o contexto no qual se insere a justiça de transição inevitavelmente requer uma fundamentação teórica embasada em uma concepção de juridicidade vinculada muito mais ao respeito a uma normativa universal em prol dos direitos humanos e dos processos democráticos e discursivos de produção do direito do que à atenção às formalidades do direito positivo interno – ou legislação vigente – de um determinado estado, é possível defender também, com certa tranquilidade, que as concepções positivistas de juridicidade não atendem, em uma perspectiva geral, aos anseios da justiça de transição.

Conforme se tentou demonstrar no decorrer de todo segundo capítulo, sobretudo com a análise das teorias desenvolvidas por Raz e Shapiro, as

concepções positivistas de juridicidade apresentam como características comuns – caso se pretenda investir em uma tarefa teórico-metodológica – o respeito à tese das fontes sociais e a desconsideração da importância que uma eventual conexão entre o direito e a moral possa ter para se determinar o conteúdo válido do direito. Como defende Gardner, a proposta positivista pode ser resumida em dois aspectos centrais: “em qualquer sistema jurídico, se uma determinada norma é juridicamente válida e, portanto, se faz parte do sistema jurídico, depende de suas fontes, e não dos seus méritos” ¹¹⁴ (GARDNER, 2001, p. 201).

Diante de todo o desenvolvimento da pesquisa, portanto, pôde-se afirmar que *as concepções positivistas de juridicidade, enquanto interpretações inevitavelmente normativas de valores políticos, visam, a todo custo, à garantia da segurança jurídica e à manutenção da aplicabilidade e da eficácia das leis vigentes. Isso se torna claro, a título de exemplo, quando Raz define que o objetivo do direito de acordo com a tese das fontes sociais é fornecer padrões publicamente verificáveis à sociedade de forma a conformar o seu comportamento.*

Também intentou-se demonstrar que as concepções positivistas de juridicidade visam evitar que os julgamentos levem em consideração deliberações morais, já que estas impedem, segundo seu entendimento, a construção de um padrão certo e verificável. *Dessa forma, a tradição positivista afasta, necessariamente, a correção moral do rol de critérios indispensáveis à validade do direito. Como bem percebeu Sebok (SEBOK, 1999, p. 142), uma consequência clara da adoção dessas concepções é que o juiz, embora possa garantir a legalidade de um julgamento, não pode, de forma alguma, garantir que este julgamento esteja afastado de uma injustiça.*

Dentro do que foi delineado como anseios da justiça de transição, portanto, decerto que as concepções positivistas de juridicidade não atendem àquilo que pretendem as quatro frentes propostas pela justiça transicional – a reforma das instituições, a memória e a verdade, as reparações e a justiça. As leis de autoanistia certamente seriam consideradas legais, constitucionais e jurídicas dentro de uma perspectiva proposta pelas concepções positivistas de juridicidade – como ocorreu, a título de exemplo com a Lei n. 6.683 de 1979, a Lei de Anistia brasileira, conforme já amplamente analisado. Se o direito vigente, imposto de acordo com as suas

¹¹⁴ Tradução nossa do original em inglês: “In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits.”

fontes normativas, houvesse impedido o acesso às informações, bem como cassado o dever estatal de promover a investigação e a persecução penal e tudo isso ocorresse dentro da mais estrita legalidade – como de fato ocorreu –, as decisões fundadas em concepções positivistas atestariam, de pronto, a sua juridicidade, independente dos efeitos extremamente injustos gerados pelo próprio direito.

O fato é que, a partir de uma perspectiva proposta por concepções positivistas do direito, não há necessariamente uma preocupação com o conteúdo do direito vigente, senão com a sua forma de imposição e manutenção. Assim, caso o direito vigente tenha sido construído de acordo com os padrões formais de construção legislativa e o seja feito por meio de uma autoridade juridicamente vinculante, não haveria motivos, dentro de uma concepção positivista do direito, que ensejassem a reforma das instituições. Não que elas não sejam possíveis, mas não seriam, dentro de uma perspectiva jurídica, necessárias. Dessa forma, a título de exemplo, o direito brasileiro construído no decorrer da Ditadura Militar poderia, aos olhos de um positivista, perfeitamente permanecer vigente, assim como as instituições que lhe garantiam a eficácia jurídica, tendo em vista que a ordem jurídico-política foi construída dentro dos padrões formais de legalidade.

Da mesma forma, uma concepção positivista de juridicidade não poderia garantir o acesso à memória e à verdade, a não ser que esses direitos fossem garantidos pelo próprio sistema jurídico que o violou. Isso se deve ao já mencionado fato de que não há, dentro da perspectiva de uma concepção positivista do direito, uma preocupação com o conteúdo do direito. Assim, caso o sistema jurídico vigente de fato não garanta o acesso à verdade e à memória, caso essa determinação seja feita impositivamente por uma autoridade, dentro dos parâmetros legais, não haveria qualquer antijuridicidade nesta ausência de garantia.

O mesmo entendimento se aplica à necessidade de reparar os danos impostos pelo Estado às vítimas do Estado de Exceção e à necessidade de se promover a persecução penal dos agentes de Estado. Dentro dessa perspectiva, se o direito vigente – imposto por autoridade, dentro dos padrões legais de construção normativa – permitia a atuação estatal de repressão aos opositores políticos, não haveria motivo para se afastar o direito vigente e impor qualquer sanção aos agentes que agiram sob o pálio do direito e sequer reparar os danos sofridos pelas

vítimas, tendo em vista que a atuação do Estado foi lúdica e consistiu em pleno exercício do seu dever.

Lado outro, como foi demonstrado na reconstrução teórica do terceiro capítulo, as concepções não positivistas de juridicidade apontam em direção a uma preocupação não tanto com o caráter formal do direito, mas muito mais ao seu aspecto material, vinculado à justiça. Através da análise das duas concepções não positivistas de juridicidade eleitas – de Ronald Dworkin e Robert Alexy – foi possível apreender as características teórico-metodológicas comuns às teorias não positivistas do direito, haja vista a preocupação com a defesa de uma relação entre a moral e o direito, de uma necessária limitação do direito positivo e da necessidade de concreção do direito além do direito positivo.

As concepções não positivistas, em uma análise genérica, portanto, parecem atender aos anseios iniciais da justiça de transição, quais sejam: a concreção de uma relação necessária entre o direito e a moral de tal forma que a justiça venha a ser não somente um objetivo do direito mas também um meio de sua limitação.

Mas, por outro lado, também foi ressaltado, no capítulo terceiro, que as concepções dworkiniana e alexyana de juridicidade apresentam diferenças cruciais, muito devido às suas diferentes matrizes filosóficas, já que a concepção alexyana de juridicidade se funda na racionalidade kantiana e a concepção dworkiniana contém um resíduo de comunitarismo em sua asserção de que a virtude política da integridade está fundamentada nas obrigações associativas que correm entre os indivíduos que se reconhecem como membros de uma mesma comunidade. Como foi visto nas análises das aplicações das concepções de juridicidade aos casos concretos expostos no capítulo terceiro, o ponto decisivo para a escolha entre essas concepções não-positivistas de juridicidade parecer ser o de que *em situações limites, a teoria da integridade requer um requisito bastante caro para a sua devida aplicação: uma comunidade de princípios, ou seja, uma sólida e duradoura construção política e jurisprudencial de princípios que servem, há algum tempo, de norte para a sociedade. A concepção alexyana de juridicidade, por outro lado, parece ter sido – ou, de fato, realmente foi, se levarmos em consideração a utilização da Fórmula de Radbruch – construída levando em consideração exatamente essas situações limites, nas quais é imperioso abrir mão da construção jurisprudencial e do direito positivado quando estes são extremamente injustos.*

Hart provavelmente não estava absolutamente correto ao criticar a teoria de Dworkin, alegando se tratar de uma teoria construída única e exclusivamente para o contexto estadunidense (HART, 1994, p. 320). Mas, de certa forma, há que se entender os fundamentos da crítica hartiana: a teoria da integridade requer, para a sua aplicação, a existência de uma comunidade de princípios, de uma história institucional e de uma moralidade constitucional (DWORKIN, 2010a, p. 274). A completude desses requisitos impõe a existência de um estado estruturado, com instituições consolidadas e forte apego aos pressupostos democráticos. Se a teoria da integridade não pode ser taxada de uma teoria limitada aos Estados Unidos, por outro lado não pode se falar em sua aplicação como teoria geral do direito com aplicação universal, dentro das condições fáticas atualmente verificáveis.

Se não é possível se falar em aplicação universal da concepção dworkiniana de juridicidade, quanto mais falar em aplicação da sua concepção ao contexto da justiça de transição. Como exaustivamente demonstrado no capítulo quarto, o contexto no qual se verifica a justiça de transição é marcado precisamente pela instabilidade institucional, pela ausência de respeito aos princípios basilares da democracia e pela completa ausência de uma moralidade constitucional e de uma história institucional. A justiça de transição se aplica em contextos nos quais se observa exatamente a derrocada de um estado de exceção – momento no qual seria impossível se falar em uma comunidade de princípios. Existe, nesse contexto, sim, justamente uma busca pela construção de uma moralidade constitucional, mas seria impossível a sua observância, assim como a observância a uma história institucional, visto que as decisões judiciais proferidas no âmbito de estados de exceção são totalmente pragmáticas (limitadas pela influência do Poder Executivo), e, portanto, desprovidas de uma linha de fundamentação comum, historicamente construída.

Tome-se, a título de exemplo, o caso brasileiro da Lei de Anistia. Ainda que seja este o caso paradigma, já que a apreciação da constitucionalidade da Lei n. 6.683/79 somente ocorreu mais de vinte anos após a sua promulgação, quando o estado, de fato, já possuía estabilidade institucional, seria extremamente difícil sustentar a existência de uma história institucional brasileira que desse azo a uma decisão construída com respeito à jurisprudência construída ao longo do período democrático. E não seria possível, ainda, sustentar que a decisão prolatada pelo

STF seria um exemplo de erro institucional (DWORKIN, 2010c, p. 189), já que, ainda que se considere acertada a aludida afirmativa, isso não resolveria os anseios da justiça de transição. De fato, sustentar que o estado de exceção correspondeu a um erro institucional, conforme certamente proporia Dworkin, não implicaria em consequências efetivas para a justiça de transição, tendo em vista que um Poder Judiciário recentemente desligado de um estado de exceção não teria à sua disposição uma história institucional e uma moralidade constitucional para fundamentar tanto a existência deste erro institucional quanto a necessidade de consecução de uma efetiva justiça de transição, que imponha reforma das instituições, o direito de acesso à verdade e à memória, o direito às reparações e o direito de acesso à justiça.

Assim, embora a proposta da concepção dworkiniana de juridicidade se adequasse perfeitamente aos pressupostos da justiça de transição, os requisitos para a sua construção são faticamente impraticáveis em períodos de transição política, nos quais a instabilidade institucional é patente e o recurso à história institucional e à moralidade constitucional não conduziria, de forma alguma, à reforma das instituições, à verdade e à memória, às reparações e à justiça material. Portanto, embora fosse adequada, a concepção dworkiniana de juridicidade não seria eficaz na perspectiva da justiça de transição.

A concepção de juridicidade proposta por Alexy, por outro lado, parece se amoldar exatamente ao requerido pelos contextos das justiças de transições. Na verdade, como já salientado no capítulo terceiro, a concepção de juridicidade alexyana foi construída, justamente, tomando como fundamento um postulado criado no âmbito da justiça de transição – a fórmula de Gustav Radbruch.

A concepção de direito proposta por Alexy, como já fartamente descrito no capítulo terceiro, ressalta uma vinculação necessária entre o direito e a moral, defendendo a tese da vinculação através de três fundamentos – o argumento da correção, o argumento da injustiça e o argumento dos princípios (ALEXY, 2011a, p. 43). Segundo Alexy, pelo fato de o direito erigir uma pretensão de correção material, torna-se necessária a sua vinculação com a moral. Como já anteriormente citado, Bustamante resume o argumento da correção da seguinte maneira: “todos os atos de produção e aplicação do Direito formulam, implícita ou explicitamente, uma pretensão de correção (que, embora não se restrinja a uma correção *moral*,

indiscutivelmente a pressupõe como elemento central)” (BUSTAMANTE, 2008, p. 153).

Além de formular essa pretensão de correção¹¹⁵, diretamente vinculada à moral, o direito, enquanto formado pela validade formal, pela eficácia social e pela correção material, deve garantir que, ainda que não haja uma perfeita harmonia entre as suas três diferentes dimensões, não haja um completo e absurdo desrespeito à correção material, encampada pela justiça. Dessa forma, conforme já anteriormente citado, Alexy lança mão da Fórmula de Radbruch para buscar conceder ao direito esse caráter garantidor da justiça.

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 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. É impossível traçar uma linha mais nítida entre os casos da injustiça legal e das leis válidas apesar do seu conteúdo injusto; mas pode-se estabelecer outra linha divisória com total precisão: onde nem sequer se pretende a justiça, onde a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é negada conscientemente no estabelecimento do direito positivo, aí a lei não é só “direito injusto”, em vez disso carece totalmente da natureza jurídica (RADBRUCH, 2004, p. 345).

A concepção não positivista de juridicidade alexyana assume, portanto, esse postulado da Fórmula de Radbruch: “As normas promulgadas conforme o ordenamento e socialmente eficazes perdem o seu caráter jurídico ou a sua validade jurídica quando são extremamente injustas”, ou “a extrema injustiça não é direito” (ALEXY, 2001, p. 76).

Por fim, a concepção não positivista de juridicidade alexyana defende a tese da vinculação entre o direito e a moral por meio do argumento dos princípios, que impõe ao juiz uma vinculação do juiz aos princípios gerais do direito – que constituem uma penetração da moral no âmbito jurídico –, sobretudo, nos julgamentos dos casos difíceis (ALEXY, 2011a, 90).

¹¹⁵ Mais uma vez, é importante recordar que a pretensão de correção, no marco da Teoria do Discurso (HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa. Vol. I e II.** Madri: Taurus, 1987), é uma dimensão ideal e necessária do direito, que o conecta com a moral procedimental universal, em uma clara vinculação com a concepção kantiana de razão prática. A pretensão de correção implica uma pretensão de justificabilidade e não em um jusnaturalismo, onde o direito é vinculado a uma ordem objetiva abstrata de valores, conforme propõe Finnis, por exemplo. Parte-se da tese do caso especial, portanto: o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica.** São Paulo: Landy, 2005). O entendimento da pretensão de correção deve se dar, portanto, de maneira abrangente, levando-se em consideração toda a sua obra.

Pode-se defender com segurança, portanto, que a concepção alexyana de juridicidade se amolda perfeitamente aos peculiares anseios da justiça de transição. A pretensão por um direito que se vincule à validade formal, à eficácia social e à correção material e, sobretudo, que afaste do âmbito jurídico qualquer norma que, apesar de conter validade formal e eficácia social, torne extremamente injusto o sistema jurídico imposto, é exatamente aquela requerida no contexto da justiça de transição. Perceba-se, de fato, que a justiça de transição não requer o afastamento do direito, de forma a aplicar um revanchismo e uma vingança. Muito pelo contrário, a justiça de transição requer que seja aplicado precisamente o direito, mas que não seja reconhecido como direito – ou seja, que seja cassado o caráter jurídico em si – do direito extremamente injusto que vigia no estado de exceção. A legislação vigente, nesse contexto, portanto, apesar de ser dotada de validade e eficácia social, peca por não conter correção material e, sendo extremamente injusta, perde a sua juridicidade, não podendo, assim, ser considerada direito.

Por meio da concepção alexyana de juridicidade, portanto, seria plenamente viável se fundamentar os quatro anseios da justiça de transição: a reforma das instituições, o acesso à verdade e à memória, as reparações e a justiça. Isso, porque, com o afastamento do direito extremamente injusto – que deve ser assim considerado de forma racional e argumentativa, conforme exaustivamente debatido no capítulo terceiro – devem ser aplicadas as normativas e princípios gerais do direito (interno e internacional), com observância, sobretudo, aos direitos e garantias fundamentais do ser humano. Como diria Radbruch – também já anteriormente citado:

Claro que é verdade que o benefício público, juntamente com a justiça, é um objetivo do direito. E, claro, as leis têm valor em si mesmas, mesmo leis ruins: o valor, nomeadamente, de assegurar o direito contra a incerteza. E é claro que é verdade que, devido à imperfeição humana, os três valores do direito – utilidade pública, a segurança jurídica e a justiça – nem sempre estão unidos harmoniosamente em leis, e o único recurso, então, é sopesar se a validade deve ser concedida mesmo com leis ruins, prejudiciais, ou injustas, para o bem da segurança jurídica, ou se a validade deve ser retida por causa de sua injustiça ou de sua nocividade social. Uma coisa, no entanto, deve ser indelevelmente impressa na consciência das pessoas, tão bem como na dos juristas: pode haver leis que são tão injustas e tão socialmente danosas, que o caráter de validade, de fato o caráter jurídico em si, deve ser negado a elas¹¹⁶ (RADBRUCH, 2006, p. 14).

¹¹⁶ Tradução nossa do original em inglês: “Of course it is true that the public benefit, along with justice, is an objective of the law. And of course laws have value in and of themselves, even bad laws: the

No mesmo sentido, a concepção alexyana de juridicidade também dá ensejo à revogação das leis de autoanistia, tendo em vista que elas são, acima de tudo, instrumentos garantidores da impunidade. Ou seja, são instrumentos legislativos utilizados tão somente para garantir que as atrocidades cometidas pelo estado, sob o pálio de um direito extremamente injusto, se mantenham impunes. Ora, o direito que garante a impunidade ao direito extremamente injusto não é nada senão direito extremamente injusto. Inclusive, dentro dessa perspectiva foram possíveis as condenações dos atiradores do muro de Berlim, conforme analisado no capítulo terceiro, pois, adotando-se essa concepção de juridicidade, há um limiar mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana, sob pena de, ultrapassado esse limiar, as normas perderem o seu caráter jurídico, marcado por exigências morais mínimas¹¹⁷ (ALEXY, 2011a, p. 48).

Assim, conforme muito bem analisado por Teitel, a justiça de transição reclama uma juridicidade, uma fundamentação, por não poder ser vinculada nem a um mero caráter realista e sequer a um caráter puramente idealista. De fato, Teitel afasta a tese de que “a busca por justiça nesses períodos é completamente epifenomênica e melhor explicada nos termos do balanço do poder”¹¹⁸ (TEITEL, 2003, p. 03) ou que “o direito é um mero produto da mudança política”¹¹⁹ (TEITEL, 2003, p. 03). Afasta, ainda, a tese de que “(...) a questão da justiça transicional

value, namely, of securing the law against uncertainty. And of course it is true that, owing to human imperfection, the three values of the law—public benefit, legal certainty, and justice—are not always united harmoniously in laws, and the only recourse, then, is to weigh whether validity is to be granted even to bad, harmful, or unjust laws for the sake of legal certainty, or whether validity is to be withheld because of their injustice or social harmfulness. One thing, however, must be indelibly impressed on the consciousness of the people as well as of jurists: There can be laws that are so unjust and so socially harmful that validity, indeed legal character itself, must be denied them” (RADBRUCH, 2006, p. 14).

¹¹⁷ É necessário, nesse momento, fazer nova menção, neste estudo, à nota já citada no capítulo quarto, às páginas 87-88, de forma a reiterar a crítica realizada pelo professor Thomas Bustamante sobre o argumento da injustiça e o caráter jusnaturalista da concepção de juridicidade de Radbruch (BUSTAMANTE, 2008). Também é importante ressaltar que o próprio Alexy, apesar de não tecer maiores comentários e, por isso, suscitar uma dúvida acerca do seu entendimento da Fórmula de Radbruch, parece conceber a Fórmula de Radbruch em conformidade com a sua teoria do direito de vertente eminentemente discursiva e racional (ALEXY, 2011b, p. 46-47). Neste estudo, foi, portanto, conforme afirmado no capítulo quarto, adotada essa releitura proposta pelo professor Bustamante (que é entendida também como proposta, ainda que não de maneira suficientemente clara, por Alexy), de forma a conceber que o conteúdo do argumento da injustiça perpassa pelas condições pragmáticas de operacionalidade do Princípio do Discurso construídas através do amplo debate – ou discursos democráticos e não sustenta a existência de um direito suprapositivo de índole platônica, conforme defendido por exemplo, por Finnis (FINNIS, 2011) (BUSTAMANTE, 2008, p. 191).

¹¹⁸ Tradução nossa do original em inglês: “Justice seeking in this periods is fully epiphenomenal and best explained in terms of the balance of power” (TEITEL, 2003, p. 03).

¹¹⁹ Tradução nossa do original em inglês: “Law is a mere product of political change” (TEITEL, 2003, p. 03).

geralmente remete a concepções universalistas de justiça”¹²⁰ (TEITEL, 2003, p. 04). A justiça de transição requer uma fundamentação jurídica relevante, que não reduza os complexos momentos de transição política nem a um realismo barato desregulado e sequer a um jusnaturalismo despreocupado com a força e a cogência do direito positivo.

A justiça de transição, relevante instrumento jurídico, que tem permitido respeitável avanço da sociedade em relação ao seu passado de autoritarismo e desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, requer uma fundamentação jurídica aliada aos princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos e aos preceitos fundamentais do direito enquanto promotor da justiça e da paz social. De fato, essa tarefa, se incumbida à concepção não positivista de juridicidade alexyana, é plenamente possível. O direito, nessa perspectiva, é capaz de atender aos anseios da justiça de transição e permitir o restabelecimento e o amadurecimento da democracia sem que seja necessário impor um indigesto esquecimento.

¹²⁰ Tradução nossa do original em inglês: “(...) the question of transitional justice generally falls back on universalist conceptions of justice” (TEITEL, 2003, p. 04).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o desenvolvimento do presente trabalho, no decorrer destes cinco capítulos, pode-se afirmar que a hipótese suscitada ainda na introdução restou confirmada: entre as concepções de juridicidade analisadas, aquela que se adequa às necessidades e peculiaridades da justiça de transição, é, sem sombra de dúvidas, a concepção não positivista de juridicidade sustentada por Robert Alexy.

De fato, a concepção de juridicidade não positivista alexyana, reconstruída a partir de uma análise procedimental do direito, retira de determinados ordenamentos legais o seu caráter jurídico, ou seja, a sua juridicidade, caso se alcance uma injustiça extrema, ou seja, caso o sistema jurídico deixe de constituir uma de suas três características primordiais: a correção material. A existência desta limitação de ordem moral-procedimental, conforme demonstrado no capítulo terceiro, impede que sistemas jurídicos nascidos em períodos de exceção sejam posteriormente referendados, tendo em vista que, apesar de terem vigido por determinado período, nunca foram, de fato, direito.

Se o principal embate promovido pela justiça de transição se funda na necessidade de superar ordenamentos jurídico-políticos que vigoraram durante uma determinada época e submeteram a população civil a uma injustiça flagrante, e se existe a necessidade de se fundamentar juridicamente as ações promovidas no âmbito da justiça de transição, vem à tona exatamente neste momento a concepção de juridicidade não positivista proposta por Alexy. Se a justiça de transição pretende ser um instrumento jurídico-político capaz de promover a reforma das instituições estatais, a revelação da verdade e da memória, as reparações às vítimas do aparelho estatal de repressão e aos seus familiares e realização da justiça material, ou a *accountability*, ela deve ser juridicamente fundamentada e essa fundamentação é extremamente bem realizada através da concepção de juridicidade alexyana.

Em suma, a prolação de sentenças juridicamente fundamentadas, que permitam, por uma via jurídica, a realização da justiça de transição, devem se dar através de um viés não positivista de juridicidade. Em especial, deve se fundamentar na concepção de juridicidade conforme proposto por Alexy, na forma defendida neste trabalho.

Para se alcançar essa conclusão, inicialmente, foi necessário realizar um aprofundamento teórico que embasasse a tese da existência de diferentes concepções de juridicidade, em detrimento à ideia metafísica da possibilidade de alcance de um conceito totalmente descritivo do direito. Para tanto, foi necessário analisar e reconstruir a metateoria do direito de Ronald Dworkin, em muito influenciada pela hermenêutica gadameriana.

Partindo desse pressuposto, foram reconstruídas, no capítulo segundo, as mais relevantes concepções positivistas de juridicidade, que foram analisadas, ainda, no contexto de sua aplicação em situações limite, nas quais se torna premente a justiça de transição.

Neste mesmo viés, no capítulo terceiro, foram reconstruídas as mais relevantes concepções não positivistas de juridicidade contemporâneas, bem como foram analisadas as suas aplicações em situações limite.

No capítulo quarto, houve uma preocupação em se contextualizar o que vem sendo construído, contemporaneamente, como justiça de transição. Houve uma reconstrução histórico-teórica, bem como uma análise dos casos mais relevantes para o presente trabalho, como os procedimentos de justiça de transição argentino, chileno e brasileiro. O caso brasileiro mereceu atenção redobrada, mediante análise do julgamento da ADPF 153 pelo STF, bem como do caso *Gomes Lund* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Somente a partir de toda essa reconstrução histórico-teórica, prático-teórica, foi possível, no capítulo cinco, procurar, entre as concepções de juridicidade analisadas, aquela que melhor se adequa aos reais anseios da justiça de transição. Foi feita, portanto, uma busca pela fundamentação jurídica da justiça de transição, alcançando-se o resultado pela concepção não positivista de juridicidade proposta por Robert Alexy.

Alcançada essa conclusão, tem-se alcançadas, inevitavelmente, outros consequentes resultados. Na apreciação da ADPF 153, o STF incorreu em um erro evidente. A Lei n. 9.683/79 – a Lei de Anistia brasileira –, enquanto instrumento que garantiu a perpetuação e a impunidade da extrema injustiça cometida sob o pálio do aparelho estatal, carece não somente de constitucionalidade, mas, sobretudo, de juridicidade, tendo em vista que, por ser extremamente injusta, sequer é direito, sofrendo do vício de nulidade absoluta, *ab initio*. Lado outro, a Corte Interamericana

de Direitos Humanos agiu acertadamente ao condenar o estado brasileiro no julgamento do caso *Gomes Lund*, tendo em vista que as normas e procedimentos estatais que garantam a manutenção da impunidade dos crimes cometidos contra a humanidade durante o estado de exceção devem ser afastados do sistema jurídico, de forma a permitir a devida realização de uma justiça de transição plena em seus quatro principais eixos.

Assim, por se considerar a justiça de transição um instrumento jurídico-político de vital relevância para a consolidação do Estado Democrático de Direito, faz-se premente a garantia da sua plena realização, em seus quatro principais eixos: a reforma das instituições, a verdade e a memória, as reparações e a justiça.

Para a sua garantia, faz-se necessária a sua fundamentação jurídica, de forma a permitir que a sua realização se dê dentro dos preceitos e procedimentos inafastáveis em uma perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista as peculiaridades e anseios da justiça de transição, a concepção de juridicidade que melhor lhe atribuí a sua necessária fundamentação jurídica é a concepção não positivista alexyana de juridicidade, por atrelar, através de uma via procedimental, o direito à moral e, conseqüentemente, incumbir ao estado o dever de afastar do direito, as normas extremamente injustas.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção. Homo sacer II, 1**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidade penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicídios cometidos por los centinelas des Muro de Berlin *in* **DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, vol. 23, 2000, pp. 197-230.

ALEXY, Robert. Una defensa de la formula de Radbruch. Trad. José Antonio Seoane. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña**. La Coruña, 2001.

ALEXY, Robert. The nature of arguments about the nature of law *in* Meyer, L. H., Paulson S. L. e Pogge, T. W. **Rights, Culture and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3 – 16.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Traducción: Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 2004a.

ALEXY, Robert. The nature of legal philosophy. **Ratio Juris**. V. 17. N. 02. Oxford: Blackwell Publishing, 2004b, p. 156-167.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2005a.

ALEXY, Robert. Derecho y corrección (trad. José Antonio Seoane y Eduardo Roberto Soderó), *in* ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Granada: Comares, pp. 31-54, 2005b.

ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**. Vol. 21. N. 03. Oxford: Blackwell Publishing, 2008, p. 281-299.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011a.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral**. Trad. Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ARGENTINA. Secretaría de Derechos Humanos. Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. **Nunca más: informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas**. 8ª ed. 5ª reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2009).

ASSOCIAÇÃO DEMOCRÁTICA E NACIONALISTA DE MILITARES – ADNAM.
Petição de ingresso no julgamento da ADPF 153 como *amicus curiae*.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 06 de maio de 2013.

AUSTIN, John. **Province of jurisprudence determined**. Londres: Richard Taylor, 1832.

AUSTIN, John L.. **How to do Things with Words: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955**. Ed. J. O. Urmson, Oxford: Clarendon, 1962.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. **Brasil, Argentina e Estados Unidos: conflito e integração na América do Sul: da Tríplice Aliança ao MERCOSUL: 1870-2001**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BANKOWSKI, Zenon. *Bringing the Outside in: The Ethical Life of legal Institutions*. T. Gizbert-Studnicki and Jerzy Stelmach (eds). **Law and legal Cultures in the 21st Century: Unity and Diversity**. Wolters Kluwer Polska, 2007, p. 193-217.

BENTHAM, Jeremy. HART, H.L.A., ed. **Of Laws in General**. London: The Athlone Press, 1970.

BICKFORD, Louis. Transitional Justice. *In The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. New York: MacMillan, 2004, v. 3.

BORGES, Jorge Luis. **O Aleph**. Trad. Flávio José Cardoso. São Paulo: Globo, 1995.

BRASIL. Arquidiocese de São Paulo. *Projeto Brasil Nunca Mais*. São Paulo: 1985.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à memória e à verdade**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 23 ago. 2012.

BUSTAMANTE, T. R.. **Teoria do Direito e Decisão Racional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUSTAMANTE, T. R. . [Comment on Petroski] On MacCormick s Post-Positivism. **German Law Journal**, v. 12, p. 693-728, 2011.

BUSTAMANTE, T. R. . Interpreting Plans: A Critical View os Scott Shapiro's Planning Theory of Law. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 37, p. 219-250, 2012.

CAMPBELL, Tom. **The legal theory of ethical positivism**. Aldershot: Dartmouth, 1996.

CAMPBELL, Tom. **Prescriptive Legal Positivism**. Londres: ULC Press, 2004.

CAMPBELL, Tom. Rewriting Hart's Postscript: Thoughts on the Development of Legal Positivism. **Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**. N. 5. Universidad Nacional Autónoma de México: 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada "transição política brasileira"*. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição** / Ministério da Justiça. – N. 3 (jan. / jun. 2010). – Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Supremo e Ditadura: Marcelo Cattoni. BREVE NOTA: ADPF 153**. Disponível em: <http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2010/05/supremo-e-ditadura-marcelo-cattoni.html>. Acesso em 01 de julho de 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes. *Justiça de Transição e o projeto constituinte do estado democrático de direito no Brasil*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Belo Horizonte, ano 9, n. 10, p. 213-232, jul./dez. 2011.

COLEMAN, Jules. Negative and positive positivism. In Cohen, M (org.). **Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence**. London: Duckworth, 1984.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, convencionality and the practical difference thesis (1998). In: COLEMAN, J. (ed.). **Hart's postscript. Essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

COLEMAN, Jules. **The practice of principle. In defence of a pragmatist approach to legal theory**. New York: Oxford University Press Inc., 2003.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Grupos de Trabalho**. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/index.php/2012-05-22-18-30-05/veja-todos-os-grupos-de-trabalho>. Acesso em 26/06/2013.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Balanco de Atividades: 1 ano de Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/balanco_1ano.pdf. Acesso em 26/06/2013.

COMISSIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP). **Lista atualizada de los desaparecidos en Argentina**. Disponível em: <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/lista-revisada/>. Acesso em 13 de junho de 2013.

CONGRESSO NACIONAL PELA ANISTIA. **Carta do I Congresso Nacional pela Anistia**. São Paulo: 1978.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Petição inicial. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 10 mar. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.** Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 15 mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almocinad Arellano vs. Chile. San José, 26 de setembro de 2006.** Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf> . Acesso em 13 mar. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Barrios Altos vs. Perú. Sentença de 14 de março de 2001.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf>. Acesso em 12 mar. 2012.

COVER, Robert. **Justice Accused.** New Haven: Yale University Press, 1975.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010c.

DYZENHAUS, David. **Hard cases in wicked legal systems. South African Law in the Perspective of Legal Philosophy.** Oxford: Clarendon Press, 1991.

ELSTER, Jon. **Closing the books: transitional justice in historical perspective.** Cambridge University Press, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FINNIS, Jonh. **Natural Law and Natural Rights.** New York: Oxford University Press, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica.** Trad. Ana Agud Aparício e Rafael de Agapito. Salamanca: Sigueme, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciencia histórica**. Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. *In*: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

GALINDO, Bruno. *Democracia constitucional, direitos humanos e justiça transicional na América Latina – Argentina, Chile e aproximações com o Brasil*. *In*: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Ano 9, n. 9/10, (já./dez. 2011). Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista em las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy**. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 1998.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo *in* GARCÍA FIGUEROA, Afonso. **Racionalidad y derecho**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006.

GARDNER, Jonh. Legal Positivism: 5 ½ Myths. **The American Journal of Jurisprudence**. V. 46., 2001, pp. 199-227.

GENRO, Tarso. **Teoria da Democracia e Justiça de Transição**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

GOMES, David; REZENDE; Gabriel. *Justiça, transição, contexto – América Latina*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Ano 10, n. 11. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 105-120.

GONÇALVES DA SILVA, Carlos Augusto Canêdo. **Crimes políticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

GONZALEZ CUEVA, Eduardo. *Perspectivas teóricas sobre la justicia transicional*. *In* Asociación Pro Derechos Humanos y la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. **Perú 1980-2000: El reto de la verdad y la justicia**. Lima, APRODEH, 2001.

GRECO, Heloísa. Memória vs. Esquecimento, Instituinte vs. Instituído: a luta pela anistia ampla. *In* KLEBER DA SILVA, Haike R. (org.). **A luta pela anistia**. São Paulo: UNESP; Arquivo Público do Estado de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009a.

GRECO, Heloísa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação das Faculdades de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2009b. Disponível em <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa. Vol. i e ii.** Madri: Taurus, 1987.

HART, Herbert L.A. **Positivism and the Separation of Law and Morals.** Harvard Law Review, v. 71, 1958.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Força letal: violência policial e segurança pública no Rio de Janeiro e em São Paulo.** 2009. Disponível em: <http://www.hrw.org/node/87056>. Acesso em 10 de julho de 2013.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE (ICTJ). **What is Transitional Justice.** Disponível em: <<http://www.ictj.org/en/tj/>>. Acesso em: 28 mai. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução de Luis Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KREMER, Matthew H.. **In Defence of Legal Positivism.** Oxford: Oxford University Press, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Petrópolis: Vozes, 2009.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. HART, second edition.** Stanford, Stanford Law Books, 2008.

MCARTHUR, Fabiana Godinho. *Justiça de Transição: o caso brasileiro.* **Revista Anistia Política e Justiça de Transição** / Ministério da Justiça. – N. 7 (jan. / jun. 2012). – Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Tese de doutorado. Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/tesediss.php>. Acesso em 30 de janeiro de 2013.

NELSON, William E.. The Impact of the Antislavery Movement Upon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America. **Harvard Law Review**, v. 87, 1974, pp. 513-540.

NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo: como alguém se torna o que é.* Tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 153p. (Obras de Nietzsche).

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Relatório do relator especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, Philip Alston**. 2008. Disponível em: www.nevusp.org/downloads/relatoriophilip.doc. Acesso em 10 de julho de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Conselho de Segurança. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: report of the Secretary-General**. 23 de agosto de 2004. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>. Acesso em 28 mai. 2013.

PAULSON, Stanley. On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers *in Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n. 1, 2006, pp. 17-40.

PAVLAKOS, George. **Law, Rights and Discourse. Themes of Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oxford and Portland, Oregon, 2007.

PERRY, Stephen. Interpretação e metodologia na teoria jurídica *in* MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação. Ensaios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília, Ministério da Justiça, 2009.

PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão; TORELLY, Marcello D.. *As razões da eficácia da lei de anistia no Brasil e as alternativas para a verdade e a justiça em relação às graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar (1964-1985)*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica / Instituto de Hermenêutica Jurídica**. – Vol. 8, n. 8. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2010.

PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão; TORELLY, Marcello D.. *Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia*. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça**. – N. 7 (jan. / jun. 2012). – Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

POSTEMA, Gerald J.. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: contornos do conceito**. São Paulo: Outras Expressões – Dobra Universitário, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RADBRUCH, Gustav. Five minuts of legal philosophy. Trad. Bonnie Litchewski Paulson e Stanley Paulson. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 26, n. 1, 2006a, pp. 13-15.

RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 26, n. 1, 2006b, pp. 1-11.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. New York: Oxford University Press Inc., 1979.

RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain**. New York: Oxford University Press Inc., 1996.

RAZ, Joseph. *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism in* PAVLAKOS, George. **Law, Rights and Discourse. Themes of Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oregon: Oxford and Portland, 2007.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA FILHO, José Carlos Moreira; LENTZ, Rodrigo. *O caso Araguaia no sistema interamericano: um passo à frente na internacionalização do direito brasileiro*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica / Instituto de Hermenêutica Jurídica**. – Vol. 8, n. 8. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2010.

SCHOFIELD, Philip. Jeremy Bentham and nineteenth-century English jurisprudence. **The journal of legal history**, 12:1. Londres, 1991, p. 58-88.

SEBOK, Anthony, J.. Legal Positivism and American Slave Law: The Case of Chief Justice Shaw *in* DYZENHAUS, David (org.). **Recrafting the Rule of Law**. Oxford: Protland Oregon, 1999.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROS, Renata Furtado de. *O significado político e jurídico da legislação da anistia no Brasil*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica – vol. 8, n. 8, 2010.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional. In: GALUPPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Positivismo, Realismo e Moralismo jurídicos no debate sobre a responsabilização penal para os crimes da Ditadura Militar*. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição** / Ministério da Justiça. – N. 2 (jul. / dez. 2009). – Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. New York: Oxford University Press Inc., 2000.

TEITEL. Ruti. *Genealogía de la Justicia Transicional*. **Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile**, 2003.

TEITEL, Ruti. Ruti Teitel responde (entrevista a Marcelo D. Torelly). *In* **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n. 03, jan/jun. 2010.

TORELLY, Marcelo D.. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. **Revista anistia política e justiça de transição**. N. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 32-55.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) positivism *in* COLEMAN, Jules (org.). **Hart's postscript: essay on the postscript to the concept of law**. Oxford: OUP, 2002.

WALDRON, Jeremy. Can there be a Democratic Jurisprudence?. **Emory Law Journal**. Vol. 58, pp. 675-712, 2009.

WALDRON, Jeremy. Planning for Legality (Review Essay) (2011), 109, **Michigan Law Review**, Vol. 109, pp. 883, 2012.

WALUCHOW, W. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon, 1996.