ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

A ANISTIA MILITAR À LUZ DO ARGUMENTO DE INJUSTIÇA DE ROBERT ALEXY: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE DIREITO E VALIDADE

THE MILITARY AMNESTY UNDER THE ROBERT ALEXY'S INJUSTICE ARGUMENT: BRIEF OBSERVATIONS ON THE CONCEPT OF RIGHT AND VALIDITY

Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira*
Raquel Araújo Lima**

RESUMO: Este artigo pretende analisar, sob uma perspectiva teórica, se a anistia concedida no § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, pode ser considerada válida à luz do argumento de injustiça caracterizador da definição de Direito elaborada por Robert Alexy. Por meio de pesquisa hermenêutica, exploratória e descritiva, com técnica bibliográfica e documental, será feita uma análise do conceito alexyano de Direito com ênfase nos argumentos de correção e injustiça. Em seguida, será feita a descrição e análise do contexto nacional da edição da Lei nº 6.683/1979 e as implicações de suas medidas normativas. Em seguida, à luz da concepção de Direito proposta pelo jurista alemão, e sob o argumento de injustiça extrema, será analisado, criticamente, em que medida a anistia militar concedida pelo art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, pode ser considerada injusta para fins de consequente validação enquanto direito. Ao final, verificar-se-á que a anistia ampla e irrestrita concedida pelo referido dispositivo viola frontalmente princípios basilares de uma justiça de transição, necessária em sociedade em contexto de redemocratização como é o Brasil. Em que pese o STF, por meio da ADPF no 153, ter considerado constitucionalmente válida essa anistia, sob uma perspectiva teórica à luz da concepção alexyana de Direito, o fato dela ter sido ampla e irrestrita carreia em si uma injustiça extrema que destituiria sua validade.
Palavras-chave: Conceito de direito. Argumento de injustiça. Anistia militar.

ABSTRACT: This paper intends to analyze, under a theoretical perspective, if the amnesty from §1 of article 1 of the Law 6.683 (august 28, 1979) should be valid in the light of the

* Doutoranda em Direito e Desenvolvimento da Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professora Assistente da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Fortaleza – Ceará – Brasil.
** Doutoranda em Direito da Universidade de Brasília (UnB). Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professora Assistente da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Brasília – Distrito Federal – Brasil.

argument from injustice foreseen by Robert Alexy's concept of Law. Through a hermeneutic, exploratory and descriptive research, with bibliographic and documental techniques, it will be done an analysis of Alexy's concept of Law, with focus on arguments of correction and injustice. Subsequently, it will be done a description and an analysis of the national context which edited the Law 6.683/79 and its normative implications. Next, under the Law's conception by Robert Alexy, especifically the argument from extreme injustice, it will be analyzed if and how the military amnesty offered by article 1, §1 from the Law 6.683/79 could be considered unfair and if this condition compromises its value on the law system. At last, the conclusion is that the large and unrestricted amnesty offered by the Law 6683/79 breakes the basic principles of a justice of transition, required in a society in a redemocratization process, such as Brazil. Though the Supremo Tribunal Federal has considered the amnesty constitutionally valid under a theoretical perspective forged by Alexy, the large and irrestrictible amnesty carries in itself an extremely injustice that turns itself invalid.
Keywords: Concept of Law. Argument from injustice. Military amnesty.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DIREITO E JUSTIÇA: O CONCEITO DE DIREITO EM ROBERT ALEXY; 2.1 A FORMULAÇÃO DE UM CONCEITO NÃO POSITIVISTA DE DIREITO POR ROBERT ALEXY; 2.2 QUADRO CONCEITUAL; 2.3 A PRETENSÃO DE CORREÇÃO, O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA E O ARGUMENTO DE PRINCÍPIO; 2.4 A DEFINIÇÃO DE DIREITO EM ROBERT ALEXY; **3 A LEI Nº 6.683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979, A ANISTIA RECÍPROCA E A DECISÃO DA ADPF Nº 153; 4 A ANISTIA CONCEDIDA PELA LEI Nº 6.683/1979 À LUZ DO CONCEITO DE DIREITO DE ROBERTO ALEXY:** ANÁLISE DO ARGUMENTO DE INJUSTIÇA; **5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

O cenário jurídico após o advento da Constituição da República de 1988 passou por profundas mudanças, especialmente na hermenêutica jurídica. Uma constituição com espécies normativas dos tipos de regras e princípios passou a demandar do intérprete do direito um rigor hermenêutico que ultrapassasse os métodos clássicos até então utilizados. Sob esta influência, surge a denominada hermenêutica constitucional com supostos métodos de interpretação e aplicação normativos considerados mais adequados à nova dinâmica imposta pela Constituição.

De fato, esta nova etapa da história constitucional brasileira foi de crucial importância para as relações sociais e jurídicas no contexto de uma redemocratização. O chamado pós-positivismo, inaugurado no segundo pós-guerra, fortemente influenciado por um Estado que amparasse os direitos do cidadão, reaproximou o direito da moral, em nítido esforço de afastamento do positivismo imparcial que dominou o direito durante boa parte do século XIX e início do XX.

Nesse contexto de redemocratização nacional, um passado não muito distante insistiu em se fazer presente. A impunidade dos militares proclamada pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, foi pauta de discussão nesse contexto pós edição da Carta de 1988. Um dos pontos cruciais que chamou a atenção foi o seu artigo 1º, § 1º, que estabeleceu a anistia para todos que cometeram crimes políticos e/ou conexos. Os citados dispositivos legais foram alvo de diversos questionamentos jurídicos e políticos, principalmente porque a anistia concedida foi considerada recíproca, abrangendo, também, os crimes comuns praticados pelos agentes militares.

Em 2002, foram revistas a referida lei e determinados dispositivos legais, por ocasião da edição da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002. Dentre outras providências, regulamentou o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e estabeleceu definitivamente um marco na discussão sobre a tão aguardada justiça de transição no Brasil. Já em 2010, foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), na qual foram questionados os referidos dispositivos. O STF entendeu que não houve violação ao preceito da Carta de 1988 por apreender, em síntese, que a referida lei originou-se de um pacto entre sociedade civil e Estado. No âmbito internacional, algumas decisões sobre a auto anistia tem sido repudiadas, com base em tratados dos quais o Brasil é signatário. Uma das questões sobre a decisão é se a interpretação da lei quanto à anistia recíproca não seria injusta.

Uma teoria que pode ensejar o questionamento de justiça do referido dispositivo é a "Fórmula de Radbruch", que considera que direito injusto não é direito. Tendo esta fórmula como premissa, Roberto Alexy desenvolveu sua teoria do direito considerando a pretensão à correção e à justiça como elementos

necessários ao conceito de direito, além de uma mínima eficácia social e da conformação das normas (princípios e outros argumentos normativos) ao ordenamento. Direito, para ser "direito", deve ser justo e pretender à correção, o que significa que deve estar de acordo com valores morais que não violem os direitos humanos, a dignidade do ser humano. Assim, um dispositivo legal extremamente injusto não deveria ser considerado direito.

Considerando o artigo 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, e o argumento de injustiça como base da pretensão de correção suscitado no conceito de direito formulado por Alexy, o objetivo deste artigo é o de analisar, sob uma perspectiva teórica, se a anistia concedida por aquele dispositivo legal pode ser considerada válida à luz do argumento de injustiça formulado pelo jurista alemão.

Por meio de pesquisa hermenêutica exploratória e descritiva, com técnica bibliográfica e documental, será feita uma análise do seu conceito de Direito com ênfase nos argumentos de correção e injustiça, bem como a descrição e análise do contexto nacional da edição da Lei nº 6.683/1979 e as implicações de suas medidas normativas. Em seguida, à luz da teoria alexyana do direito e sob o argumento de injustiça extrema, será analisado, criticamente, em que medida a anistia militar concedida pelo art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, deve ser considerada injusta para fins de consequente validação enquanto direito.

Para tanto, pretende-se analisar o conceito de Direito estabelecido pela obra de Robert Alexy, especificamente pelo seu livro "Conceito e Validade do Direito", por meio do qual analisa a vinculação necessária ou não entre direito e moral, a partir do argumento de injustiça proposto por Gustav Radbruch, em fase não positivista pós-Segunda Guerra Mundial.

Com base na definição de Direito proposta pelo jurista Alemão, será analisado o § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/1979, a denominada Lei da Anistia, por meio da qual foi concedida anistia a todos que cometeram crimes políticos e/ou conexos durante o denominado período de ditadura militar, que foi de 1964 a 1985. Tal circunstância foi alvo de diversos questionamentos tanto na comunidade jurídica quanto na sociedade civil, por entender que isto violaria os fundamentos de um processo de redemocratização pelo qual o país ansiava, especificamente, violaria os princípios de uma justiça de transição que se pretendia

instaurar com a novel ordem jurídica que despontava em um horizonte não tão distante (MEYER, 2015).

Diante do referencial teórico proposto e analisado o dispositivo normativo pretendido, pode-se concluir que a anistia ampla e irrestrita concedida pelo § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/1979 viola frontalmente princípios basilares de uma justiça de transição, necessária em sociedade em contexto de redemocratização como é o Brasil. Em que pese o STF, por meio da ADPF nº 153, ter considerado constitucionalmente válida essa anistia, sob uma perspectiva teórica à luz da concepção alexyana de Direito, o fato dela ter sido ampla e irrestrita carreia em si uma injustiça extrema que destituiria sua validade.

2 DIREITO E JUSTIÇA: O CONCEITO DE DIREITO EM ALEXY

Definir o que é direito não é fácil e é possível que nenhum conceito até agora seja suficientemente completo. Entretanto, a conceituação e definição de direito fazem-se necessárias para que se possa identificar o que pode ser considerado como elemento pertencente a este sistema. Aliás, entender o direito como um sistema já é uma das formas de compreensão do direito.

Para definir algo é necessário considerar quais os elementos que o constituem. No caso do direito, há duas correntes doutrinárias, opostas, que buscam contemplar o que é direito a partir de uma necessária vinculação entre direito e moral (corrente dos não positivistas), ou ausência desta vinculação (correntes positivistas).

A corrente que assume uma postura positivista defende a tese de que o direito e a moral devem ser dissociados, não perturbando os elementos morais da sociedade naquele[1]. A solução de controvérsias jurídicas deve valer-se, apenas, dos elementos fornecidos pelo direito positivado. Já a corrente que assume

1 "Todas as teorias positivistas defendem a tese da separação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como é ou como deve ser. O grande positivista jurídico Hans Kelsen resumiu essa ideia na seguinte fórmula: 'Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito" (ALEXY, 2011, p. 15).

a postura não positivista defende que o direito possui vinculação com a moral, ainda que possa ter diferentes graus de vinculação. Assim, as controvérsias jurídicas devem ser resolvidas considerando não apenas o direito positivado, mas, também, critérios de justiça, de correção do ordenamento jurídico e de princípio, por exemplo.

Imprescindível para a conceituação de direito é a já mencionada vinculação – ou não – com a moral. Inúmeros são os autores que tentaram explicar tal relação, merecendo destaque o jusfilósofo alemão Gustav Radbruch (1997). Em sua obra após o período da Segunda Guerra Mundial, percebe-se sua crítica ao direito positivista que, em seu entendimento, levou a humanidade a consagrar um Direito acrítico, que por diversas vezes não era útil ao povo[2].

> Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. [...]
> Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o carácter de jurídicas (RADBRUCH, 1997, p. 416).

A concepção de Direito próxima à de moral e justiça ultrapassou gerações e influenciou e influencia até os dias de hoje. Robert Alexy, célebre jurista alemão, se valeu de tais premissas para analisar o conceito de Direito e a tese de sua vinculação à moral. No conjunto de sua obra, a partir de uma ótica não positivista, o jurista alemão trata a pretensão de correção como um elemento definidor do conceito de direito, que deve, necessariamente, envolver três elementos: legalidade conforme o ordenamento, eficácia social e correção material (ALEXY, 2009, p. 15; ALEXY, 1999, p. 23).

2 A obra de Gustav Radbruch divide-se antes da Segunda Guerra e depois da Segunda Guerra, quando passou a defender que o Direito deve ser útil ao povo, bem como justo. Não seria Direito aquele que prejudica o povo, que não tivesse por finalidade a justiça.

> [...] o decretado e o eficaz formal, o lado fático e institucional do direito, o correto, a sua dimensão ideal e discursiva. Minha tese é que um conceito de direito adequado, somente então, pode nascer, quando ambos os lados são enlaçados (ALEXY, 2011, p. 20).

A conexão entre estes elementos é que subsidiará a tese de um direito correto.

No conceito positivista, o elemento de pretensão de correção é desconsiderado. Decorrem da relação dos outros dois elementos os inúmeros conceitos positivistas, sendo comum a todas elas a tese da separação do direito e da moral (ALEXY, 2009, p. 24). Os positivistas defendem que a ideia do que deve ser o direito não se confunde com o que ele de fato é.

Já no conceito não positivista inclui-se o elemento de pretensão à correção. Também neste conceito, os elementos se relacionam e ensejam diversos conceitos, a depender do privilégio de um ou outro elemento.

Diante de tais considerações, será feita agora uma breve incursão na obra de "Conceito e validade do Direito", de Robert Alexy, na qual procura elaborar um conceito não positivista de Direito, a partir de uma elaborada e intrincada construção teórica que segmenta as perspectivas de tal conceito sob uma ótica pragmática e técnica. A partir de sua experiência como matemático, Alexy desenvolve seus argumentos a partir de um quadro conceitual destacando precisamente qual a perspectiva que deve ser considerada para que se considere como válido o conceito de Direito apresentado.

2.1 A FORMULAÇÃO DE UM CONCEITO NÃO POSITIVISTA DE DIREITO POR ROBERT ALEXY

Para formular o conceito de direito, Robert Alexy vale-se de uma robusta argumentação em torno da necessária vinculação entre direito e moral. Seus argumentos partem das críticas que faz aos conceitos positivistas que defendem a não vinculação entre tais elementos. Ao analisar os conceitos positivistas (os

que consideram apenas os elementos da legalidade e da eficácia), conclui ser comum a todos a tese da não vinculação (ALEXY, 2009, p. 24).

Seu conceito de direito é fruto de uma argumentação sobre a pertinência ou não da vinculação entre direito e moral; os conceitos "formulam o resultado de uma argumentação, sem, contudo, exprimir os argumentos que as sustentam" (ALEXY, 2009, p. 25).

Os argumentos que sustentam ou derrubam a tese da vinculação podem ser classificados em normativos ou analíticos/conceituais. Os argumentos de ordem analítica/conceitual se referem a três possibilidades quanto à vinculação: a) tal conexão é impossível; b) é possível, mas não necessária; c) é possível e necessária (ALEXY, 2009, p. 25-27).

O positivista, por acreditar não haver vinculação entre direito e moral, deve defender a tese da impossibilidade de tal conexão, ou seja, a definição de direito não deve considerar elementos de ordem moral. Argumentos do tipo 'justiça', 'virtude' ou qualquer outro que envolva a moral devem ser desconsiderados. Para a versão não positivista, restam a possibilidade de uma conexão possível, mas que pode ser necessária ou não. Aí variam as teses da vinculação forte ou fraca defendidas pelos não positivistas.

Mas os argumentos conceituais têm um alcance limitado na defesa da tese não positivista do direito. Para ampliar a força em defesa desta tese, fazem-se necessários os argumentos normativos.

Os argumentos normativos para a sustentação de determinado conceito de direito, sejam eles positivistas ou não, são aqueles oferecidos pelo próprio sistema jurídico, os quais demonstram que a inclusão ou não de elementos morais nesta definição são necessários para que se alcance determinado objetivo ou que se cumpra uma finalidade da norma (ALEXY, 2009, p. 28). Assim, a "necessidade" dos argumentos normativos deve ser tomada em acepção ampla, pois se trata, na verdade, de uma contingência do sistema jurídico, e não da definição em si, como ocorre com os argumentos conceitualmente necessários.

Ao desenvolver o raciocínio sobre a necessidade dos argumentos analíticos/conceituais e normativos para sustentação de determinada definição de direito, o jurista afirma que por se tratar de um termo vago, ambíguo, a análise puramente

conceitual não seria suficiente para a sustentação de um conceito, o que por si só já denuncia a necessidade de argumentos normativos (ALEXY, 2009, p. 27).

A partir de tais premissas, conclui-se que a conexão entre direito e moral não é conceitualmente impossível, pois uma norma pode ser conforme o ordenamento e socialmente eficaz, mas contrária a princípios fundamentais, o que demonstraria uma vinculação necessária entre direito e moral.

Seu conceito de direito estrutura-se na existência de conexões conceitualmente e normativamente necessárias entre direito e moral: conceitualmente, devido à ambiguidade do termo que impossibilita uma acepção puramente analítica; e normativamente necessária, porque nos conceitos possíveis a utilização de elementos que remete a uma moral são necessários para que se alcance a finalidade da norma ou um determinado objetivo.

2.2 QUADRO CONCEITUAL

A tese da existência de conexões normativamente e conceitualmente necessárias é defendida mediante exposição de quadro conceitual com cinco distinções: conceitos de direito isentos de validade e conceitos de direito não isentos de validade; sistemas jurídicos como sistemas normativos e como sistemas de procedimentos; perspectiva do observador e perspectiva do participante; conexões classificadoras e conexões qualificadoras; e o já descrito contexto conceitualmente necessário e normativamente necessário, bem como suas combinações (ALEXY, 2009, p. 28-33).

Já na primeira distinção, tem-se uma definição de direito que considere o conceito de validade. Quanto aos sistemas jurídicos, que podem ser normativos ou procedimentais, relata que estes são sistemas de ações baseadas em regras e por ela direcionadas, as quais permitem que normas sejam promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impostas; já aquelas seriam resultado dos procedimentos que criam as normas.

No que se refere à perspectiva do observador e à do participante, Alexy argumenta que esta é a posição daquele que integra a argumentação sobre as decisões e mandamentos do ordenamento, enquanto que o observador apenas questiona sobre o que é válido a fim de se adequar ou não ao sistema.

Quanto às conexões que podem haver entre direito e moral, podem ser classificadoras, que consideram normas e sistemas normativos em jurídicos ou não, a depender se seguem ou não determinados critérios de moral; e as qualificadoras, que distinguem normas ou sistemas jurídicos em defeituosos ou não, caso sigam determinados critérios de moral.

A fim de defender o conceito de direito não positivista proposto, é feita uma análise dos elementos de definição de direito já apresentados anteriormente (o da legalidade, o da eficácia e o da pretensão de correção) sob a ótica das distinções acima mencionadas.

Na perspectiva de um observador que contempla normas individuais em um sistema jurídico considerado válido e que questiona sobre conexões classificadoras, por exemplo, argumenta-se que a tese positivista da separação é correta. Assim, o argumento da injustiça elaborado por Radbruch não pode ser aceito neste contexto. Ainda na perspectiva do observador, no que tange a sistemas normativos, questionamentos sobre conexões classificadoras, "ou seja, que pretende saber se a infração de exigências morais de qualquer ordem priva de um sistema normativo o caráter de um sistema jurídico" (ALEXY, 2009, p. 38), devem necessariamente passar pela análise do "argumento de correção" (ALEXY, 2009, p. 41). Os sistemas que não pretendam à correção não podem ser considerados sistemas jurídicos.

Desse modo, o argumento de correção é uma conexão classificadora, sob a ótica do observador.

Na perspectiva do participante "a tese da separação é inadequada, e a da vinculação, é correta" (ALEXY, 2009, p. 42). Para fundamentar essa afirmação, devem ser considerados três argumentos: o da correção, o da injustiça e o dos princípios.

O argumento da correção exige que o participante formule uma pretensão de correção ao criar ou aplicar a lei. Em um sistema aberto de regras e princípios, válido, a aplicação do direito deve se dar de modo a perseguir a correção das condutas em acordo com este sistema. Pode ou não ter implicações de ordem morais, mas é fato que deve ter conformidade com o sistema no qual está inserido. Daí se afirmar que o argumento de correção é, no mínimo, uma conexão qualificadora, pois a norma ou sistema que não pretende à correção poderá até

ser considerado jurídico, mas será defeituoso. Os argumentos de injustiça e de princípio é que auxiliam o argumento de correção a afirmar a conexão conceitual existente da vinculação do direito com a moral (ALEXY, 2009, p. 43-48).

Já o argumento de injustiça é analisado quanto a normas individuais ou a sistemas jurídicos. No caso das normas individuais, o argumento de injustiça pode ser uma conexão qualificadora quando, apesar de ser injusta, ela é aceita pelo ordenamento; e classificadora quando se tratar de uma injustiça extrema, "um grau insustentável" (ALEXY, 2009, p. 48), o que ensejará a perda da qualificação de jurídica.

2.3 A PRETENSÃO DE CORREÇÃO, O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA E O ARGUMENTO DE PRINCÍPIO

Em seu conceito de direito não positivista, a pretensão de correção é reforçada pelo argumento de injustiça e de princípios. Promover a correção consiste em afirmá-la, garantia que seja possível sua fundamentação e a esperança de que a mesma seja reconhecida (ALEXY, 1999, p. 24).

Inicialmente, convém destacar que a pretensão de correção é considerada possível (1999, p. 24), apenas, na perspectiva do participante. Ao promover a correção, os agentes se comprometem com uma fundamentação necessária que justifique essa posição. Isso que fornece a perspectiva de que a pretensão de correção seja reconhecida e fundamentável.

Outrossim, ao reconhecer que os participantes de um sistema jurídico formulam pretensão de correção nos mais diversos níveis, isto não quer dizer que elementos morais fazem parte do direito. Tem-se, aí, uma conexão conceitualmente necessária, mas não uma comprovação de que há vinculação entre direito e moral (ALEXY 2009, p. 47).

Seguindo com a sua argumentação, o autor pretende demonstrar a vinculação entre direito e moral, baseada na pretensão de correção, agora com o argumento de injustiça e princípios.

> O argumento de injustiça é baseado na fórmula de Radbruch: o conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvi-

> do 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 a justiça (ALEXY, 2009, p. 34)

O argumento de injustiça como argumento para comprovação da tese da vinculação é exposto em sua obra sob análise dos argumentos contra a utilização desta fórmula. Percebe-se que não há uma definição ou esclarecimento de como identificar uma norma ou sistema como extremamente injusto a ponto de classificá-la como não direito. O jurista analisa o argumento de injustiça sob a perspectiva do participante com relação a normas jurídicas e a sistemas normativos (ALEXY, 2009, p. 48).

Quanto às normas individuais, o autor analisa diversos "contras" e "a favor" da utilização da fórmula de Radbruch. No argumento de segurança jurídica[3], os críticos da tese não positivista aqui explanada afirmam que a utilização do argumento de injustiça põe em risco a segurança jurídica. Entretanto, refuta esta tese ao afirmar que não há comprometimento significativo deste princípio, porque a fórmula de Radbruch alcança apenas casos de injustiça extrema. Adepto de uma tese fraca de vinculação entre direito e moral (onde não há a perfeita identificação entre normas jurídicas e normas morais), não é qualquer norma injusta que deve ser desconsiderada como direito; somente as normas extremamente injustas.

Nos casos mais extremos, em que seria difícil identificar como extrema determinada injustiça, Alexy (2009, p. 63) reconhece que o princípio da segurança jurídica poderia restar comprometido.

> Contudo, em comparação com as inseguranças as quais a reconhecimento do direito está associada de forma bastante genérica, isso quase não tem importância. Por isso, a tese não positivista

3 Os demais argumentos não serão aqui analisados. A segurança jurídica é um elemento considerado no argumento central da problemática deste artigo. Daí nos atermos principalmente a este argumento. Para uma leitura completa da analise dos argumentos, ver Alexy (2009).

> da vinculação leva, quando muito, a uma perda mínima da segurança jurídica.

Alexy também pondera que, apesar de ser um dano o comprometimento da segurança jurídica em alguns casos, não se trata de um princípio de valor absoluto. Deve-se considerar, também, o valor da justiça material como contraponto ao valor da segurança jurídica.

No que se refere à aplicação deste argumento de injustiça a sistemas normativos, afirma-se que as consequências desta aplicação não vão além daquelas de sua aplicação a normas individuais. Daí, atermos apenas à aplicação a normas individuais (ALEXY, 2009, p. 83).

Por fim, ainda com relação aos argumentos de correção e de injustiça, tem-se os argumentos de princípios, os quais são necessários para sustentar os outros argumentos em um sistema normativo aberto – premissa que acredita ser comum tanto a positivistas quanto não positivistas.

Sua tese sobre os princípios como mandamentos de otimização, célebre em sua teoria sobre os direitos fundamentais, é resgatada a fim de afirmar a vinculação entre direito e moral. Os princípios, como tais, devem ser aplicados na maior medida possível, dadas as possibilidades reais e jurídicas – daí haver a possibilidade de diversos graus de aplicação destes princípios. Aliás, a aplicação de princípios se dá mediante a fórmula da ponderação (ALEXY, 2009, p. 84-85).

Nos argumentos de princípios, defende-se que estes funcionam como uma conexão qualificadora entre direito e moral. Por meio da tese da incorporação, defende que todo sistema minimamente desenvolvido conta com princípios; por isso, um conceito de direito que desconsidere elementos morais desconsidera, também, princípios, pois, estes fundamentam-se em um sistema valorativo. Já com a tese – a da moral – sustenta que, porque todo sistema conta com princípios, e que estes, ainda que em graus distintos contem com um referencial valorativo suprapositivo, pode-se afirmar que há conexão necessária entre direito e (alguma) moral – o juiz, ao aplicar um princípio, aplica, também, este referencial valorativo.

Por fim, ao invocar a tese da correção (ALEXY, 2009, p. 94), demonstra-se que há uma conexão necessária entre direito e moral, mas não uma moral

qualquer[4]. Ao considerar que um sistema normativo baseado em uma lei fundamental que prima por valores básicos como dignidade da pessoa humana, liberdade, segurança, igualdade e estado de direito, por exemplo, exigem do partícipe uma aplicação da lei voltada para a satisfação deste ideal de direito consagrado. A aplicação de princípios deve atender a uma pretensão de correção.

Diante do exposto, é possível concluir que a tese alexyana defende uma vinculação entre direito e moral, se considerada uma norma individual sob a perspectiva do partícipe. Os argumentos de injustiça, correção e princípios justificam tal vinculação, que se torna evidente diante de normas que, *a priori*, são consideradas injustas. A pretensão de correção exige do partícipe uma conduta que pretenda a elaboração/aplicação de um direito correto. Já o argumento de injustiça proposto funciona como uma espécie de "crivo" de moralidade: se ultrapassado determinado limite, a norma será considerada injusta e, por conseguinte, não é direito. Por considerar uma tese fraca da vinculação, nem toda norma tida como injusta deve ser desconsiderada – somente as extremamente injustas.

Edna Torres Felício Câmara (2013, p. 121) sintetizando a ideia do autor, afirma que ele:

> [...] parte da premissa de que o direito, necessariamente, formula uma pretensão 1ª correção (tese da vinculação entre direito e moral) e isso significa, portanto, que a relação entre direito e moral é necessária, de maneira que há uma relação conceitual entre direito e moral.

4 O element de pretensão de correção foi duramente criticado pelo jurista Eugenio Bulygin. adepto de uma concepção positivista do Direito, especialmente por sua forte influência de H.L.A.Hart. As principais divergências entre os juristas se dão não pela tese da vinculação ou não à moral, mas como esta pode influenciar na definição de um conceito de Direito. Se para Alexy, a relação é conceitualmente necessária, para Bulygin ela é meramente contingente. Houve uma troca de correspondências entre os juristas, que tentaram demonstrar que seus argumentos estavam corretos, o que leva a crer que a divergência se dá, especificamente, devido a diferentes bases teóricas utilizadas por eles. Para entender um pouco mais sobre a polêmica, recomenda-se a leitura de Alexy, Robert.; Bulygin, Eugenio. **La pretension de corrección del derecho:** la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

O argumento de injustiça se aplica aos casos que mesmo com a pretensão de correção, há injustiça extrema que poderia tornar inadequado o conceito de direito. A delimitação do que deve ou não ser considerado injusto fica por conta dos princípios, pois, em um sistema normativo com estrutura aberta, eles norteiam os valores compreendidos por este sistema; são os princípios que fundamentam juridicamente decisões em casos difíceis. A fundamentação baseada em princípios torna evidente a conexão necessária entre direito e moral.

2.4 A DEFINIÇÃO DE DIREITO EM ROBERT ALEXY

Toda a descrição dos argumentos de Alexy (2009, p. 151) feitas até agora levam o jurista a formular a seguinte definição de direito:

> 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.

Diante de todo este estudo, e com base na conceituação de direito proposta, será feita a análise da Lei nº 6.683, de 1979, e a concessão da anistia por ela promovida. Verificar-se-á se a norma individual inserida no texto normativo desta lei possui uma injustiça extrema que a considere inválida. Para tanto, valer-se-á dos elementos definidores do direito: argumento de correção, argumento de injustiça e argumento de princípios.

Esta concepção de direito revela sua intrínseca relação com a moral, relação esta que foi ressaltada pelo jurista alemão. Ao destacar a pretensão de correção como essencial a uma definição de direito, por si só, carreia aspectos morais

que definiriam o que seria considerado correto. A ideia de justiça traz em si um pouco de aspectos morais, pois assim como a moral pode variar de uma sociedade para outra, algo pode ser justo em uma civilização oriental e não o ser em uma civilização ocidental.

O fato é que direito e moral estão interligados e um sistema normativo que se pretende justo deve considerar em si próprio os aspectos morais que o permeiam. Nos próximos itens serão apresentadas as circunstâncias que permearam a elaboração da denominada lei de anistia, período que estava em vigor a ditadura militar. Oficialmente, os padrões éticos e morais considerados para o Direito então vigente à época eram unilaterais e impostos hierarquicamente pelos militares à sociedade civil; o desvio ao padrão "moral" imposto sujeitava o cidadão a duras penas, por que não dizer, sevícias. As leis editadas em meio a esse rígido controle moral deveriam ser consideradas justas? O Direito verificado neste período, com benefícios e méritos à pequena parte da população em detrimento de outra parte, poderia ser considerado "Direito" nos termos propostos por Robert Alexy? É o que se pretende analisar a seguir.

3 A LEI Nº 6.683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979, A ANISTIA RECÍPROCA E A DECISÃO DA ADPF Nº 153

Nas décadas de 1960 e 1970, o Brasil vivenciou uma parte triste de sua história. O golpe militar de 1964 perdurou até 1985 e foi ocasionado por um suposto "combate" a um socialismo que avançava nos países da América Latina. Com este golpe, houve o cerceamento de inúmeras liberdades individuais e o Estado, investido de poder, passou a "resguardar" a segurança e o que se entendia por "Estado democrático de Direito" por todos os meios possíveis e até imorais. A doutrina da segurança nacional, implementada pela Escola da Segurança Nacional, promoveu toda sorte de atrocidades contra civis sob o fundamento de proteção da sociedade e da segurança da pátria.

Durante o período de vigência da ditadura militar, especificamente após a edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, inúmeros são os relatos de pessoas desaparecidas, direitos civis cerceados, cassação, exílio,

banimento, tortura institucionalizada, censura prévia, entre outros[5]. Este período também foi marcado pela luta de civis contra o regime ditatorial. Suas famílias também iam às ruas clamar pela devolução dos direitos de seus parentes – vivos ou mortos. Na década de 1970, houve uma intensa luta pela anistia aos presos políticos para que pudessem retornar ao seu país.

Movimentos populares dos mais diversos segmentos levantaram a bandeira da anistia, com especial destaque à luta do Movimento Feminino pela Anistia (MFPA), comandado por Terezinha Zerbini. A luta encabeçada por este movimento reivindicava uma anistia ampla, geral e irrestrita, não aceitando a anistia parcial e repudiando a anistia recíproca (SOUSA JUNIOR *et al.*, 2015, p. 109).

Em 28 de agosto de 1979, o Poder Executivo sancionou a Lei nº 6.683, que concedeu a anistia a todos aqueles que praticaram crimes políticos e os a ele conexos. Assim, todo aquele que cometeu crimes considerados políticos – ou a ele conexos, estava anistiado.

A edição da referida lei causou bastante polêmica, principalmente pelo fato de que os militares também foram agraciados com a anistia. Com a perspectiva do fim da ditadura militar, acredita-se que esta foi uma estratégia do governo para que os atos praticados durante este período não fossem punidos em período posterior. Os movimentos organizados da sociedade contestou a referida norma, especificamente no seu art. 1º, § 1º[6], uma vez ter sido dada interpretação ampla para abranger os agentes que praticar atos de tortura contra perseguidos políticos. Para citar alguns dos atos, tem-se assassinato, tortura por meios considerados desumanos, como mutilação de órgãos genitais, estupro, sumiço de corpos, entre tantas outras atrocidades relatadas em inúmeros documentos produzidos neste

5 As fontes de tais informações são os inúmeros relatos da Comissão Nacional da Verdade, além de documentos acadêmicos produzidos sobre a época da ditadura, disponibilizados no sítio eletrônico do Ministério da Justiça (SOUSA JUNIOR *et al.*, 2015).

6 Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.
§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

período[7]. Outro questionamento era se tais crimes eram considerados políticos ou comuns; a depender disso, os militares poderiam ser processados e julgados pelos atos praticados durante o período militar.

A Ordem dos Advogados do Brasil promoveu uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (ADPF nº 153), na qual intentou a declaração de não recebimento do referido dispositivo da Lei nº 6.683/1979 pela Constituição de 1988. A OAB sustentou que a recepção destes dispositivos "violam o dever do Poder Público de não ocultar a verdade; os princípios democráticos republicanos, e o princípio da dignidade da pessoa humana" (BRASIL, 2010, p. 6).

O pedido da OAB foi que o Supremo Tribunal Federal dê à Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979:

> […] uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos 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 os opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985) (ORDEM..., 2008, p. 17).

Para tanto, pediu, inicialmente a não recepção da Lei nº 6.683/1979; subsidiariamente, que a interpretação em prol da anistia recíproca seja considerada inconstitucional.

Durante a tramitação do processo, o Ministro Relator Eros Grau rejeitou a realização de audiência pública sob o argumento de já ter decorrido considerável lapso temporal entre o ingresso da ação e o pedido da audiência – além de considerar bastante a instrução para fins de julgamento. Quando das preliminares, rejeitou todas, passando para a análise do mérito.

O Ministro analisou os argumentos em duas frentes: primeiramente, se a referida lei foi recepcionada pela Carta Republicana de 1988; em seguida, o

7 No caso do presente artigo, inúmeros foram os documentos oficiais consultados, destacando-se o Dossiê *Ditadura: mortos e desaparecidos políticos (1964-1985)*. São Paulo, Imprensa Oficial, 2009. Disponível na biblioteca do Congresso Nacional, no endereço virtual <http://docvirt.no-ip.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=BibliotBNM&PagFis=5617&Pesq=>.

pedido de ser considerada conforme a Constituição a interpretação de que a "anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos" (BRASIL, 2010, p. 14).

Em resumo, seus argumentos foram os de que: a) "todo texto será obscuro até ser interpretado" (BRASIL, 2010, p. 16); b) "caracteriza a anistia é sua objetividade, liga-se a fatos, não estando direcionada a pessoas determinadas; é para ser concedida a pessoas indeterminadas"; c) "negar vigência à lei de anistia é negar vigência a todas as leis do período militar", comprometendo o princípio da segurança jurídica[8].

Quanto ao pedido referente à interpretação, o Relator afirmou que a anistia concedida no art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979 foi bilateral, e abrangeu não só os opositores civis ao então Estado de exceção quanto os agentes públicos que o defendiam (BRASIL, 2010, p. 25); afirmou que a jurisprudência da Corte no sentido de que anistia concedida em períodos de exceção eram todas amplas e bilaterais. Argumentou, ainda, que anistias já consumadas não podem ser alcançadas por leis e atos normativos posteriores à sua concessão, como é o caso da Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1987); Art. 5º, XLIII, da Carta da República de 1988; definição de tortura na Lei nº 9.455/1997 (BRASIL, 2010, p. 36-37). Que a transição democrática se deu em virtude deste acordo político com a ampliação da anistia para todos os que praticaram crimes políticos e a eles conexos, incluindo os agentes públicos (BRASIL, 2010, p. 38).

Ao final, julgou improcedente a ação.

A decisão não foi bem aceita pelos movimentos que visam à reparação de direitos violados no período da ditadura militar. Entendeu-se que houve uma extrema injustiça por parte da Corte Suprema brasileira ao reconhecer o perdão legal aos militares que praticaram crimes de tortura e violação de direitos humanos. Associações de vítimas e parentes de desaparecidos no período da ditadura militar patrocinam a causa em prol do processamento e julgamento destes militares.

8 Para uma análise mais precisa, veja a íntegra dos votos. (BRASIL, 2010).

A compreensão desta insatisfação popular exige a compreensão do sentido de anistia.

A anistia é um instrumento político utilizado para o perdão de crimes cometidos até determinado momento, seja por motivos políticos ou não. O Brasil já editou diversas leis concedendo anistia no caso de crimes políticos, especialmente após períodos considerados ditatoriais como era Vargas (1930-1945) e, mais recentemente, a ditadura militar de 1964 a 1985.

A anistia concedida por meio da Lei nº 6.683/1979, como já mencionado, veio a iniciar o processo de democratização do contexto militar vivido à época. Muitos movimentos da sociedade civil organizada lutaram pelo fim da ditadura e por uma redemocratização brasileira, a iniciar-se com a anistia daqueles que resistiram contra o regime. Acredita-se que a anistia propagada nos termos desta lei teve um sentido de esquecimento e impunidade, por ter sido pouco precisa quanto aos seus destinatários (ABRAÃO; TORELLY, 2012). Além do mais, a lei foi editada por aqueles que seriam agraciados com a medida da anistia – seria uma espécie de autoanistia, repudiada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no caso Gomes Lund[9].

Com a promulgação da Carta da República de 1988, a sociedade se abriu para um novo contexto democrático. No momento da transição de um regime para outro, muitos foram os questionamentos sobre como o passado iria ser acolhido por estes novos tempos. Coube às disposições constitucionais transitórias iniciar a transição entre estes regimes, depositando ao legislador ordinário a incumbência de continuar com as transformações exigidas pela sociedade. Neste ínterim, foi editado o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que muitos acreditam ter sido a forma que o constituinte encontrou para amenizar os impactos causados pela edição da lei de anistia.

Em sua redação, o dispositivo transicional deixou claro que os agraciados com a anistia seriam aqueles atingidos pelos atos de exceção (*caput* do art. 8º), "aos perseguidos políticos, e não aos perseguidores" (ABRAÃO; TORELLY, 2012, p. 366) o que ressaltaria o caráter de anistia enquanto liberdade e reparação. Esta tese é fortalecida ao afirmar que o constituinte estabeleceu como fundamento da

9 Sobre o caso, consultar "Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia (CIDH, 2010).

República a dignidade do ser humano, bem como estabeleceu em seu art. 5º que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inciso III), e que são insuscetíveis de graça ou anistia, além de inafiançável, a prática de atos de tortura (inciso XLIII).

Um outro sentido que tem sido conferido à anistia é o de verdade e justiça. Este tem sido propagado pelos países latino-americanos que passaram por um contexto de ditadura semelhante ao brasileiro, como foi o caso da Argentina e Chile. Assim, entende-se que a anistia deve promover a liberdade dos perseguidos políticos, revelar os fatos ocorridos durante o período da ditadura e promover o devido julgamento dos que praticaram toda sorte de crimes contra a dignidade do ser humano (SOUSA JUNIOR *et al.*, 2015, p. 151-153).

Oportuno ressaltar que a anistia se enquadra dentro de um contexto de justiça de transição, entendida como um conjunto de processos e mecanismos políticos e judiciais, mobilizados por sociedades em conflito ou pós conflito para esclarecer e lidar com legados de abusos em massa contra direitos humanos, assegurando que os responsáveis prestem contas de seus atos, as vítimas sejam reparadas e novas violações impedidas (SOUSA JUNIOR *et al.*, 2015, p. 151). Compreender a anistia como liberdade, esquecimento ou justiça faz diferença no contexto de justiça transicional vivenciado pelo Brasil, que só recentemente tem avançado significativamente nas medidas de reparação e resgate de sua memória.

O Brasil é signatário de inúmeros tratados internacionais que o compelem a uma atuação protetora de direitos humanos e de combate a práticas de tortura[10]. O contexto na Carta Republicana de 1988 revela um sistema normativo voltado à proteção do indivíduo em sua complexidade, com direitos e garantias assegurados interna e externamente. Ter como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre

10 Declaração Universal dos Direitos Humanos (adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948); Declaração e Plataforma de Ação da 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim, 1995); Protocolo de Palermo (relativo ao tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças) – promulgado pelo Decreto nº 5.017, de 12/3/2004; Pacto de São José da Costa Rica (ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos) – promulgado pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992, dentre outros.

iniciativa e o pluralismo político denotam seu caráter humanista e universal, com respeito ao indivíduo e sua complexidade.

Assegurar no rol do seu art. 5º inúmeros direitos fundamentais, conferindo destaque à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como retratar como inafiançável e imprescritível o crime de tortura nos revela um sistema normativo aberto de regras e princípios baseado em valores caros à sociedade.

Desse modo, o sentido de anistia que se depreende da Carta Republicana de 1988 é o de liberdade, memória e justiça é a concepção que se mostra latente do texto constitucional. O mesmo sentido não se pode compreender dos relatos constantes em documentos oficiais da época da edição da Lei nº 6.683/1979, tal como relatado pelo STF, que foi o de esquecimento – e porque não acrescer, impunidade.

4 A ANISTIA CONCEDIDA PELA LEI Nº 6.683/1979 À LUZ DO CONCEITO DE DIREITO DE ROBERTO ALEXY: ANÁLISE DO ARGUMENTO DE INJUSTIÇA

O conceito de Direito construído por Alexy tem em seus elementos definidores a pretensão à correção, a conformidade ao ordenamento posto e um mínimo de eficácia social. A pretensão de correção é considerada um elemento essencial para identificar a necessária conexão que há entre direito e moral, juntamente com os argumentos de injustiça e de princípios.

Na construção de sua teoria, o autor exibe o sistema jurídico e as normas individuais, sob a perspectiva do participante, principalmente o elemento da pretensão de correção. Na análise de normas individuais, este elemento consiste em uma conexão conceitualmente necessária, que identifica claramente a vinculação do direito à moral – ou ao menos a elementos morais. Em sendo considerado direito, porque pretende à correção, verifica-se se há uma injustiça extrema que ultrapasse o limiar aceitável estabelecido pela moral identificada no sistema jurídico a partir dos princípios que nele foram incorporados.

A análise do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, à luz da teoria aqui apresentada, exige-se a delimitação da perspectiva adotada.

Para efeitos deste artigo, a perspectiva será a do partícipe, ou seja, uma análise de como o juiz deveria aplicar/considerar o referido dispositivo; ou até mesmo representantes de movimentos sociais, legitimados constitucionalmente para ações constitucionais, vítimas de perseguição política, ou pessoas atingidas por seus efeitos, entre outros.

Embora a análise seja de uma norma individual, é preciso compreender de qual sistema normativo ela faz parte e assim considerar o contexto valorativo que fundamenta a concepção de direito utilizada. Para Alexy, é essencial que se identifique o sistema e quais os princípios que o norteiam. Embora se trate de uma lei editada em 1979, o sistema normativo considerado é o de 1988, pois a polêmica em torno do dispositivo diz respeito à sua recepção pela Carta de 1988.

Agora, cabe a identificação dos elementos centrais do conceito de direito formulado por Alexy: se a norma analisada possui eficácia social, se está em conformidade ao ordenamento e se pretende à correção.

Sobre a eficácia social da norma, desde sua edição a mesma produziu efeitos e foi aceita, ao menos em parte. Os perseguidos políticos foram anistiados e considera-se que a lei tenha alcançado seus objetivos.

Quanto à sua concordância com o ordenamento, é preciso entender o sentido da lei e se o mesmo está compreendido no contexto normativo da Carta de 1988. Se for considerado que a anistia é um instituto de perdão de crimes políticos ocorridos em um regime de exceção, e que da Constituição depreende o sentido de não aceitação de crimes políticos, de proclamação de liberdades individuais, de direito de reunião, além de não aceitação da tortura (inafiançável e imprescritível), fundamentada na dignidade do ser humano, objetivando à igualdade entre povos, dentre tantos outros fundamentos que a identificam como uma Carta cidadã, pode-se afirmar que o art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, foi recepcionado por ela. No art. 8º das disposições transitórias, o constituinte fez questão de corroborar com o instituto do perdão dos atos praticados durante o período de exceção – inclusive, restringindo seu alcance para aqueles que foram perseguidos. De modo geral, a lei foi recepcionada pela Constituição de 1988, embora sua interpretação deva ser fixada para que não ocorra amplitudes injustas.

Quanto ao elemento de correção, verifica-se que o art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979 teve sim essa pretensão – e a alcançou – pelos motivos acima já delineados.

O elemento de correção funciona, também, como argumento de correção – juntamente com os argumentos de injustiça e princípios. Aqui, por se tratar de uma análise do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, à luz do conceito alexyano de direito, construída com o firme propósito de comprovar a necessária vinculação entre direito e moral, estes argumentos também servirão de norte para que se possa identificar se o dispositivo analisado pode ser considerado direito dentro desta concepção.

A correção, em se tratando de normas individuais ou de decisões individuais (ALEXY, 2009, p. 43), tem relevância qualificadora. Normas que não pretendem à correção podem ser consideradas jurídicas, mas serão defeituosas. Daí ser necessário recorrer ao argumento de injustiça. O art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, como já mencionado acima, pretende à correção. Ainda que sua redação não seja clara e precisa quanto aos destinatários – se perseguidos e perseguidores ou somente aqueles – ela pretende um bem, um valor moral relevante, ratificado, inclusive, pela Carta de 1988 com a edição do art. 8º de suas disposições transitórias.

Tendo em conta que os princípios norteiam axiologicamente a moral que se tem por parâmetro de injustiça, o argumento de injustiça será analisado em uma perspectiva valorativa já estabelecida pela Carta de 1988, como já mencionado acima. Além disso, tem-se o princípio da segurança jurídica, contraponto necessário para analisar a validade do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979.

Como já mencionado no corpo deste artigo, a anistia proclamada pelo art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979 foi considerada ampla, geral e irrestrita. Isto quer dizer que os militares que promoveram os atos de assassinato, tortura, desaparecimento de pessoas, estupro, dentre outros crimes tidos por comuns, foram beneficiados com o perdão.

Em um contexto valorativo de proteção do ser humano, proclamação de liberdades e garantias institucionais de direitos individuais, de um Estado Democrático de Direito que se pretenda estabelecer uma nação justa e solidária,

a compreensão de uma anistia que abarque o perdão de práticas de tortura não se apresenta razoável.

Desde a edição da Carta de 1988, foram traçados os rumos do contexto de redemocratização e de transição de um regime para outro. A anistia concedida no art. 8º do ADCT é uma prova disso, além da edição da Lei nº 10.559/2002. Depreende-se do contexto normativo pós 88 que o sentido conferido à anistia concedida foi o de reparação, verdade e justiça. A interpretação de que os agentes militares que praticaram atos de tortura também foram alcançados pela anistia, afronta esta perspectiva de reparação. Só pode ser reparado algo de quem sofreu algum dano. Os agentes não sofreram dano; pelo contrário, praticaram os atos que causaram danos e ensejam reparação.

Nessa construção argumentativa, em uma perspectiva axiológica com fundamento no ordenamento jurídico em vigor, anistiar quem praticou atos de tortura – entre outros crimes – é, à luz do argumento de injustiça proposto pelo jurista alemão, uma injustiça. Mas, seria insuportável? A resposta a esta questão pode variar a depender das mais diversas concepções filosóficas adotadas.

Mesmo sob a perspectiva do participante, esta questão pode ser relativizada: se observada sob a perspectiva do torturador ou sob a perspectiva do torturado, por exemplo. Para o primeiro pode não ser suportável acreditar que um Estado Democrático de Direito não permita o processamento e julgamento daqueles que praticaram contra ele todo tipo de abuso. Para o torturador, o passado ficou no passado, devendo seguir em frente com direito a uma segunda chance.

Como a proposta de Alexy é a construção de um argumento racional para justificar a vinculação entre direito e moral, arrisca-se aqui a afirmar que, em um Estado Democrático de Direito, aqueles que praticaram atos violadores de direitos humanos devem ser submetidos ao devido processo legal, com todas as garantias asseguradas, mas não ficar impunes. A anistia é um instrumento político poderoso que pode ser utilizado para contribuir com a história democrática de um país. A autoanistia, por sua vez, é instrumento de impunidade e "agraciamento" de algozes, já considerada proibida na esfera internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A impunidade não deve ser proclamada como uma vitória de 20 anos de autoritarismo militar.

O contraponto do princípio da segurança jurídica, essencial para a estabilidade das instituições em um Estado Democrático de Direito, não deve ser considerado um obstáculo à compreensão da anistia como reparação, verdade e justiça. A justiça material promovida tem caráter de correção, conforme o ordenamento e de eficácia social. A segurança jurídica que se pretende resguardar é a de que leis posteriores não modifiquem o estado de coisas promovido por uma lei do passado – que agentes militares não sejam julgados 30 anos após os atos de tortura. Em uma ponderação, a justiça material de reparar os direitos de perseguidos políticos deve ceder à segurança jurídica supostamente conferida aos que praticaram atos de violação a direitos humanos?

Não está aqui a defender a não recepção da norma pela Constituição de 1988, mas sustentar o argumento de que a lei é constitucional, se, e somente se, for interpretada como uma anistia reparadora; entende-se que a interpretação do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, que amplia a anistia para os agentes militares que praticaram atos violadores de direitos humanos, deve ser considerada injusta e, portanto, inconstitucional.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, o presente artigo pretendeu identificar o conceito de Direito em Alexy e, a partir de seus argumentos definidores, examinar se o art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979 pode ser considerado injusto e, consequentemente, inválido.

Em seguida, analisou-se o instituto da anistia e o contexto político e social que ensejou a edição da Lei nº 6.683/1979. Ainda foi analisado brevemente os argumentos que conduziram à decisão proferida na ADPF nº 153 pelo STF apenas com o intuito de demonstrar a polêmica instalada em torno do referido dispositivo.

No estudo sobre as acepções do termo anistia, percebeu-se que o sentido conferido ao termo pelo sistema normativo pós 88 é o de um contexto de justiça transicional, na qual a anistia deve ser compreendida no sentido de reparação, memória e justiça. Nesses termos, a interpretação de uma anistia libertadora,

que abrange os militares que praticaram atos contra os direitos humanos não se coaduna com o Estado Democrático de Direito proclamado pela Carta de 1988.

A partir da análise do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, à luz da teoria do direito de Alexy, pôde-se concluir que o sistema normativo inaugurado pela Carta de 1988, por ser um sistema aberto de regras e princípios, com valores fundantes que norteiam todo o ordenamento jurídico, entende-se que a Lei nº 6.683/1979 foi recepcionada pela Constituição de 1988, a qual pretende à correção e possui eficácia social. Daí se conclui que é considerada válida sob a perspectiva do observador, conforme estabelece a teoria alexyana.

Apesar de a lei em sua totalidade ter sido recepcionada pelo ordenamento pátrio, o art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979 merece especial destaque, pois, ainda que pretenda à correção, há que se considerar o contexto axiológico traçado pela Carta de 1988. Por este, é possível inferir que tal dispositivo, ao estender a anistia aos agentes que praticaram atos contra os direitos humanos o torna extremamente injusto e, portanto, não jurídico. Tendo por premissa o argumento de injustiça – formulado inicialmente por Radbruch e desenvolvido posteriormente por Alexy em seu elemento de pretensão à correção – percebe-se que os valores morais preconizados pelo Assembleia Nacional Constituinte de 1987 não se coadunam com o anistiamento de crimes cometidos contra a dignidade do ser humano. Ainda que se tratasse de uma norma editada sob um sistema jurídico específico, isto não quer dizer que os sistemas posteriores sejam obrigados a ratificar leis que possam ser consideradas injustas. Ainda que o STF tenha se manifestado em sede de controle de constitucionalidade sobre o caso, não concordamos com o posicionamento adotado pela Egrégia Corte, por entendermos que se trata de grave lesão ao direito à memória e à reparação, típicos em uma justiça de transição. Ademais, o princípio da segurança jurídica não sofre abalo significativo se ponderado ao princípio da justiça material, além do que, é garantido a todos o devido processo legal.

Considerando o exposto, a breve análise do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979 à luz do conceito de direito em Robert Alexy, especificamente o argumento de injustiça baseado na fórmula de Radbruch, permitiu aferir que o Brasil ainda não consolidou a sua justiça transicional. A luta por essa conquista tem sido árdua e, provavelmente, deve ser estendida para a esfera internacional,

tal como aconteceu no caso da Guerrilha do Araguaia. A luta por uma justiça reparadora contribui para o fortalecimento da democracia; a impunidade a enfraquece.

É preciso aprender com o passado para não repetir o futuro; a esperança de correção deve servir de norte para o futuro da nação.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. D. Mutações do conceito de anistia. **Revista de Direito Brasileira,** v. 3, n. 2, p. 357-379, 2012.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. My philosophy of law: the institutionalisation of reason. **Law and Philosphy Library:** The Law in Philosophical Perspectives, v. 48. p. 23-46, 1999.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidade penal: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicídios cometidos por los centinelas del Muro de Berlin. Tradução de Daniel Oliver-Lalana. **Doxa:** cadernos de filosofia, n. 23, p. 197-230, 2000.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Disponível em**:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

_____. **Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2012.** Disponível em**:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10559.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

_____. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição, n. 1.** Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 02/04/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 23 dez. 2015.

CÂMARA, Edna Torres Felício. **Robert Alexy e o argumento de injustiça:** teoria, aplicação e debate. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), 179 p., 2013.

COMBLIN, (Pe.) Joseph. **A ideologia da segurança nacional:** o poder militar na américa latina. Trad. de A. Viega Fialho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Gomes Lundi e Outros ("guerrilha do Araguaia") vs. Brasil.** Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

KOZICKI, Katia. As reações contrárias à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. Série **O Direito Achado na Rua:** Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. Brasília: UnB, v. 7, p. 192-197, 2015.

MEYER, Emilio Peluso Neder. A ADPF nº 153 no Supremo Tribunal Federal: a anistia de 1979 sob a perspectiva da Constituição de 1988. Série **O Direito Achado na Rua:** Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. Brasília, DF: UnB, v. 7, p. 452-455, 2015.

OLIVEIRA, Filipe Torres. **Direito e moral:** uma reflexão prática sob a ótica de Robert Alexy. Monografia apresentada ao final do Curso de Direito da Universidade Centro Universitário de Brasília, 2012.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/geral/adpf_anistia.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2017.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** 6. ed. Trad. de Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. Democracia e anistia política: rompendo com a cultura do silêncio, possibilitando uma justiça de transição. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição,** n. 1, jan./jul., p. 178-202. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

ROCHA JUNIOR, José Jardim. Atravessando o "umbral da injustiça": Direito e Moral em Gustav Radbruch. **Revista dos estudantes de Direito da UnB**, Brasília, n. 5, p. 51-59, 2001.

SOARES, Marcos Antonio Striquer; LIMA, Priscila Rosa. Decisão judiciaria: estudo do pensamento de Robert Alexy. **Revista de Direito Público,** Brasília, v. 7, n. 2, p. 3-16, 2012.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo *et al.*. (Orgs.). **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. (O direito achado na rua, v. 7). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/direito-achado-na-rua-vol-7_pdf.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2017.

VILELA, Teotonio. (Org.) **Anistia**. Comissão mista sobre anistia. Brasília: Editora do Congresso Nacional, v. 1, 1982.

Correspondência | Correspondence:

Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira
Universidade Federal Rural do Semi-Árido, CCSH, Av. Francisco Mota, 572, Costa e Silva, CEP 59.625-900. Mossoró, RN, Brasil.
Fone: (84) 3317-8556.
Email: lizziane@ufersa.edu.br

Recebido: 13/07/2016.
Aprovado: 18/03/2017.

Nota referencial:

OLIVEIRA, Lizziane Souza Queiroz Franco de; LIMA, Raquel Araújo. A anistia militar à luz do argumento de injustiça de Robert Alexy: breves considerações sobre o conceito de direito e validade. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 19, n. 1, p. 159-189, jan./abr. 2017. Quadrimestral.