



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

PAULA MENDONÇA

**ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
REFLEXÕES ANALÍTICAS DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 153 DE 2010**

Brasília

2016

PAULA MENDONÇA

**ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
REFLEXÕES ANALÍTICAS DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 153 DE 2010**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Orientador: Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago.

Brasília

2016

PAULA MENDONÇA

**ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
REFLEXÕES ANALÍTICAS DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 153 DE 2010.**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP.

Brasília, 4 de julho de 2016.

BANCA EXAMINADORA¹

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago
Orientador (IDP)

Prof^a. PhD. Julia Maurmann Ximenes
Membro interno (IDP)

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Membro externo (USP)

¹ Destaca-se que, nesta banca, não obstante não ser membro da banca examinadora, houve a presença colaborativa do Professor do UniCEUB, Mestre e Pesquisador (na área de Direito, Filosofia e linguagem), com grupos no CNPQ, Roberto Krauspenhar – cujas contribuições consistiram em apontamentos teóricos para posterior aprofundamento em senda de Doutorado.

Dedico esse trabalho ao meu pai e melhor amigo, Luiz de Mendonça, sem o qual nada em minha vida passaria de um sonho. Obrigada por me ensinar a ter persistência, força e personalidade, por estar ao meu lado sempre, pelo exemplo que é em minha vida, em termos profissionais, ideológicos e pessoais. Obrigado por acreditar, doar se e investir em mim preparando-me adequadamente para a independência pessoal e profissional, para o futuro!

AGRADECIMENTOS

A Deus por tudo, principalmente pelas pessoas boas que cruzam o meu caminho, as quais só agregaram coisas boas em minha vida. Às pessoas não tão boas, também agradeço porque, mesmo com elas, aprendo a viver.

A meus pais, Luiz de Mendonça e Wilma Ursino Mendonça, pelo carinho, compreensão, incentivo, paciência e, sobretudo, por me guiarem sempre com amor e pulso firme (quando necessário) acreditando em mim e na minha capacidade.

Vocês são o meu solo, devo tudo aos senhores. Amo-vos incondicionalmente! Ao meu pai acadêmico, Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago, por exemplo profissional e intelectual, por me ensinar a controlar e canalizar o meu intenso fluxo de ideias, pelos debates enriquecedores e pelas indagações que muito me inquietam e me fazem crescer, pelo intenso apoio no meu *Parcours* acadêmico e pela paciência em responder todas as minhas dúvidas (que francamente são muitas).

Ao Ministro e Professor Gilmar Ferreira Mendes, pelo mister social que desempenha, pela criação do IDP – uma instituição séria e de excelência à qual, nos últimos anos, tem sido o meu “pedacinho de céu”. Agradeço-lhe pelos conhecimentos partilhados, por me mostrar que sabedoria e humildade caminham juntas.

À Prof^a. PhD. Julia Maurmann Ximenes, por me ensinar metodologia científica, pelos grupos de pesquisa que possui e pelo amor à pesquisa empírica no Direito.

Agradeço pelas conversas, críticas e pelo incentivo a pesquisar a judicialização do ensino superior, o que me levou a uma forte reflexão pessoal acerca do estudo. Eres maravilhosa!

Ao Prof. Mestre Roberto Krauspenhar, meu primeiro orientador e grande marco intelectual em minha vida, agradeço pela inspiração e incentivo em seguir a vida acadêmica e por ter me ensinado a pensar o Direito pela Linguagem.

À família Ursino, pela história de coragem e fibra na fuga do nazismo. À família Mendonça, pela origem, história, apoio, exemplo e força. A proporção que cresço e me aprimoro intelectualmente, profissionalmente e emocionalmente, não tenho dúvidas de que faço jus ao sobrenome que carrego e às famílias às quais pertencço.

Aos meus padrinhos, pelo carinho. À Luana Borges de Araújo Barbosa, pela amizade.

À Ione Teixeira Lima, mamãe Ona, tia amorosa, que me tornou flamenguista!

À minha irmã Carol, pela concomitância gostosa de carinho e paciência “torrada”
(Rs).

Aos meus compadres Joviane, Silas e ao meu afilhado lindo e amado, Silas Manoel!
Dedico este trabalho ao Senhor Joaquim, *In Memoriam*, dono da cantina da UnB.
Foram muitos cafés expressos, muitas conversas e risadas... um exemplo de ser humano, paciência, sabedoria e bondade, uma amizade da qual sempre irei me lembrar. Afinal, desde quando comecei a UnB e o UniCEUB, aos 16 anos de idade, frequentei com gosto a cafeteria... onde conheci gente simples, honesta, instruída e inteligente, cuja amizade foi me dada espontaneamente, por mero carinho. Tenho muita sorte, tenho amigos: Ricardo, geógrafo crítico; Laurinha, amiga falante e amorosa; Tereza, amiga carinhosa; Renato, mestre economista e Margarida, mãe, guerreira e flor portuguesa!

RESUMO

Esta dissertação de mestrado tem por fito avaliar e criticar a argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 de 2010. O cerne da discussão é a reinterpretação da Lei de Anistia para punir os agentes estatais que teriam violado direitos humanos no período da Ditadura militar. Após analisar os votos segundo o modelo de análise argumentativa de Stephen Toulmin, é plausível asseverar que, individualmente os votos estão bem fundamentados. Contudo, a construção argumentativa do acórdão é muito inconsistente, uma vez que os fundamentos usados por ministros e ministras que votaram em sentido igual é muito diferente. Logo, à luz e sob a perspectiva de construção argumentativa de um Estado Democrático de Direito, *In Casu*, a construção argumentativa do STF é falha. Deste modo, ao final da pesquisa, analisa-se, sob a perspectiva do “renascimento republicano” dos Estados Unidos, alguns modelos dialógicos que melhor concretizariam a ideia de Estado democrático de Direito e se critica o modelo argumentativo do Supremo.

Palavras-chave: argumentação. Supremo. Toulmin. Direito.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Magisterarbeit hat das Ziel, die dem Urteil zugrunde gelegten Argumente vom Bundesgerichtshof (STF) im Rügeverfahren wegen Nichtbefolgung einer grundlegenden Verfassungsvorschrift (ADPF), 153 von 2010, kritisch zu bewerten. Den Kernpunkt der Diskussion bildet die Neuinterpretation des Amnestiegesetzes bezüglich der Bestrafung staatlicher Agenten, die während der Militärdiktatur Menschenrechtsverletzungen begangen haben sollen. Nach einer Analyse der Voten, welche auf dem Argumentationsmodell von Stephen Toulmin beruht, kann man sagen, dass jedes individuelle Votum plausibel und gut begründet worden ist. Jedoch ist die inhaltliche Argumentation der einzelnen Urteile nicht plausibel. Obwohl Ministerinnen und Minister im gleichen Sinn abstimmten, waren die Begründungen sehr unterschiedlich. Unter Betrachtung und mit Hinblick auf die Argumentationsbildung eines demokratischen Rechtsstaates, *In Casu*, weist die Argumentationsbildung des STF einige Mängel auf. Somit wird am Ende der Studie die „republikanische Wiederbelebung“ in den USA analysiert, ebenso einige dialogische Modelle, welche am besten die Idee eines demokratischen Rechtsstaates vertreten. Abschließend erfolgt eine kritische Analyse des vom STF angewandten Argumentationsmodells.

Keywords: Argumentation. Gerichtshof. Toulmin. Recht.

RÉSUMÉ

Ce travail de master a le but d'évaluer et critiquer l'argumentation développée par la Suprême Cour Fédérale (STF) en ce qui concerne l'Action en Inexécution du Précepte Fondamental 153 de 2010. L'objet principal de discussion est la réinterprétation de la loi d'Amnistie pour punir les agents d'État qui ont violé les droits de l'homme pendant la période de la dictature militaire. Après l'analyse des votes selon le modèle d'analyse argumentative de Stephen Toulmin, il est possible d'affirmer que, à partir d'une perspective individuelle, les votes sont bien fondamentés. Cependant, la structure argumentative de la décision est tellement incompatible parce que les ministres qui décident la même chose (congédiement ou non) ont des fondaments différents. C'est à cause de cela que, à la lumière de la construction argumentative de l'État Démocratique de Droit, *In Casu*, la construction argumentative de la Suprême Cour Fédérale est faible. Donc, à la fin de cette recherche, on va voir, à partir de la perspective de la Renaissance de la République aux États Unis, non seulement quelques modèles dialogiques qui concretisent mieux l'idée de l'État Démocratique de Droit, mais aussi on développera une critique au modèle argumentative du STF.

Mots Clés: Argumentation. Suprême. Toulmin. Droit.

ABSTRACT

This final work of Masters degree aims to evaluate and criticize the Supreme Federal Court (STF) arguments in the judgement of the Claim of Non-Compliance of Fundamental Precept (ADPF) 153/ 2010. The main object of discussion is the possibility of reinterpreting the Amnesty law so as to punish the agents of the State who disrespected the Human Rights during the period of military dictatorship. After analyzing the votes following Stephen E. Toulmin's perspective, assuming that, individually, each vote is well written is possible. But, the argumentative conclusion of the collegiate decision is inconsistent due to the fact that the fundamentals used by ministers that had decided equally are very different. So, according to a perspective of a democratic rule-of-law State, *In Casu*, the STF argumentative construction is not the best one. This is why, in the end of this research, I look with close attention at what is called "American Republic Reborn" keeping focus on some discursive models that better fit in democratic rule of law State and criticizing STF discursive model.

Keywords: argumentation. Supreme. Toulmin. Law.

RESUMEN

El objetivo de esta tesis de maestría es evaluar y criticar la argumentación desarrollada por el Supremo Tribunal Federal (STF) en el juzgamiento de la Arguición de Descumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 153 de 2010, cuyo foco principal es la discusión sobre la reinterpretación de la ley de Amnistía para punir los agentes estatales que violaron derechos humanos en el período de la Dictadura Militar. Después de analizar los votos según el modelo de analítico argumentativo de Stephen E. Toulmin, es posible afirmar que, individualmente, están bien fundamentados. Sin embargo, la construcción argumentativa de la decisión judicial colegiada es muy inconsistente, es que la fundamentación de los ministros y de las ministras que decidieron en sentido igual son muy distintas. Entonces, sob la perspectiva de la construcción argumentativa del Estado Democrático de Derecho, *In casu*, la construcción argumentativa del Supremo Tribunal Federal no es buena. Entonces, al final de la pesquisa, según la perspectiva del “renacimiento republicano” estadounidense, analiza se algunos modelos dialógicos que mejor concretizan la idea de Estado democrático de Derecho y se crítica el modelo argumentativo del Supremo Tribunal.

Palabras-clave: argumentación. Supremo. Toulmin. Derecho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A CONSTRUÇÃO ARGUMENTATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL	
FEDERAL	14
1.1 Direito e argumentação	18
1.1.1 <i>A tópica de Viehweg</i>	21
1.1.2 <i>A nova retórica de Perelman</i>	24
1.1.3 <i>A teoria argumentativa de Toulmin</i>	27
1.1.4 <i>Os requisitos necessários à construção de uma decisão racional segundo Neil Maccormick</i>	32
2 ANÁLISE ARGUMENTATIVA DA ADPF 153 DE 2010	40
2.1 Síntese processual	44
2.2 Análise argumentativa interna da ADPF 153/ 2010: Ministro Eros	
Grau	45
2.2.1 <i>A dignidade da pessoa humana</i>	46
2.2.2 <i>A interpretação conforme a constituição e os crimes conexos</i>	47
2.2.3 <i>A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	48
2.2.4 <i>A interpretação do direito e as leis medida</i>	50
2.2.5 <i>A transição para a democracia</i>	51
2.2.6 <i>Interpretação e revisão da Lei de Anistia</i>	52
2.2.7 <i>A emenda constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985</i>	53
2.3 Análise argumentativa interna: Ministra Cármen Lúcia	54
2.4 Análise argumentativa interna: Ministra Ellen Gracie	56
2.5 Análise argumentativa interna: Ministro Marco Aurélio	58
2.6 Análise argumentativa interna: Ministro Celso de Mello	60
2.6.1 <i>A legitimidade da concessão da anistia</i>	60
2.6.2 <i>A prescrição penal</i>	62
2.7 Análise argumentativa interna: Ministro Cezar Peluso	64
2.8 Análise argumentativa interna: Ministro Gilmar Ferreira Mendes	65
2.8.1 <i>A anistia ampla e geral</i>	66
2.8.2 <i>A EC n. 26, de 1985</i>	67
2.9 Análise argumentativa interna: Ministro Ricardo Lewandowski	69
2.9.1 <i>A interpretação do preceito impugnado</i>	69

2.9.2 A distinção entre crimes comuns e crimes políticos.....	71
2.10 Análise argumentativa interna: Ministro Ayres Britto.....	76
3 ANÁLISE CRÍTICA DA JURISDIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 153/2010 BUSCANDO A CONCRETIZAÇÃO DO IDEAL DEMOCRÁTICO E UMA REAL ABERTURA DISCURSIVA NA CORTE.....	78
3.1 Análise crítico-argumentativa dos votos dos ministros.....	78
CONCLUSÃO.....	89
REFERÊNCIAS.....	93
ANEXOS.....	98

INTRODUÇÃO

A motivação deste trabalho é a palavra. Sim... o discurso, por meio do qual se constrói o mundo, pensamentos, opiniões, pesquisas, verdades, mentiras e, juridicamente, decisões de forte impacto social. Como seria possível objetivar e analisar a qualidade argumentativa dos votos dos julgadores no Supremo Tribunal Federal, na hodierna perspectiva do Estado democrático de Direito? O ponto de partida que permeia o senso comum neste estudo é essa indagação.

Porém, para conferir cientificidade a isto, foi necessário, primeiro, restringi-la a um julgado específico e, diante das controvérsias argumentativas e ideológicas existentes, analisar a possibilidade de revisão ou não da lei de anistia na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 de 2010 se tornou uma alternativa interessante para o estabelecimento de uma análise objetiva.

Como esse julgado envolve questões emocionais, ideológicas e abarca debates entre conservadores de extrema direita, liberais, militares, guerrilheiros, comunistas e esquerdas; não obstante ter sido julgado há seis anos; é o *Leading Case* ideal para analisar objetivamente. Inclusive porque, recentemente, o debate acerca do direito à memória, a comissão da verdade, a condenação da corte interamericana e alguns pronunciamentos de membros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) reacenderam essa discussão no país.

A forte carga subjetiva do tema torna desafiador e aparentemente inverossímil o desenvolvimento da análise satisfatória de aspectos objetivos do julgado. A superação e a reflexão acerca disso enriquece o debate jurídico a proporção que torna a academia apta ao desempenho de um papel tecnicamente crítico e imparcial no aprimoramento da jurisdição e no modo de interpretação normativa estendendo essa lógica a outros julgados tão ou mais polêmicos que o escolhido.

Desse modo, o problema de pesquisa se traduz neste questionamento: “em que medida a argumentação e os fundamentos presentes nos votos da ADPF 153/2010 podem ser analisados objetivamente e trazem segurança jurídica social e jurisdicional?”. A partir desse questionamento, objetiva-se mostrar a insuficiência do uso da lógica formal na perspectiva da mudança paradigmática da teoria da argumentação jurídica; apresentar brevemente o contexto e analisar a ADPF

153/2010 segundo o modelo de análise argumentativa de Stephen E. Toulmin e, por fim, refletir como foi feita a construção argumentativa na corte constitucional brasileira atentando a academia a sua função social de contribuição ao aprimoramento institucional.

Assim, no primeiro capítulo, trabalha-se a relação existente entre Direito, palavra e argumentação salientando que o foco da teoria da argumentação jurídica está nos *Hard Cases*, bem como destaca-se a mudança paradigmática do raciocínio jurídico, que vai do fechado ao dialógico. Para isso, seleciona-se, como marco teórico, dentre outros, Viehweg, Perelman e Toulmin², cujas obras rejeitam a lógica formal. Ao final, tece-se comentários acerca do contexto decisório da suprema corte constitucional brasileira.

No segundo, o *Hard Case* escolhido para analisar a construção argumentativa jurídica no nosso Estado Democrático de Direito foi a Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental (ADPF) 153 de 2010. Por isso, inicialmente, descreve-se brevemente o significado de anistia e sua aplicação no Brasil para, depois, com base na explicação dada no primeiro capítulo do modelo argumentativo de Stephen Toulmin, analisar a construção argumentativa interna do julgado voto a voto.

No terceiro capítulo, contrasta-se o foco argumentativo de cada ministro e mostra-se a ementa do julgado para, posteriormente, traçar conclusões acerca da construção argumentativa na corte constitucional brasileira. Ademais, discorre-se acerca da jurisdição constitucional e do diálogo democrático.

Quanto à metodologia, não obstante a mescla do Direito com a filosofia, a argumentação e a linguística presente neste trabalho, o enfoque predominante é o dogmatismo instrumental, pautado no tripé: doutrina, jurisprudência e lei. Isso porque, muitos dos marcos teóricos deste trabalho, apesar de irem além do tecnicismo jurídico, ainda são considerados doutrina estritamente de Direito.

O modelo proposto por Toulmin (2001) é uma possibilidade de objetivar a análise qualitativa interna dos votos dos julgadores e MacCormick, um bom autor de

² Como, neste trabalho, escolheu-se o modelo de construção argumentativa de Stephen E. Toulmin para analisar a qualidade dos argumentos dos ministros da corte no *Hard Case* selecionado, o capítulo primeiro desta dissertação detalha os principais aspectos da perspectiva do referido autor para lograr êxito neste propósito.

análise externa de argumentos, na hodierna perspectiva do Estado democrático de Direito. Pelo marco teórico deste trabalho, analisou-se a qualidade interna da decisão de cada ministro na referida ADPF, o acórdão e a qualidade externa com base em MacCormick e refletiu-se o papel discursivo da Suprema Corte no Estado Democrático de Direito.

1 A CONSTRUÇÃO ARGUMENTATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A composição do Supremo Tribunal Federal Brasileiro é de onze ministros, brasileiros natos, com idade entre 35 e 65 anos de idade³, reputação ilibada e notório saber jurídico, cuja nomeação é feita pelo presidente da república, após aprovação da escolha pelo senado federal em sua maioria absoluta.

No senso comum da sociedade, é possível escutar críticas como, por exemplo, a existência de onze ilhas que não dialogam entre si, uma corte de argumentos políticos, uma corte autoritária, uma jurisdição de tutela contra majoritária ou uma corte cujo papel é unicamente a tutela do texto constitucional.

A análise do que é ou representa a construção argumentativa do Supremo Tribunal Federal é uma tarefa complexa, primeiro, pelo próprio papel e expectativa social do que vem a ser uma corte constitucional. Segundo, pelo cotidiano e pela dinâmica forense que dificultam o diálogo entre diferentes instituições e entre os próprios julgadores. Terceiro, pelo advento da TV Justiça, que, apesar de conferir maior publicidade à dicção jurídica, torna os julgadores figuras públicas titulares de expectativas sociais.

Quanto à expectativa social do papel da corte constitucional, há que se ter em mente o contexto do final da II Guerra Mundial, onde houve a internacionalização dos direitos humanos em decorrência da difusão das atrocidades cometidas contra os judeus no período do nazismo⁴. Isso fomentou a crença de que tais violações poderiam ter sido evitadas se houvesse um sistema de tutela internacional de direitos humanos. (PIOVESAN, 2014, p. 189).

Assim, no pós-guerra, mais especificamente nas últimas décadas do século XX, com o dever precípua de assegurar a dignidade humana evitando que as violações pretéritas de direitos se repetissem no porvir, surgiram as cortes constitucionais. Nesse período, a jurisdição ganhou um contorno argumentativo novo, inclusive no campo internacional, configurando uma abertura dialógica e lexical de tutela humana.

³ Destaca-se que esta é a redação constitucional. Contudo, atualmente na corte, há ministros com idade superior a esta.

⁴ A era Hitler, marcada pela destruição e descartabilidade da pessoa humana, resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. (PIOVESAN, 2014, p. 190).

Passou-se a assegurar às pessoas o direito a ter direitos: seja como minoria, seja como particular ou mesmo em prol do interesse público e a construção argumentativa dos ministros, nessa senda, torna-se complexa e imprevisível, pois, os argumentos da tutela e da dignidade humana, por exemplo, conferem uma abertura interpretativa tão grande que podem ser usados para fundamentar, num mesmo julgado, decisões diametralmente opostas.

Outro ponto de relevante menção é que a dinâmica do cotidiano forense é desfavorável à construção argumentativa, fato que acaba resultando num “copia e cola” jurisprudencial. Infelizmente, presencia-se hoje a “massificação” da atividade jurídica, tanto por parte dos advogados, quanto por parte dos julgadores.

[...] os advogados, com demandas em excesso, algumas delas financeiramente pouco promissoras, utilizam-se dos recursos tecnológicos para reproduzir argumentações copiadas de textos já existentes, nem sempre com propriedade. Juízes, diante da obrigatoriedade de dar célere desfecho às lides sob sua presidência, proferem julgados, cujo relatório mal permite ao leitor depreender que seu autor tenha sequer tomado conhecimento da extensão e dos limites do processo. (RODRÍGUEZ, 2005, p.2).

Víctor Gabriel Rodríguez (2005), de modo direto, destaca bem uma das moléstias da jurisdição moderna: a falta de clareza e ausência de construção de raciocínios lógicos. Além de a advocacia ter ganhado contornos mercadológicos e empresariais de massa fazendo com que, por vezes, os advogados reproduzam modelos prontos em suas petições alterando poucas coisas, como o nome das partes, os julgadores, por vezes, não têm tempo de ler todos os processos com o detalhe e atenção que seriam necessários.

Os maiores prejudicados nisso tudo são as partes que comumente não entendem sequer se houve provimento ou não da tutela jurisdicional e, quando entendem se o pedido foi concedido ou não, apresentam sérias dificuldades em compreender os fundamentos decisórios, a lógica argumentativa por detrás das asserções apresentadas pelo magistrado, pelos assessores ou analistas redatores da decisão de mérito⁵.

⁵ No cotidiano da defensoria pública, não raro, as pessoas se dirigem ao atendimento com sentenças impressas, leem-nas e, ao final perguntam “Doutor (a), o que isso significa?”. É frustrante ver que, pessoas que sabem ler enunciados de palavras, não conseguem interpretar o conjunto do texto – mas o problema comumente é o texto da sentença, que é truncado, redigido com pressa e com

A pressa em proferir as decisões e a repetição dos fatos e garantias usados pelos procuradores faz com que os julgados se tornem sucintos e padronizados, com referência a outros julgados como forma de lograr legitimidade na dicção da lei. Isso é ruim porque, quando surgem casos com determinadas peculiaridades, elas podem passar despercebidas ou apresentar um desenvolvimento argumentativo incipiente.

A realidade dos tribunais superiores brasileiros não é muito diferente disso. No artigo “Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica”, a professora Claudia Rosane Roesler (2016) chama atenção da comunidade acadêmica ao problema do déficit racional decisório dos julgadores brasileiros.

Nas considerações iniciais do estudo, a autora destaca que os direitos humanos no Brasil vêm sendo ratificados por intermédio de uma cultura decisória com características autoritárias, já que dificilmente submetida ao controle social (ROESLER, 2016, p.79). Além de produto da visão jurisdicional pós-segunda guerra, que ampliou o poder do judiciário, isso faz com que surja a necessidade de decisões claras e bem fundamentadas uma vez que os tribunais, por vezes, também criam o Direito⁶.

Todavia, após mencionar os acórdãos que analisaria, Roesler (2016) diz que os acórdãos concernentes aos *Hard Cases* julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) são muito longos, ademais a separação entre os fundamentos e os acréscimos decisórios se torna uma tarefa inverossímil.

Outra conclusão expressa é a inexistência de dialética, tampouco do valor de comunidade discursiva na corte, já que “[...] embora a decisão seja colegiada, não é sempre e exatamente o produto do debate realizado no colegiado, mas uma superposição de posições, que redundam em uma decisão, eventualmente com a concordância acerca dos fundamentos, mas não necessariamente”. (ROESLER, 2016, p. 85)

erros gramaticais inclusive de gênero de palavras. A depender do juiz e da quantidade de processos da vara, prioriza-se a velocidade em detrimento da qualidade da sentença.

⁶ No Brasil, ratifica-se a necessidade da boa fundamentação jurisdicional na primeira instância porque, no atual código de processo civil, tanto a fundamentação quanto o dispositivo da sentença passaram a transitar em julgado.

A construção do julgamento colegiado consiste na apresentação dos votos individuais e na transformação da decisão colegiada em ementa. Os problemas mais alarmantes neste processo consistem na forte transparência das razões de cada julgador que dificulta a determinação das razões de decidir do julgado em si e a preponderância da fundamentação do relator na ementa⁷.

A TV Justiça – criada pela Lei 10.461/2002, sancionada pelo ministro Marco Aurélio ao exercer interinamente a Presidência da República durante o governo Fernando Henrique Cardoso, em maio de 2002 – traduz uma peculiaridade da corte constitucional brasileira, qual seja, a transmissão ao vivo dos julgamentos no plenário (TV JUSTIÇA, 2016, p.1).

Se, por um lado, a transparência e a publicidade auxiliam a população no entendimento da fundamentação e da argumentação dos ministros. Por outro, a midiaticização dos julgados torna os magistrados figuras públicas gerando uma forte expectativa social em torno dos mesmos.

Há quem discorde, mas, nesse complexo contexto multifacetado de construção decisória na corte constitucional brasileira, uma boa construção argumentativa se torna mister não somente pela possibilidade de análise, crítica e aprimoramento que confere ao discurso, mas também pela importância conferida ao precedente da corte constitucional. Afinal, para repetir um entendimento nada mais necessário que apreender a sua fundamentação.

Dada a função da academia de dialogar, aprimorar e questionar o estado da arte do existente no mundo, esse trabalho buscou forte inspiração em Manuel Atienza, que recentemente ministrou um curso de uma semana na Universidade de Brasília (UnB) e no trabalho de análise argumentativa desenvolvido por sua ex-aluna, a professora Claudia Rosane Roesler.

A análise da ADPF 153 de 2010, como dito anteriormente, desperta muito subjetivismo político, pessoal e ideológico. Por conseguinte, antes de analisar ou criticar quaisquer dos aspectos desse *Leading Case*, fomentado ao debate até pelo

⁷ “[...] O passo seguinte à decisão tomada em plenário e que corresponde à sua transformação em uma ementa que sintetiza a decisão tomada pelo colegiado, por seu turno, não necessariamente obedece à razoável pressuposição de que deve representar uma síntese de todos os posicionamentos definidores da decisão. Realizada normalmente pelo relator ou pelo julgador que liderou a maioria, não raramente representa apenas os fundamentos da sua opinião e não incorpora de modo compreensível e visível o exposto pelos demais que, não tão raramente, concordam quanto à decisão, mas não quanto aos seus fundamentos”. (ROESLER, 2016, p.85).

advento da comissão da verdade no palácio do planalto e por decisão condenatória da corte interamericana, é sensato que se faça uma análise argumentativa objetiva.

1.1 Direito e argumentação

Apesar de ser um país de *Civil Law*, no Brasil, há pesquisas que relacionam o Direito a outras áreas cognitivas. Um exemplo disso é a sua associação à Literatura, sob óticas distintas. Isso aproxima as ciências jurídicas do mundo cultural fazendo com que o Direito ganhe interpretações criativas e cada vez mais amplas⁸.

O Direito se expressa em palavras; a Literatura se expressa em palavras. No primeiro caso, temos uma expressão denotativa; no segundo, conotativa; mas a forma de expressão é sempre a palavra. Foi a palavra que criou o mundo, e o decálogo ordenador de Moisés materializa-se nessa mesma palavra, retomando o ciclo (SOHNGEN, 2008, p.7).

Por mais singelo que pareça o raciocínio, desde o início deste capítulo, deve-se ter em perspectiva que tanto a semântica de Direito quanto seu cotidiano se estruturam e consistem na palavra. Contudo, a prática forense vai mais além por ser basicamente argumentação⁹.

A rotina do jurista não é metodologicamente imparcial, mas concretizada em pesquisa instrumental de defesa de teses jurídicas. Nessa senda, o *know how* argumentativo é de grande valia, pois, a boa estruturação lógica pode representar a procedência ou não de pedidos, ganho ou não de honorários, maior ou menor número de sentenças recorridas, respeito e prestígio acadêmico, tudo a depender do profissional, ramo de atuação e contexto laboral.

Godoy (2008, p.10) exemplifica a técnica e o poder argumentativo do advogado do júri, desta forma: “[...] É o caso do advogado do júri, prenhe de exemplos tomados da Literatura, que busca efeito retórico, pedagógico e que simula cultura, que impressiona que seduz e que comprova a trajetória humanista; mas nem sempre humanizante”.

⁸ A autora desta dissertação observa a possibilidade interdisciplinar do Direito desde a graduação. A associação do jurídico principalmente com a Literatura e a Linguística também foi tema de pós-graduação em Direito e Processo Laboral, nestes termos: “Direito Trabalhista e Literatura: uma reflexão sobre as condições trabalhistas nas minas de carvão com base na obra *Germinal* de Émile Zola”. Portanto avançar da Literatura a análise argumentativa racional é um desdobramento natural do estudo e maturação intelectual.

⁹ Atienza (2014, p.1) destaca que a qualidade definidora de um bom jurista é a capacidade de construir argumentos manejando-os de modo habilidoso.

Contudo, a argumentação jurídica vai muito além da associação de Direito e palavra ou mesmo Direito e Literatura. Manuel Atienza (2014, p.2-4) menciona que a argumentação jurídica acontece em três campos distintos: produção ou estabelecimento de normas jurídicas, aplicação de normas jurídicas a solução de casos; e dogmática jurídica.

O campo de produção ou estabelecimento de normas jurídicas se subdivide em fase pré-legislativa e fase propriamente legislativa. A primeira consiste no surgimento da lei em decorrência de um fato social e o segundo tipo argumentativo abarca a percepção de um problema pelo poder legislativo ou algum órgão governamental¹⁰.

O campo da aplicação das normas jurídicas acontece na subsunção jurisdicional dos magistrados, na esfera subjetiva das partes processuais, na aplicação da lei por órgãos administrativos, na observância legal por particulares e no próprio rito de criação normativa do legislador.

A dogmática jurídica se concretiza numa atividade complexa, cujo escopo consiste no fornecimento de critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias, para sua aplicação e para ordem ou sistematização de um setor do ordenamento jurídico.

Inicialmente, as motivações decisórias existentes nos tribunais foram objeto de estudo da Escola da Exegese (de 1804 a 1880, aproximadamente) e da Escola funcional e sociológica (até 1945). A primeira reduziu o Direito à Lei, ou seja, os *Codex* não deixavam margem interpretativa aos juristas¹¹. A segunda escola se baseou na *Begriffsjurisprudenz*¹² e, em outro momento, na concepção funcional do Direito como ferramenta para se alcançar uma finalidade prevista pelo legislador (PERELMAN, 2004, p.81).

Depois, por volta de 1950 – numa série de obras que rejeitavam a lógica formal para analisar o pensamento jurídico, entre elas: a tópica de Viehweg, a nova

¹⁰ O surgimento da questão controversa independe de prévio debate social.

¹¹ Para os exegetas, os termos “clareza” e “interpretação” concretizam uma antítese na semântica de que um texto realmente claro não é passível de interpretação, tampouco controversa – uma vez que todos os leitores entendê-lo-iam da mesma forma dentro de uma visão sensata. (PERELMAN, 2004, p. 50).

¹² Expressão usada para designar a “Doutrina dos Conceitos” ou “jurisprudência dos conceitos”, segundo a qual os termos legais eram determinados pela doutrina e pela jurisprudência da forma mais clara possível promovendo um raciocínio matematicamente estrito reduzindo as controvérsias e, conseqüentemente, ampliando a segurança jurídica. (PERELMAN, 2004, p.70).

retórica de Perelman e a lógica informal de Toulmin – surgiu a teoria da argumentação jurídica, cujo foco predominante está nos casos difíceis que englobam questões jurídicas interpretativas predominantemente em órgãos superiores da administração da justiça. (ATIENZA, 2014, p.37).

Essa virada hermenêutica representou, antes de tudo, uma crítica ao positivismo jurídico – que eliminou do Direito a ideia de justiça, vigorou no ocidente até o final da Segunda Guerra Mundial e legitimou inclusive regimes autoritários. Por conseguinte, o Direito passou a ser concebido como um sistema dinâmico, de modo a evitar que essas arbitrariedades se repetissem. (PERELMAN, 2004, p.92-93).

O fato de o direito, tal como o concebemos, não poder menosprezar a segurança jurídica e dever, por esta razão, evitar a subjetividade e a arbitrariedade, o fato de constituir um empreendimento público – pois o juiz recebe sua autoridade do Estado, que lhe confere competência e poder – impede identificar, pura e simplesmente, o que é justo segundo o direito com o que parece justo a um indivíduo. (PERELMAN, 2004, p.98).

Através da perspectiva supra destacada por Perelman (2004), é notório que há a necessidade do positivismo na fundamentação das decisões dos magistrados, na busca de valores como segurança jurídica e objetividade. Contudo, isso não basta, o Estado nacional é prova disso, pois, o nazismo – juridicamente perfeito – provocou o holocausto de judeus, ciganos, homossexuais e, ainda, a fuga de muitos seja de país, de lar. Enfim, historicamente, é indubitável que a letra fria da lei não concretiza o ideal de justiça e, ainda, pode legitimar socialmente absurdos insensatos.¹³

Assim, o processo jurídico de raciocínio fechado do Direito não durou, já que a subsunção demonstrou fraquezas e falhas. O fenômeno jurídico possui um sistema criativo e dialético, até porque o intérprete e o jurista se deparam cotidianamente com novas situações e a mera letra fria da lei não é suficiente para abarcar todas as demandas que surgem. Por conseguinte, houve uma virada

¹³ “Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o Direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõe-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça” (PERELMAN, 2004, p.95).

epistemológica no sentido de abertura do sistema interpretativo, contribuindo para que o Direito fosse visto como um produto dialógico.¹⁴

1.1.1 A tópica de Viehweg

Historicamente, a tópica nasce em Aristóteles e Cícero. Aquele diferencia os argumentos dialéticos (da tópica) dos argumentos apodícticos ou demonstrativos no sentido de que: enquanto os argumentos dialéticos partem do provável, os argumentos demonstrativos ou apodícticos partem da certeza. Esse defende, numa visão prática, que a tópica seria a arte de encontrar argumentos. (ATIENZA, 2014, p. 41-42).

O renascimento da tópica não foi um fenômeno exclusivamente jurídico do pós-guerra. Em 1948, Ernst Robert Curtius, ao escrever *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, retirou-a do esquecimento histórico usando-a como ferramenta de análise da história literária. (GARCÍA AMADO, 1988, p.28).

Antes de compreender a tópica de Viehweg, é importante saber que suas ideias foram influenciadas pelas de Edward H. Levi (2005), para o qual o raciocínio jurídico é aberto e possuidor de uma relação direta com os casos concretos, variando à proporção que novos contextos fáticos surgem.

[...] O mecanismo do raciocínio jurídico aceita as diferenças de interpretação e o caráter dúbio das palavras. Ele propicia a participação da comunidade na eliminação da dubiedade, ao fornecer um fórum de discussão da prática a ser adotada, valendo-se da brecha adotada pela própria ambiguidade. Nas questões controversas sérias, ele possibilita que se dê o primeiro passo em direção ao que, em outras circunstâncias, seria um objetivo inatingível. O mecanismo do raciocínio é indispensável à paz de uma comunidade (LEVI, 2005, p.1).

Logo, a flexibilidade argumentativa e interpretativa no Direito é o que assegura a paz social. Nessa senda, o raciocínio jurídico deve ser aberto e fundamentado em casos similares, um processo cognitivo tripartido e pautado na doutrina do precedente judicial. Desta forma, procuram-se semelhanças entre dois

¹⁴ Ao proferir explanação semelhante acerca da necessidade da abertura cognitiva no Direito, Kaufmann, Côrtes e Pontes (2002, p. 71) mencionam: “[...] É nesse contexto que se insere a teoria de Theodor Viehweg, bem como a de Perelman, responsáveis ou precursoras dessa verdadeira mudança de paradigma na metodologia jurídica”.

casos. Disso, extrai-se uma norma jurídica oriunda do primeiro caso passando a ser aplicada a contextos fáticos subsequentes¹⁵.

Essa percepção da lógica jurídica decorre do fato de que o significado e a própria aplicação da norma dependem de quais fatos serão considerados iguais aos de quando a lei foi inicialmente promulgada, uma vez que o processo legal é conexo à descoberta de similaridades e diferenças. (LEVI, 2005, p.3).

Como a jurisprudência supra descrita é um conjunto de decisões com caráter dinâmico e, por isso, sem regras pré-estabelecidas de construção, um magistrado não tem sua jurisdição totalmente determinada ou limitada. Por conseguinte, a determinação das similaridades ou diferenças para a implantação da analogia e aplicação da lei são tarefas do juiz¹⁶.

Em suma, as normas cambiam no decorrer de sua aplicação, num processo democrático, entre juiz e comunidade, de criação normativa. Essa feição é necessária ao processo legal não só porque surgem novas situações, mas também pelo fato de as necessidades das pessoas mudarem sempre¹⁷.

Para Viehweg (1979), a tópica é uma técnica de pensamento voltada à solução do problema, *Problemdenkens*¹⁸.

[...] O ponto de partida é um problema concreto, uma situação da vida real, um estado de coisas que configura o que Viehweg, utilizando um termo que suscitou inúmeras críticas, chama de “aporía”. Uma aporia significa para Viehweg uma questão premente e inevitável, para a qual não há um caminho de saída (*Weglosigkeit*) e é esse problema concreto que desencadeia um jogo ou intercâmbio de considerações que constituem o que propriamente se denomina “tópica ou arte da invenção”. O que a tópica pretende é dar orientações, indicações (*Winke*) de como proceder a fim de não ficar bloqueado e sem saída... (GARCIA AMADO, 1988, p.75, tradução nossa).¹⁹

¹⁵ Em resumo: “[...] uma proposição representativa do primeiro caso transforma-se em uma norma jurídica, que é depois aplicada à situação similar seguinte”. (LEVI, 2005, p.2).

¹⁶ “[...] Um sistema jurídico eficiente deve, portanto, ter como objetivo selecionar as similaridades principais e concluir a partir delas, por raciocínio, o quão justa seria a aplicação de uma classificação comum” (LEVI, 2005, p.4).

¹⁷ “[...] As categorias usadas no processo jurídico têm de permanecer ambíguas para permitir a infusão de novas ideias” (LEVI, 2005, p.5).

¹⁸ Esse termo alemão é oriundo da junção de *Problem*: problema e *Denkens*: oriundo do verbo pensar. Assim, é plausível traduzir a tópica como “pensar o problema”, “técnica do pensamento de problemas” ou “técnica do pensamento problemático” (GARCIA AMADO, 1988, p.75).

¹⁹ “[...] El punto de arranque es un problema concreto, una situación de la vida real, un estado de cosas que configura lo que VIEHWEG, utilizando un término que ha suscitado numerosas críticas,

Kaufmann, Côrtes e Pontes (2002, p.64) destacam que, em Viehweg, o Direito se desenvolve numa estrutura tópica levando o jurista a solução de problemas de modo eficaz e consensual. Trata-se, assim, de um conjunto de critérios para solucionar os axiomas que cercam o cotidiano forense.

Em outras palavras, um *Hard Case* jurídico é um problema que, à partir de si e por si mesmo, num pensar aporético, tem a capacidade de elencar potenciais soluções, estruturas ou mesmo alternativas ao problema proposto. Porém, destaca-se que a tópica não resulta numa resposta determinada e imutável, mas tão somente num contínuo aprimoramento dialético entre jurista, *topoi*²⁰ e problema²¹.

[...] O termo *aporía* designa precisamente uma questão que é estimulante e iniludível, designa a ‘falta de um caminho’, a situação problemática que não é possível eliminar, e que Boécio traduziu, talvez de modo frágil, pela palavra latina *dubitatio*, (2). A tópica pretende fornecer indicações de como comportar-se em tais situações a fim de não se ficar preso, sem saída. É, portanto uma técnica do pensamento problemático. (VIEHWEG, 1979, p.33).

Diante do pensamento de Levi e Viehweg, a tópica é um estilo, uma maneira de pensar os problemas por eles e em direção a eles. Assim, na senda jurídica “pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa” (FERRAZ JUNIOR, 1979, p.3).

A consequência disso é que o Direito, e tudo que o constitui, se torna aberto, ilimitado, resultante em algo flexível a depender dos problemas a serem resolvidos. Em suma, o Direito vira uma fórmula aberta à solução de conflitos. Apesar do avanço reflexivo, para alguns doutrinadores o pensamento de Viehweg (1979) é incipiente em alguns aspectos.

llama una “aporía”. Una aporía significa para VIEHWEG una cuestión acuciante e ineludible, respecto de la que no está marcado um caminho de salida (*Weglosigkeit*)... Y és ese concreto problema el que desencadena um juego o intercambio de consideraciones que constituyen lo que propriamente se denomina “tópica o arte de la invención”. Lo que la tópica pretende es dar orientaciones, indicaciones (*Winke*) de como proceder en una tal situación, a fin de no quedar bloqueado sin remisión. (GARCIA AMADO, 1988, p. 75).

²⁰ “III. A função dos *topoi*, tanto gerais como especiais, consiste em servir a uma discussão de problemas... Devem ser entendidos de um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento”. (VIEHWEG, 1979, p.38).

²¹ “Para nosso fim, pode chamar-se problema – esta definição basta – toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução”. (VIEHWEG, 1979, p.34).

Atienza (2014, p. 50-51), por exemplo, assevera a ingenuidade do modelo de construção jurisprudencial pautado numa definição de justiça carente de uma discussão racional. Ademais, segundo ele, a tópica sozinha não confere a argumentação jurídica uma definição satisfatória, dada a superficialidade da análise existente.

Szynwelski (2008, p. 67-69) critica a ausência de clareza na definição precisa do que seriam a tópica e os tópicos, bem como o fato de Viehweg classificar a jurisprudência tópica como estilo e não como método sendo, conseqüentemente, impassível de verificação lógica e rigorosa, sem um sistema fundamental unívoco²².

Apesar de tais críticas, deve-se reconhecer que a referida técnica de pensar problemas desenvolvidos pela retórica na perspectiva do autor estudado foi importante, principalmente, por representar uma possibilidade de escape à jurisprudência positivista do século XIX rompendo o paradigma do método axiomático dedutivo (LARENZ, 1989, p.171).

Na perspectiva de Claudia Rosane Roesler (2013, p. 6), Viehweg não se preocupou em ordenar suas conclusões de modo sistemático, mas apresenta um problema sem uma resposta taxativa, qual seja a análise da estrutura jurisprudencial a partir de um ângulo pouco observado.

Diversamente do que ocorre no Brasil, o termo alemão *Jurisprudenz* não se refere somente à jurisprudência *Strito Sensu*, mas designa algo mais amplo:

[...] o conjunto dos discursos que são feitos pelos especialistas nos diversos ramos do direito, com base na legislação, nas decisões dos tribunais e no (e a partir do) desenvolvimento de novos conceitos jurídicos, e também é, via de regra, considerada como uma atividade científica [...] (ROESLER, 2013, p. 12).

Logo, Theodor Viehweg rompeu o silogismo jurídico a partir do momento que intentou a análise do discurso jurídico a partir de seus temas recorrentes, uma fórmula aberta em si mesma.

1.1.2 A nova retórica de Perelman

²² “[...] só pode chamar-se método um procedimento que seja lógica e rigorosamente verificável e crie um nexu unívoco de fundamentos, quer dizer, um sistema dedutivo”. (VIEHWEG, 1979, p.71).

Chaïm Perelman nasceu em Varsóvia, mas viveu na Bélgica – onde construiu sua carreira acadêmica estudando Direito e Filosofia na Universidade de Bruxelas. Seus estudos focaram na lógica formal e foram influenciados por Gottlob Frege²³. Durante a II guerra, foi um dos líderes da resistência da Bélgica e, durante o nazismo, escreveu um trabalho acerca de justiça, onde procurou eliminar do conceito de justiça toda ideia de valor²⁴.

Com base no modelo positivista de Frege, Perelman (1990) desenvolveu uma ideia de justiça puramente formal, cujo critério consiste em tratar similarmente os seres que pertencem à mesma categoria. Não obstante o formalismo, a ideia do autor fez com que surgisse a necessidade do estabelecimento material de critérios com o fito de determinar quem ou o que pertence ou não à mesma categoria.

Estabeleceu, então, seis critérios. Estes: “a cada um o mesmo”²⁵, “a cada um segundo o atribuído pela lei”²⁶, “a cada um segundo sua categoria”²⁷, “a cada um segundo seus méritos e capacidade”²⁸, “a cada um segundo seu trabalho”²⁹ e “a cada um segundo suas necessidades”³⁰.

Assim, Perelman (1990) procurou determinar os parâmetros de uma lógica valorativa com enfoque na lógica jurídica decisória. Intentou superar tanto o ceticismo positivista³¹ (óptica avalorativa do direito), quanto o racionalismo

²³ Pai da lógica moderna. (ATIENZA, 2014, p.55).

²⁴ Essas breves informações biográficas foram retiradas das obras “As razões do Direito: Teoria da argumentação jurídica” e “O raciocínio jurídico na Filosofia contemporânea: tópica e retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman” e, respectivamente, Manuel Atienza e Kaufman, Côrtes e Pontes.

²⁵ “A cada qual a mesma coisa” quer dizer que todos os seres devem receber tratamento isonômico sem considerar nenhuma peculiaridade diferenciadora. Todos os seres que requerem a aplicação da justiça estão contidos na mesma categoria. (KAUFMANN; CÔRTE; PONTES, 2002, p.134).

²⁶ Essa é uma concepção de justiça estática, jurídica, onde o magistrado não possui liberdade interpretativa. O juiz é justo, nessa visão, quando aplica a mesma lei aos mesmos casos. (KAUFMANN; CÔRTE; PONTES, 2002, p.136).

²⁷ Trata-se de uma forma de justiça aristocrática, na qual é plausível tratar de modo diferente pessoas de classes diferentes, desde que as pessoas da mesma classe sejam tratadas com isonomia. (KAUFMANN; CÔRTE; PONTES, 2002, p. 136).

²⁸ O magistrado deve apreciar as qualidades da pessoa para determinar o mérito. (KAUFMANN; CÔRTE; PONTES, 2002, p.134).

²⁹ Trata-se de uma concepção proporcional, pautada na análise de resultados obtidos em decorrência de obras e conhecimentos. (KAUFMANN; CÔRTE; PONTES, 2002, p.134).

³⁰ Leva-se em conta a impossibilidade da pessoa satisfazer suas necessidades essenciais sozinha e, por isso, intenta-se a diminuição do sofrimento do indivíduo. (KAUFMANN; CÔRTE; PONTES, 2002, p.135).

³¹ Acerca do ceticismo ocidental do século XVI, assevera Perelman (1990, p. 306): “[...] Uns... dão conta da incapacidade da nossa razão para conhecer a natureza do soberano bem e da verdadeira justiça, para concluírem pela falência da filosofia neste domínio e pela obrigação em que estamos,

dogmático³² (pautado na construção do ordenamento jurídico a partir de premissas consideradas indiscutíveis e essenciais ao Direito) partindo de uma racionalidade prática, desvinculada de verdades preestabelecidas. (KAUFMANN; CÔRTEZ; PONTES, 2002, p.123).

Essa racionalidade prática permanece conforme o ideal secular da filosofia ocidental, quando apresenta fins a ação humana e contribui na elaboração de um modelo do sábio ou do justo fornecendo critérios para a determinação de valores (PERELMAN, 1990, p.305). Em outras palavras, a razão prática promove o estabelecimento de critérios objetivos de valor concretizando a ideia de uma moral racional.

Perelman (1990) confere grande importância ao auditório chamando, por isso, sua teoria de retórica. A argumentação busca a adesão do auditório pela linguagem e é um processo de interação constante entre: discurso, orador e auditório.

Entre os vastos e complexos aspectos da teoria do jusfilósofo ora analisado, quanto ao raciocínio jurídico, similarmente a Viehweg, há a compreensão de que não pode haver a redução à mera lógica formal. Isso em Perelman (2004) se deve principalmente ao nazismo, cuja regularidade e coerência formal fizeram perceber que existem valores e princípios impassíveis de violação.

Os fatos que sucederam a Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõe-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça. (PERELMAN, 2004, p.95).

Isso acarreta uma superação da mera subsunção, bem como da interpretação segundo a mentalidade do legislador, mas isso, contrariamente ao que possa parecer, não fez ressurgir uma perspectiva jusnaturalista. Isso porque o direito natural cumulava princípios universais e o direito, na verdade, é concebido como algo dinâmico e não um universal absoluto.

para evitar o cepticismo, de aceitar a revelação divina, tal como se manifestou nas sagradas escrituras, como único guia em matéria de conduta”.

³² “[...] Outros, como Descartes e Espinoza, creem que reformando os nossos métodos de conhecimento, não nos fiando senão na evidência, conseguiríamos construir um saber indubitável que comportaria uma ciência do real e uma moral racional...” (PERELMAN, 1990, p.306).

No que concerne mais especificamente à lógica, há um gênero de lógica geral e a lógica jurídica como uma espécie argumentativa dependente de como os magistrados e os legisladores entendem o seu papel social, o que é Direito e do funcionamento do mesmo dentro da sociedade. (ATIENZA, 2014, p. 76).

No pensamento da lógica formal, seguindo um viés aristotélico, há necessariamente a passagem das premissas à conclusão e, se as premissas são verdadeiras, a conclusão necessariamente o será. Em Perelman (2004) isso não acontece porque, da passagem do argumento à decisão jurídica, há a possibilidade de multiplicidade decisional, bem como de não haver decisão. Essa perspectiva decorre justamente da abertura e dinâmica interpretativa jurisdicional.

A finalidade da lógica e da argumentação jurídica para Chaïm Perelman é conciliar valores logrando uma solução não só em conformidade com a lei, mas também isonômica, razoável e aceitável. (ATIENZA, 2014, p.79).

Mister salientar que, assim como Viehweg, a teoria de Perelman também é alvo de críticas. Entre elas, a ausência de clareza praticamente em todas as acepções centrais da concepção de retórica mesmo tendo defendido o autor que noções confusas são naturais e têm um papel basilar na argumentação. (ATIENZA, 2014, p. 81)³³.

1.1.3 A teoria argumentativa de Toulmin

Stephen E. Toulmin³⁴ (2001) foi um filósofo inglês e educador conhecido pelo seu estudo acerca da história das ideias. Durante parte de sua vida acadêmica, Toulmin estava engajado em descrever a linguagem prescritiva – que consiste em sentenças imperativas e julgamentos de valor usados em declarações éticas – enquanto postulava que a ética, ou o estudo lógico da linguagem moral não pode ser

³³ Reconhece-se a existência de falhas no pensamento de Chaïm Perelman, que não serão trabalhadas com maior profundidade por não comporem o objeto principal desse estudo. Porém, destaca-se que Atienza (2014, p.81-98), em *As Razões do Direito: teoria da argumentação jurídica*, trata delas de modo detalhado apontando interessantes marcos teóricos.

³⁴ Pós Doutor em Filosofia na Universidade de Cambridge, ele palestrou em Oxford antes de se tornar chefe de departamento e professor na Universidade Leeds (1955–59) e, posteriormente, diretor da fundação de Nuffield. Mudou-se para os Estados Unidos em 1960, lecionou na Universidade de Brandeis, na Universidade Estadual de Michigan, na Universidade da Califórnia, Santa Cruz, na Universidade de Chicago, na Universidade do Noroeste e na Universidade da Califórnia do Sul. Entre duas obras, destaca-se *The Uses of Argument* (ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, 2016, p.1).

reduzido a fatos subjetivos ou objetivos, mas é expressão única de dever ou direito. (ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, 2016, p.1).

Não obstante sua forte conexão com as ciências naturais, principalmente com a física e a matemática, no decorrer do seu percurso acadêmico, similarmente a Viehweg e a Perelman, rompeu com o clássico silogismo aristotélico. A ideia de premissa maior, premissa menor e conclusão não abarca a lógica argumentativa, a qual ele, por meio de sua teoria, retirou do viés abstrato e trouxe à prática.

Um argumento é como um organismo: tem uma estrutura bruta, anatômica, e outra mais fina e, por assim dizer, fisiológica. Quando explicitamente exposto em todos os seus detalhes, um só argumento pode precisar de muitas páginas impressas ou talvez um quarto de hora para ser narrado; e, naquele tempo ou espaço, podem-se distinguir as fases principais que marcam o processo do argumento a partir da afirmação inicial de um problema não-resolvido, até a apresentação final de uma conclusão. (TOULMIN, 2001, p.133).

O excerto supra da obra *Os usos do argumento* é um bom introito para compreender o modelo argumentativo de Toulmin (2001), onde o argumento é analisado em sua completude indo desde pretensão, fatos e garantias, até apoio, qualificadores modais e condições de refutação.³⁵

Em primeiro lugar, há que se compreender que o modelo proposto visa a objetivação do argumento, em outras palavras, por meio de uma perspectiva fisiológica, analisa-se a estrutura do argumento. Numa analogia singela, como a planta está para a construção, o processo argumentativo está para a argumentação. Assim, por Toulmin, é plausível analisar a coerência discursiva pelos “pedacinhos” formadores do discurso.

Outro ponto importante é que, enquanto Aristóteles intentou fazer da lógica uma ciência formal similarmente à geometria, Toulmin salientou a prática lógica em detrimento da teoria lógica tendo por escopo lograr uma lógica eficaz ou aplicada, *Working Logic*, tomando por modelo a jurisprudência. (ATIENZA, 2014, p.100)

No pensamento do referido jusfilósofo, o objeto de estudo da lógica é a solidez dos argumentos que criamos, “o tipo de precedente (no sentido que os advogados usam este termo) que apresentamos em defesa de nossas alegações”

³⁵ Cada um destes aspectos será explanado com maior detalhe no corpo do tópico, bem como trazido ao campo pragmático, como pretendia Stephen E. Toulmin, por instrumento da análise da ADPF 153 de 2010, que será feita no capítulo 2 do presente trabalho.

(TOULMIN, 2001, p.9). Logo, tomou-se a jurisprudência como modelo, conferindo à lógica o status de jurisprudência generalizada.

[...] Os argumentos podem ser comparados a processos judiciais; e as alegações que fazemos e argumentos que usamos para “defendê-las”, em contextos extralegais, são como as alegações que as partes apresentam nos tribunais; e os casos que oferecemos para provar cada uma de nossas alegações são jurisprudência consagrada – para a lógica, num caso, e para o Direito, no outro. (TOULMIN, 2001, p.10)

Considerando que, precipuamente, uma das funções jurisprudenciais é lograr a conservação dos procedimentos por meio dos quais as alegações são apresentadas, dialogadas e determinadas em juízo, bem como as categorias em conformidade com as quais este processo é realizado (TOULMIN, 2001, p.10); o modelo proposto por Stephen Toulmin (2001) analisa o processo racional a partir de procedimentos e de categorias.

A disputa racional é um gênero do qual os processos judiciais são espécies, cujos procedimentos e regras argumentativas estão institucionalmente determinados. Diante disso, a conexão estabelecida entre o Direito e a lógica é vantajosa principalmente pelo destaque que confere a função crítica da razão. Estabelece-se dessa maneira, padrões de realização discursivas das quais um orador pode se aproximar mais ou menos.

A obra “Os usos do argumento” (2001) está dividida em cinco capítulos³⁶. Como uma das finalidades precípuas desta dissertação é a análise argumentativa objetiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 de 2010, da obra supramencionada dar-se-á ênfase ao capítulo III (O *layout* de argumentos) porque o modelo de análise argumentativa de Toulmin (2001) e as terminologias concernentes ao mesmo estão explicadas e demonstradas nele.

A *Claim* é a asserção original em função da qual todo o discurso jurídico se desenvolverá, ela pode ser entendida tanto como pretensão quanto conclusão

³⁶ Estes: “Campos de argumento e modais” (p.15-62), “Probabilidade” (p.63-133), “O layout de argumentos” (p.135-207), “Lógica prática e lógica idealizada” (p.209-299), “As origens da teoria Epistemológica” (p.301-359) e Conclusão (p.361-369).

argumentativa, uma vez que o discurso é feito por ela e tem por fito chegar a ela da melhor forma possível³⁷.

Os *Data* são suportes da asserção original estando a ela relacionados, em outras palavras, são a base, “[...]os fatos aos quais recorreremos como fundamentos para a alegação...”. (TOULMIN, 2001, p.140)

A *Warrant* ou garantia é necessária quando, além das informações fáticas apresentadas, contesta-se a relação entre elas e a asserção original³⁸. Logo, são os argumentos cujo *locus* está situado entre os dados e a conclusão ratificando pertinência e legitimidade discursivas. Podem ser regras, princípios, licenças de inferência ou qualquer outra coisa, desde que não constitua um item informativo novo³⁹.

Outro ponto relevante a ser salientado acerca das garantias é o caráter incidental e explicativo, já que, a depender da contestação à *Claim*, não acontecem, bem como não agregam um novo léxico argumentativo à questão jurídica discutida, expondo apenas o motivo da coerência entre os fatos que sustentam a asserção original e a conclusão.

Há vários tipos de garantias: há aquelas que podem tornar uma conclusão inequívoca, dar a ela um caráter de veracidade ou verossimilhança provisório ou condicionar a passagem e a legitimidade dos dados à conclusão, condicionados a exceções ou qualificações. Assim, os *Qualifiers* e as *Conditions of Rebuttal* nascem da insuficiência da mera apresentação argumentativa de dados, garantia e alegação.

Os *Qualifiers* ou qualificadores modais são medidores da força argumentativa existente na garantia. Em outras palavras, indicam o nível de solidez

³⁷ Toulmin (2001, p.139) deixa clara essa ideia neste trecho: “[...] Suponhamos que façamos uma asserção e por ela nos comprometamos com a alegação que toda asserção envolve necessariamente. Se esta alegação for desafiada, teremos de ser capazes de estabelecê-la – isto é, de prová-la e de mostrar que era justificável. Como isto deve ser feito?”. É da potencial contestação da alegação inicial que decorre a necessidade de consistência argumentativa.

³⁸ Toulmin (2001, p.140) diz que a *Warrant* responde a questão “como você chegou até aqui”. Trata-se do liame argumentativo entre *Claim* e *Data*.

³⁹ “[...] Normalmente, este processo é escrito muito resumidamente, na expressão ‘se D, então C’, pode-se contudo expandi-la, com lucro, em favor da imparcialidade, e reescrevê-la como: ‘dados do tipo D nos dão o direito de tirar as conclusões C (ou de fazer alegações C)’, ou, noutra formulação optativa, ‘dados (os dados) D, pode-se assumir que C’...” (TOULMIN, 2001, p.141).

e coerência argumentativa existente na passagem dos dados (*Data*) à pretensão ou conclusão (*Claim*) qualificando-a⁴⁰.

As *Conditions of Rebuttal* ou condições de refutação “indicam as circunstâncias nas quais se tem de deixar de lado a autoridade geral da garantia” (TOULMIN, 2001, p.145). Trata-se da prescrição de condições ou contextos excepcionais com a possibilidade de conclusão argumentativa existente. Uma expressão que designa bem a circunstância de uma condição de refutação é “a menos que”⁴¹.

[...] Ao defender uma alegação, apresentamos nossos dados, nossa garantia e as condições e qualificações relevantes, e descobrimos que, contudo, ainda não satisfizemos nosso desafiador; pois ele pode ter dúvidas não só em relação a este argumento específico, mas em relação à questão mais geral de se a garantia (W) é, de algum modo, aceitável... (TOULMIN, 2001, p. 148).

É no contexto supra que surge o apoio ou *Backing*, através da contestação do motivo do aceite argumentativo de uma garantia. O apoio pode ser compreendido como o aval assegurador da autoridade e vigência da garantia, o qual varia conforme o tipo de *Warrant* existente.

Ao discorrer acerca do apoio, Stephen E. Toulmin (2001, p. 149) ilustra a possibilidade de variação da garantia e do apoio. Nestes termos:

[...] Mas no momento em que perguntamos sobre o *apoio* em que uma garantia se baseia, em cada campo, começam a aparecer grandes diferenças; o tipo de apoio que precisamos apontar se tivermos de estabelecer a autoridade de uma garantia mudará muitíssimo, cada vez que mudarmos de um campo de argumento para outro. “Uma baleia será (isto é, é *classificável* como) um mamífero”, “um bermudense será (aos olhos da lei) um britânico”, “um árabe-saudita será (descobrir-se-á que é) um muçulmano”. As palavras entre parênteses indicam quais são essas diferenças.

Cada uma das garantias apresentadas está inserida num contexto diferenciado, num campo cognitivo distinto. Isso as torna (assim como os respectivos apoios) diferentes. A classificação da baleia como mamífero encontra apoio na biologia, a classificação de um cidadão bermudense como britânico possui apoio

⁴⁰ Exemplos de qualificadores dados no artigo de Claudia Rosane Roesler e Gabriel Rübinger-Betti (2014, p. 670) são: “necessariamente”, “provavelmente” e “presumivelmente” descritos como graus de força da alegação considerando a garantia.

⁴¹ Um exemplo singelo de uma condição de refutação seria: sou filha de pais brasileiros. Logo, a menos que tenha nascido em território estrangeiro, tenha sido registrada no consulado brasileiro e optado por outra nacionalidade, após a minha maioridade, sou brasileira.

normativo, a classificação do árabe saudita como muçulmano pode encontrar seu apoio numa estatística religiosa. Logo, o apoio usado depende de um campo cognitivo semântico contextual.

Considerando que o foco da Teoria da Argumentação jurídica está nos casos difíceis e que esses se encontram, majoritariamente, em instâncias superiores – as quais analisam questões de direito e não matéria fática, é importante destacar abaixo uma consideração feita Manuel Atienza faz acerca do modelo argumentativo ora estudado.

Nas questões de direito, o *Data* englobaria tanto os fatos discutidos pelos tribunais de primeira instância quanto decisões de outros tribunais, a *Warrant* será uma norma ou princípio jurídico e o *Backing* é a indicação que a garantia enuncia uma norma ou um princípio vigente (ROESLER, BETTI, 2014, p. 670).

Diferente de Perelman (2004) e Viehweg (1979), Stephen E. Toulmin (2001) desenvolveu um raciocínio mais próximo a ideia de uma verdadeira teoria da argumentação, tanto pela definição clara de cada uma das categorias teóricas que compõem o argumento – como também pela possibilidade de análise de argumentos jurídicos e meta jurídicos a partir do modelo proposto. Em suma, inova principalmente ao apresentar um nível maior de objetividade na análise argumentativa.

Quanto a algumas críticas apresentadas ao modelo Toulminiano, destaca-se a de Manuel Atienza (2014, p. 122-127) no sentido de que a diferença entre garantia e respaldo nem sempre é clara. Fator esse que dificulta a distinção entre argumentos analíticos e substanciais⁴².

1.1.4 Os requisitos necessários à construção de uma decisão racional segundo Neil Maccormick

Donald Neil MacCormick foi um escocês nascido em Glasgow, cidade onde se formou em Filosofia e Literatura, bem como bacharel em Direito pela Universidade de Oxford. Quanto à carreira, foi professor, escritor e político no

⁴² Após analisar a ADPF 153 de 2010, no capítulo terceiro desta dissertação, far-se-á uma crítica com maior propriedade a este modelo, após usá-lo.

Parlamento Europeu. A notoriedade intelectual lhe conferiu o *status* de Conselheiro da Rainha e Cavalheiro. (CAMPAGNACCI, 2014, p. 27)

Por volta de 1980 e 1990, MacCormick realizou pesquisas comparativas de interpretação jurídica, que englobavam leis e precedentes num grupo de estudiosos que, jocosamente, se autodenominou *Die bielefelder kreis*⁴³ e encontrou as características dos argumentos persuasivos na fundamentação de um texto legal num *Leading Case*. Esses argumentos consistem mais especificamente às motivações dos magistrados para suas decisões concernentes à interpretação (MACCORMICK, 2008, p.165).

Uma das principais obras de MacCormick se chama *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978)⁴⁴, onde ele conciliou a razão prática com o ceticismo das pessoas, pautado na inverossimilhança da existência de uma teoria da razão prática sem uma teoria das paixões: de construir uma teoria descritiva e normativa; de aspectos materiais e formais e que dê conta da argumentação dedutiva e não dedutiva. (ATIENZA, 2014, p.133-134)

Outra obra interessante é *Retórica e o Estado de Direito* (2008), onde o referido autor elenca estas categorias argumentativas principais: os argumentos linguísticos, os sistêmicos e os teleológico-avaliativos.⁴⁵

Os argumentos linguísticos concernem ao sentido claro de palavras ou conceitos usados na linguagem cotidiana. Em outras palavras, recorrem ao universo linguístico com o fito de optar por determinada interpretação em detrimento de outra⁴⁶. Roesler (2012, p. 151) exemplifica as frequentes referências a doutrina ou jurisprudência dominantes na busca de conceituações de termos como “anistia”, “conexão”, “crimes comuns”, “crimes políticos” no julgamento da ADPF 153 de 2010.

⁴³ A expressão *bielefelder kreis* pode ser traduzida do alemão para o português como Distrito de Bielefeld, ou ainda, grupo de pessoas de Bielefeld (tradução nossa).

⁴⁴ Época em que era discípulo de Hart. Posteriormente, reformulou seus entendimentos e o produto disso foi a visão do Direito como uma ordem normativa institucional. Assim, o trabalho *Rhetoric and the Rule of Law* (2005) se caracterizou pelo viés pós-positivista. (CAMPAGNACCI, 2014, p. 27).

⁴⁵ O estudo dessa obra possui relevância neste trabalho porque, nela, MacCormick integra o raciocínio silogístico ao argumentativo destacando que, em *Hard Cases*, o modo mais adequado de justificar uma decisão é pela argumentação. Ademais, mister salientar que a apreensão do contexto de construção da linguagem jurídica ajuda a auferir em que medida há segura ou não, bem como qualidade decisional ao jurisdicionado.

⁴⁶ “As categorias de argumentos interpretativos são, primeiro, aqueles que recorrem ao próprio contexto linguístico como fonte de razões para preferir uma interpretação a outra (argumentos “linguísticos”)”. (MACCORMICK, 2008, p. 165-166).

O contexto buscado na argumentação linguística é o do enunciado (*utterance*), ou seja, a linguagem que o engloba e sua linguagem particular registrada. O exemplo dado por Neil David MacCormick é o uso da palavra “dano”, nos termos da seção 123 (1) do *Employment Rights Act* de 1996, cuja controvérsia, no caso concreto, foi esta:

Um empregado que afirma ter sofrido humilhação, dano a seus sentimentos e angústia, como resultado de uma demissão presumida, afirma que, adequadamente interpretada, a seção 123 (1) permite a reparação de perdas não pecuniárias. O empregador afirma que a seção 123 (1) apenas permite a reparação de perdas pecuniárias: Essa é a disputa central acerca da interpretação da lei que se coloca diante do tribunal. (UKHL, 2004, apud MACCORMICK, 2008, p. 166).

Em suma, o problema interpretativo está no campo lexical da palavra “perdas” (*loss*) e, principalmente, na semântica e alcance do termo para a produção de efeitos concretos. É esta: se a seção 123 (1) permite ou não a reparação de perdas pecuniárias.

Para melhor compreensão, A redação original da seção 123 (1), constante no *Employment Rights Act* de 1996, assevera isto:

123 Compensatory award.

(1) Subject to the provisions of this section and sections 124 [F1, 124A and 126], the amount of the compensatory award shall be such amount as the tribunal considers just and equitable in all the circumstances having regard to the **loss** sustained by the complainant in consequence of the dismissal in so far as that **loss** is attributable to action taken by the employer (UNITED KINGDOM, 1996, p.1, grifo nosso)⁴⁷.

No momento de proferir sua decisão, o magistrado, *Lord Steyn*, usou argumentação linguística ao afirmar que:

Uma lei nem sempre possui um sentido claro. Às vezes argumentos de princípio precisam ser considerados, e um equilíbrio entre argumentos consequencialistas precisa ser criado. Mas, no caso presente... [I]da no contexto a palavra “dano” tem um sentido claro que exclui danos não econômicos (UKHL, 2004, Apud MACCORMICK, 2008, p.167).

⁴⁷ “123 Indenização compensatória: (1) Sujeita ao disposto nessa seção e nas seções 124 [F1, 124 A e 126], a quantia da indenização compensatória deverá ser a que o tribunal considerar justa e equânime em todas as circunstâncias tendo considerado a **perda** sofrida pelo reclamante em consequência da rescisão do contrato laboral, porque a **perda** é atribuível à ação tomada pelo empregador”. (UNITED KINGDOM, 1996, p.1, tradução nossa).

Por conseguinte, resta claro que a palavra “perda” (*loss*) foi interpretada em conformidade com o enunciado (*utterance*) normativo registrado como seção 123 (1) do *Employment Rights Act* de 1996. Diante do contexto em tela, ela não abarca danos não financeiros. Cumpre salientar que, mesmo se não se tratasse de enunciado normativo, a semântica seria a mesma.

Aparentemente, os argumentos linguísticos atendem também ao valor da segurança jurídica, uma vez que o jurisdicionado não pode ser surpreendido na dicção do Direito, bem como estão em conformidade com:

[...] o princípio de que a linguagem precisa ser utilizada pelo legislador, e, portanto, compreendida desde logo pelos cidadãos, de um modo tão direto e imediatamente compreensível quanto possível. (MACCORMICK, 2008, p.168).

A situação supra de argumentos linguísticos não só evita que o intérprete confira uma nova semântica ao enunciado normativo criando, por exemplo, uma nova lei, mas também confere ao legislador uma responsabilidade maior, uma vez que o texto normativo passa a necessitar de termos ordinariamente inteligíveis. Por conseguinte, os litígios que versem acerca de interpretações de leis, nesta senda, tendem ao decréscimo.

Contudo, na perspectiva pós-positivista de Neil MacCormick, os juízes devem julgar consoante o ordenamento jurídico preexistente, mas – em caso de não haver regras claras – a dicção jurídica deve observar os princípios vigentes no sistema. Ratificando tal entendimento, é importante ressaltar que “por trás de abordagens que são descritas de forma frequentemente desaprovadora como “formalistas” ou “legalistas” de interpretação residem razões avaliativas de um tipo altamente respeitável”. (MACCORMICK, 2008, p. 169).

A previsibilidade da interpretação acarretando a não surpresa do jurisdicionado é uma ideia básica do Estado de Direito. Quando há o *Rule of Law*, existe o império da lei e não o império da interpretação. Interpretar pode ser tanto repetir o que está escrito com outras palavras, quanto criar enunciados novos à partir de diferentes referenciais perspectivos, dentre eles, a principiologia em caso de lacunas.

Ao interpretar um enunciado de lei, pode-se focar na intenção do legislador no período de sua criação, na necessidade do corpo social quanto à efetividade

normativa, na histórica manifestada no decurso do tempo e câmbio cultural... enfim, as possibilidades são infinitas.

Quando a lei trata de matérias próprias de campos específicos, o sentido ordinário e o sentido técnico podem se misturar. Nos casos em que um enunciado trate de uma questão técnica com vocabulário especializado próprio, MacCormick (2008) afirma a prevalência do sentido técnico em detrimento do ordinário.

O referido autor (2008, p.169) exemplifica a ocorrência dessa situação no Direito escocês, onde *diligence*, na semântica ordinária, significa cuidado e, processualmente, é uma medida judicial asseguradora da efetividade da execução de condenações em pecúnia⁴⁸.

A lei é uma parte de um todo, qual seja, o sistema jurídico. O argumento sistêmico, como o próprio termo indica, dá valor ao texto pelo seu contexto, confere uma compreensão aceitável do texto legal à partir do universo no qual ele está inserido⁴⁹. MacCormick (2008, p.170-174) classifica o gênero argumentativo sistêmico em seis espécies, infra explanadas.

(i) Na harmonização contextual, necessariamente, a interpretação da regra é feita em conformidade com um conjunto normativo específico ou à luz da lei inteira. Em caso de obscuridade terminológica, interpretar-se-á o termo tomando em consideração a lei que o contém ou a legislação relacionada à matéria como um todo, auferindo inclusive se a palavra controversa deve ser interpretada no sentido ordinário ou técnico⁵⁰.

(ii) Os argumentos a partir de precedentes indicam que, quando uma decisão é submetida ao julgamento de um tribunal, os outros devem seguir a mesma interpretação mantendo, assim, uma sistematização jurisdicional coerente e coesa. Um exemplo disso é o caso *Dunnachie*, supra explicado concernente à interpretação do termo “dano” no artigo 123 (1) do *Employment Rights Act* de 1996.

⁴⁸ Outro exemplo dado foi o do mesmo vocábulo no setor de transportes designando um tipo particular de veículo puxado por cavalos (MACCORMICK, 2008, p. 169).

⁴⁹ Olha-se “para o sistema jurídico como sendo o contexto especial do texto dotado de autoridade...” (MACCORMICK, 2008, p. 166) apreendendo a semântica normativa à partir dele.

⁵⁰ A diferenciação entre termo ordinário e termo técnico foi feita e devidamente explicada no final deste tópico, após o detalhamento do que são argumentos linguísticos, sistêmicos e teleológico-avaliativos.

Quando do julgamento do *Leading Case*, havia o precedente *Norton Tool Co Ltd. v Tewson*, antigo e ratificado pelos julgadores em diversas decisões, onde se estabeleceu que a sessão 116 (1) do *Industrial Relations Act de 1971*, ao usar o termo “dano”, referir-se-ia somente ao de natureza patrimonial, sem perpassar aspectos imateriais tampouco abstratos. *In casu*, dentre os fundamentos dos julgadores, em *Dunnachie*, esteve a interpretação conferida ao precedente.

A espécie ora estudada de argumentação sistêmica também está presente na *Jurisprudence Constante Française*⁵¹, na qual, doutrinariamente, casos isolados não são relevantes, mas o corpo estável de decisões de interpretações semelhantes, prolatadas pelos Tribunais Superiores.

(iii) Os argumentos por analogia são usados quando certa disposição legal é muito parecida com a de outras leis, códigos ou partes de códigos. Quando ela é utilizada, se o contexto jurídico é similar, mantém-se a semântica original da norma. Mas, para assegurar a proximidade semântica, é plausível realizar o afastamento do sentido originário do termo.

(iv) Os argumentos conceituais também são conhecidos como argumentos lógicos e se baseiam na ideia de que, quando um conceito jurídico geral reconhecido e elaborado doutrinariamente está na lei, sua interpretação deve ser feita para manter a consistência no sistema jurídico como um todo.

(v) Argumentos a partir de princípios gerais se concretizam no fato de interpretar a lei conforme os princípios gerais de Direito que lhe forem aplicáveis. Em caso de conflito principiológico, deve se procurar as razões da preponderância de um princípio sobre o outro no contexto em tela.

Essa espécie argumentativa está presente, por exemplo, em argumentações concernentes a suspeitos de terrorismo, que MacCormick exemplifica com argumentações como a da Baronesa Hale:

Não é tarefa do executivo decidir quem deve ser preso e por quanto tempo, que dirá decidir que ficará preso infinitamente. Apenas os tribunais podem fazer isso e, exceto se se tratar de uma providência

⁵¹ *Jurisprudence Constante Française* ou Jurisprudência Francesa Constante, como a nomenclatura indica, designa o fenômeno de que as decisões tomadas pelos tribunais superiores, na hierarquia judiciária francesa, tem peso sob as jurisdições inferiores, as quais tendem a se alinhar às decisões das cortes de recursos /*Cour d'Appel* e da Corte de Cassação / *Cour de Cassation* (BAUMANN; BRAUDO, 1996, p.1).

preliminar anterior ao julgamento, apenas depois de haver prova quanto aos fundamentos existentes para que alguém possa ser detido. A prisão pelo executivo é a antítese do direito à liberdade e da segurança pessoal. (HALE, 2004 apud MACCORMICK, 2008, p.173).

Primeiro, nota-se que, em caso de terrorismo, o executivo decide quem prender e por quanto tempo prender. O conflito de princípios, ao final do apelo registrado, dá-se entre segurança pessoal e direito à liberdade. Contudo, é plausível elencar outros conflitos como tripartição dos poderes, presunção de inocência e prevalência do interesse público.

(vi) Argumentos a partir da história interpretam o conteúdo e a finalidade da lei ou do sistema jurídico, numa perspectiva historicamente desenvolvida.

O argumento teleológico avaliativo consiste em analisar o escopo textual dotando o texto de melhor sentido a partir de suas finalidades. Assim, considerando que a legislação incorpora valores socialmente relevantes, os quais o legislador visa implementar, a argumentação é uma atividade teleológica e racional, onde se busca a satisfação de demandas de justiça acolhendo certos tipos argumentativos em detrimento de outros sem violar princípios gerais, essência e substância normativas.

O agente determinador dos valores socialmente relevantes que, à primeira vista, seriam determinados pelo legislador, na verdade, é controverso. Para alguns, são produto do racionalismo presente em programas políticos estruturados a partir do senso de justiça e bem comum. Para outros, a “morte do autor” deixaria o texto com semântica a ser determinada pela comunidade de intérpretes. Há ainda quem analise *Les Travaux Préparatoires*, consistentes na análise de materiais pré-legislativos como, por exemplo, relatórios de debates parlamentares. O referencial dependerá do caso concreto em análise.

Não obstante a ênfase nessa classificação tripartida, MacCormick (2008, p.166) menciona que apelar à intenção do autor, legislador, é uma prática argumentativa comum. Contudo, essa perspectiva gera problemas, pois, verificar a intenção pode gerar ambiguidade primeiramente no que concerne ao seu caráter objetivo ou subjetivo e, ainda, em relação a referência das declarações autorais ou mesmo da intenção em questão.

[...] Às vezes ela pode envolver referência à intenção do autor acerca do uso da linguagem, simplesmente. Às vezes pode envolver

referência à intenção do autor sobre o uso de um termo ou sentença no contexto do sistema jurídico como um todo. Às vezes pode envolver referência à intenção do autor com respeito aos fins e valores que deveriam ser realizados por meio de legislação. Por essas razões, esse elemento particularmente indeterminado da argumentação jurídica é melhor considerado como um elemento que se move por todas as outras categorias e por todos os seus tipos. ele poderia ser considerado um tipo “transcategórico” de argumento, em relação às outras categorias aqui identificadas. (MACCORMICK, 2008, p.166).

Há muitas críticas ao pensamento de MacCormick (2008)⁵². Algumas delas consistem, respectivamente, na aparente inadequação da lógica proposicional para suprir o raciocínio judicial, bem como no fato de uma visão dedutivista do raciocínio jurídico resultar nisto: ou encarar o ordenamento jurídico como algo perfeito sem inconsistências, ou aceitar o ordenamento jurídico como algo falho possibilitando qualquer tipo de conclusão. (ATIENZA, 2014, p. 163-165).⁵³

⁵² Ratifica-se que a finalidade precípua do primeiro capítulo apresentar a insuficiência da lógica formal e a o método de funcionamento do diagrama de Toulmin. As críticas concernentes ao pensamento de Viehweg, Perelman, Toulmin e MacCormick são tão somente para afirmar que os raciocínios propostos, não obstante configurarem avanços na senda jurídica, não são infalíveis, tampouco configuram verdades universais.

⁵³ Duas bibliografias interessantes de críticos apontadas por Atienza são estas: WELLMAN, Vincent A. Practical reasoning and judicial justification: toward an adequate theory. *University of Colorado Law Review*, n. 57, 1985. WILSON, Alida, The nature of legal reasoning: a commentary with special reference to professor MacCormick's Theory. *Legal Studies*, n. 2, p. 269-285, 1982.

2 ANÁLISE ARGUMENTATIVA DA ADPF 153 DE 2010

Recentemente, no Brasil, tem crescido o debate acerca do direito à memória⁵⁴, a comissão da verdade⁵⁵, a condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e alguns pronunciamentos de membros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Tudo conexo a ADPF 153/2010, cujo tema central – Anistia – é um conceito sempre presente na história do país.

Os registros da concessão de Anistia são muito antigos. O primeiro aconteceu em 594 A.C. com Sólon e, posteriormente, em 405 A.C com Patrocleides o qual, diante do aniquilamento do império ateniense, restabeleceu com restrições a comunhão de direitos civis e políticos a favor de numerosos cidadãos processados e condenados, os quais fizeram um solene juramento de reconciliação geral. Um terceiro momento é a anistia concedida por Trasíbulo fazendo parte do acordo de paz, de sua lavra, firmado entre espartanos e atenienses (MARTINS; MARTINS; PALMEIRA, 1978, p.17).

Normalmente, no Brasil, pensa-se na concessão de anistia somente no contexto da ditadura militar – mas ela esteve presente em diversos momentos históricos, entre eles, a insurreição pernambucana contra o domínio holandês, em 1654, que resultou num tratado, cuja redação dispunha:

[...] Convencionou-se em resumo: - que a cidade de Recife, todas as demais povoações e todos os fortes ou armamentos existentes nas quatro capitâneas que tinham estado em poder dos holandeses, seriam restituídos imediatamente ao rei de Portugal; - que se esqueceria a guerra, concedendo-se anistia plena e inteira aos próprios portugueses e judeus, ou súbditos de qualquer outra

⁵⁴ Acerca da memória, é importante ter isto em mente: “A outra determinante moral da memória, em sentido contrário, é o dever de lembrar. O dever de memória é requerido ‘algumas décadas após os horríveis acontecimentos de meados do século XX’, particularmente na Europa Ocidental (RICOEUR, 2007, p.99). Essa obrigação pode ser vista, em primeiro lugar, como uma resistência ao dever de esquecimento, e existe, ainda, desde Auschwitz entre Alemanha e Israel, ligando os dois povos (WEINRICH, 2001, p.238). Na América Latina, é um fenômeno mais recente, e uma resposta posterior às anistias das décadas de 1970 e 1980. Em diversos Estados, criam-se comissões da memória e da verdade, museus, monumentos, e tudo isso ligado ao tema do ‘*Nunca más*’ estabelecendo, assim, uma conexão íntima entre o lembrar e o não repetir” (ARAÚJO, 2011, p. 21-22).

⁵⁵ Em síntese: “A Comissão Nacional da Verdade foi criada pela Lei 12528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012. A CNV tem por finalidade apurar graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988. Conheça abaixo a lei que criou a Comissão da Verdade e outros documentos-base sobre o colegiado. Em dezembro de 2013, o mandato da CNV foi prorrogado até dezembro de 2014 pela medida provisória nº 632”. (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2016, p.1).

nacionalidade que tivessem tomado partido pelos holandeses [...]. (MARTINS; MARTINS; PALMEIRA, 1978, p.24).

Outros contextos em que houve a anistia foram estes: conflito dos emboabas 1708/1709; a guerra dos mascates em Pernambuco 1711/1714, o movimento baiano de 1711, a revolta de Vila Rica em 1720, a conjuração Fluminense de 1794 e a Revolução Pernambucana de 1817 (MARTINS; MARTINS; PALMEIRA, 1978, p.25).

Em artigo publicado em revista da USP, a estudiosa Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos elencou exemplos mais próximos de concessão de anistia, nestes termos:

Por exemplo, logo após a Revolução de 1930, foi promulgada uma anistia que compreendia tanto os crimes políticos quanto militares. Em 1931, uma nova lei de anistia excluiu do rol dos benefícios os delitos comuns e os meramente funcionais. Em abril de 1945, anunciadas as eleições gerais, o governo concedeu anistia aos que tivessem cometido crimes políticos desde 16 de julho de 1934, data da Constituição anulada pelo golpe de Estado de 1937. Em setembro de 1945, nova anistia era emitida para acusados por crimes de injúria aos poderes públicos e também para os responsáveis por crimes de qualquer natureza, considerados políticos ou-não, ocorridos durante ou logo após a realização de comícios, passeatas ou outras manifestações políticas.

O Decreto legislativo n. 18 de 1951 anistiava trabalhadores que haviam sido dispensados por terem participado de movimentos grevistas; o que gerou interpretações distintas pela própria Justiça do Trabalho [...]. (BASTOS, 2008, p.596-597).

Assim, seja no contexto de movimentos separatistas ou de mera mudança de titularidade do poder, a anistia sempre esteve presente. Trata-se aparentemente de uma ferramenta pacificadora para prosseguir na história silenciando controvérsias.

A Lei 6.683 de 1979, disciplinando a anistia no Brasil, após 15 anos de autoritarismo, foi feita no governo do presidente João Baptista Figueiredo. Essa época representou um passo importante para a redemocratização brasileira e mudança de paradigma político, econômico e social⁵⁶.

A referida lei não só marca um contexto de reabertura, mas também possui grande proximidade em relação à emenda constitucional 26 de 1985, a qual, após

⁵⁶[...] No âmbito político, o país entrava na reta final do processo de liberalização e de retorno do poder às mãos dos civis – período de ricas transformações nas estruturas decisórias do país” (FERREIRA, 2006, p.119).

ratificar a aplicação da anistia, convocou a instauração de uma assembleia constituinte. Isso significou, naquele momento histórico, a conciliação de grupos sociais diversos, plurais e até antagônicos para a posterior manifestação do poder constituinte originário.

Contudo, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por instrumento da arguição de descumprimento de preceito fundamental 153 de 2010, requereu a reabertura discursiva da Lei de Anistia no país questionando sua amplitude, compatibilidade com a constituição de 1988, o direito a “verdade histórica”, a punição unilateral dos agentes do estado entre outras coisas.

Apesar de o produto da decisão colegiada ter sido a improcedência do pedido, por sete votos a dois (BRASIL, 2016, p.1), em momentos posteriores – principalmente após a conclusão de relatórios da comissão da verdade – por volta de 2013, o ex-presidente da OAB Federal, Marcus Vinícius Furtado Coêlho, pronunciou-se publicamente no sentido de uma nova ação do órgão de classe provocando a jurisdição do supremo em busca da flexibilização interpretativa da referida lei (FOLHA DE SÃO PAULO, 2016, p.1).

A princípio, o presidente da OAB, Marcus Vinicius Furtado, disse que a entidade pretende esperar o julgamento, pelo STF, dos recursos ao julgamento do pedido de revisão da Lei da Anistia para só então ajuizar a nova Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Mas se o Supremo demorar muito vamos ajuizar antes — afirmou Furtado. (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2014, p.1).

Mister salientar que um dos fundamentos da nova Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é a condenação sofrida pelo Brasil em 2010 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010) no caso Gomes Lund e outros, conhecido como Guerrilha do Araguaia.⁵⁷

Tudo porque, após a promulgação da Lei de Anistia, em 1982, as famílias de 25 desaparecidos ajuizaram uma ação de reparação de danos em desfavor do

⁵⁷ “[...] no período da ditadura militar brasileira (1964 à 1985), surgiu, no início da década de 1970, um movimento de resistência intitulado ‘Guerrilha do Araguaia’, com aproximadamente 70 pessoas. O governo à época implementou ações com o objetivo da eliminação física dos integrantes do movimento, no que obteve êxito... Posteriormente, após a ditadura, o governo brasileiro reconheceu sua responsabilidade pela desapareção forçada dos membros da guerrilha. Contudo, até o julgamento do caso pela CIDH, não foram encontrados os restos mortais da maioria das vítimas desaparecidas, nem tampouco existe informação conclusiva sobre o que ocorreu com elas”. (PAULA, 2013, p.569).

Estado, que transitou em julgado em 2007 (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000, p. 3) e cuja execução forçada foi resistida pela União. Consoante já mencionado, em 2008, o Conselho Federal da OAB interpôs a ADPF 153/2010 junto ao Supremo. Por fim, a ação foi julgada improcedente e a lei de Anistia válida.

Em face desta jurisdição, em março de 2009, protocolou-se uma demanda em desfavor do Brasil na CIDH, julgada em novembro de 2010 tendo em ótica que o Estado Brasileiro reconheceu a competência da corte em 10/12/1998, o caráter de crime continuado e permanente da desapareição forçada, bem como a inobservância do Brasil no que tange a normas de direito internacional que versam acerca de direitos humanos (PAULA, 2013, p.570).

Ao fim do trâmite processual internacional, além de considerar a própria sentença uma forma de reparação (PAULA, 2013, p. 570), o Brasil foi condenado a: investigar penalmente os fatos descritos para determinar a responsabilidade dos agentes estatais envolvidos, localizar os restos mortais dos envolvidos entregando-os aos familiares, dar tratamento médico e psicológico à família das vítimas, publicar o que a sentença da corte determinou reconhecer a responsabilidade internacional do Brasil no caso por meio de um ato público, determinar a participação compulsória dos membros das forças armadas a um programa ou curso de formação em direitos humanos, criar este tipo penal: desapareição forçada, manter as buscas pelos cadáveres e sistematizar todas as informações concernentes ao caso Gomes Lund (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Esses fatos contribuíram para a reabertura do debate acerca da Lei de Anistia e seus efeitos. É perceptível que o tema desperta diversas opiniões políticas, paixões ideológicas e, por isso, tem a capacidade de desviar o pesquisador da objetividade acadêmica conduzindo-o a paixão instrumental e à defesa de tese. Por isso, o voto de cada um dos ministros no *Leading Case* será analisado em tópicos posteriores seguindo um modelo objetivo de análise argumentativa⁵⁸.

O estudo dos argumentos contidos num caso controverso, além de útil para a análise do mesmo, contribuem para o desenvolvimento de uma visão crítica da

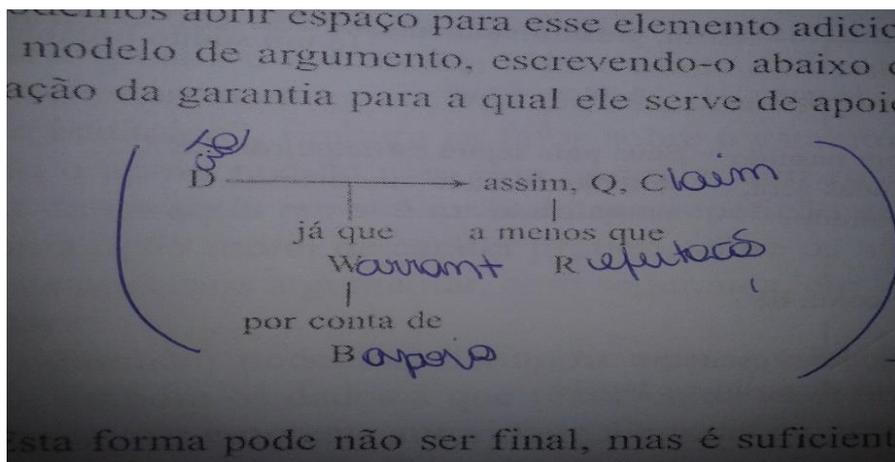
⁵⁸ O modelo escolhido, conforme taxativamente mencionado, é o de Stephen E. Toulmin (2001). As partes do argumento que serão analisadas já foram destacadas e explicadas com base da obra "Os usos do Argumento" no capítulo 1 da dissertação.

jurisdição constitucional no Brasil, uma vez que diminui a carga subjetiva da interpretação por analisar objetivamente os argumentos.

Argumentos bem construídos, concisos e coerentes devem ter uma boa construção lógica, uma estruturação que permita tanto aos leigos quanto aos profissionais do Direito compreender, de fato, os fundamentos da lide e a importância ou não da vinculação decisória, em determinadas situações. Além de *pró societá*, esta postura permite a academia contribuir para que haja uma melhor dicção do Direito em diferentes instâncias, pois, atenta a importância da expressão clara da construção do raciocínio jurídico.

O modelo proposto por Toulmin torna possível a identificação das fases similares de desenvolvimento argumentativo. Assim, o voto de cada ministro na ADPF em análise será analisado em conformidade com o layout proposto⁵⁹:

Figura 1 – Sistematização do modelo argumentativo de Stephen E. Toulmin



Fonte: TOULMIN, 2001, p.150

2.1 Síntese processual

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, protocolada em 21/10/2008, tem o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)⁶⁰ no polo ativo e o Presidente da República e o Congresso Nacional, em litisconsórcio, no polo passivo. Requereu-se, em síntese, a reinterpretação do disposto no parágrafo primeiro do artigo 1º da Lei Nº 6.683/79.

⁵⁹ Isso foi feito tanto em forma de tabelas, quanto em texto corrido para ficar mais didático.

⁶⁰ Representado por seu presidente no ato processual.

Defendeu-se que a controvérsia constitucional estaria no fato de saber se os agentes públicos responsáveis por homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais estupro e atentado violento ao pudor, contra opositores políticos ao regime militar, serem beneficiados pela anistia. Assim, ao final, pediu-se:

a) a notificação do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, parágrafo 1º da Constituição Federal;

b) a procedência do pedido de mérito, para que esse Colendo Tribunal dê à Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, uma **interpretação conforme à 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)** (COMPARATO; MONTEIRO, 2008, p. 29, grifo nosso).

Posteriormente, intimou-se o advogado geral da união (AGU) Dias Toffoli e, ainda, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a Associação Brasileira de Anistiados Políticos (ABAP) requereram o ingresso como *Amici Curi* sendo aceitos. Então, realizou-se audiência pública e, ao final, o acórdão emitido pela Suprema Corte Constitucional do Brasil manteve a interpretação original da Lei 6.683/79.⁶¹

2.2 Análise argumentativa interna da ADPF 153/2010: Ministro Eros Grau

O ministro Eros Grau decidiu pela improcedência da arguição que questiona a lei de Anistia. O voto proferido, na parte do fundamento, possui 7 (sete) partes. Estas: “a dignidade da pessoa humana”; “A interpretação conforme a constituição e os crimes conexos”; “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”; “A interpretação do Direito e as leis-medida”; “A transição para a democracia”; “interpretação e revisão da lei de anistia” e “Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985”. Posteriormente, há as observações finais, englobando um total de 25 (vinte e cinco) páginas.

⁶¹ O andamento, bem como as peças processuais do caso estão disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=153&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

Abaixo, a estrutura argumentativa de cada uma das partes da fundamentação é analisada isoladamente tomando por ponto de partida e conclusão geral, *Claim*, a improcedência da ação que questiona a Lei de Anistia.

2.2.1 A dignidade da pessoa humana

Quadro 1 – Análise da dignidade humana em Eros Grau

<i>Data</i>	“[...] A Arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei n. 6.683/79...” (BRASIL, 2010, p.21).
Garantia	“[...] Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da lei n. 6.683/79...” (BRASIL, 2010, p. 21).
.Apoio	“[...] luta pela anistia... encetada inicialmente por oito mulheres reunidas em torno de Terezinha Zerbini, do que resultou o CBD (Comitê Brasileiro pela Anistia), pelos autênticos do MDB, pela própria OAB, pela ABI (à frente Barbosa Lima Sobrinho), pelo IAB, pelos sindicatos e confederações de trabalhadores e até por alguns dos que apoiaram o movimento militar, como o general Peri Bevilácqua, ex-ministro do STM... a formidável luta pela anistia é expressiva da página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História...” (BRASIL, 2010, p.21-22). “Leio trechos de depoimento de Dalmo de Abreu Dallari... Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção pelo benefício que resultaria aos perseguidos e às suas famílias e pela perspectiva de que teríamos ao nosso lado companheiros de indiscutível vocação democrática e amadurecidos pela experiência...” (BRASIL, 2010, p.22).
Conclusão	“Sem de qualquer modo negar o que diz a Arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço [o que subscrevo], tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana [...] O argumento... não prospera” (BRASIL, 2010, p.24).

Fonte: Elaboração própria.

Neste tópico, a conclusão é o ponto de chegada e o de partida da construção do raciocínio. A *Claim* é que o argumento da dignidade da pessoa humana não é suficiente para invalidar a conexão criminal que beneficiou os agentes estatais que praticaram crimes comuns contra opositores políticos durante a ditadura.

A *Data* consiste na ideia da insuficiência argumentativa da dignidade da pessoa humana, por haver elementos históricos importantes e pela lei 6.683/79 ser o produto de um acordo político. Assim, por conseguinte, a *Warrant* é a descrição da

mobilização social da época em prol de uma anistia geral, ampla e irrestrita, bem como pelo depoimento de Dalmo de Abreu Dallari, que explica os termos nos quais foi feito e a utilidade do acordo político aos perseguidos e a suas famílias.

Em termos argumentativos, há consistência⁶² interna. Contudo, a conclusão apresentada, dada sua generalidade, é passível de condições de refutação e da incidência de qualificadores indicadores de baixa força argumentativa.

2.2.2 A interpretação conforme a constituição e os crimes conexos

Quadro 2 – Interpretação conforme e crimes conexos

Dado	“[...] o § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 define crimes conexos aos crimes políticos: ‘[c]onsideram-se conexos, para efeitos deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política’”. (BRASIL, 2010, p.25).
Garantia	“Essa expressão, crimes conexos a crimes políticos, conota sentido a ser indicado no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ter sido assim. A chamada <i>Lei de anistia</i> diz com uma conexão <i>sui generis</i> , própria ao momento histórico de transição para a democracia. Tenho que a expressão ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada <i>conexão criminal</i> . Refere o que ‘se procurou’, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.” (BRASIL, 2010, p.26).
Apoio	“[...] Esse significado de conexão <i>sui generis</i> , é assinalado no voto do Ministro Décio Miranda no RHC n. 59.834: ‘não estamos diante do conceito rigoroso de conexão, mas de um conceito mais amplo, em que o legislador considerou existente esta figura processual, desde que se pudesse relacionar uma infração a outra’” (BRASIL, 2010, p.26). “[...] a alusão a crimes conexos a crimes políticos aparece já na anistia concedida, em janeiro de 1916, a civis e militares que, direta ou indiretamente, se envolveram em movimentos revolucionários no Estado do Ceará (decreto 3.102, de 13 de janeiro de 1916, do Presidente do Senado Federal). Posteriormente isso se repete [i] no decreto 3.163, de 27 de setembro de 1916, de Wenceslau Braz, Ministro da justiça Carlos Maximiliano, decreto que concedeu anistia às pessoas envolvidas em fatos políticos e conexos ocorridos no Estado do Espírito Santo em virtude da Sucessão presidencial estadual; [ii] no decreto 19.395, de 6 de novembro de 1930, que concedeu anistia a todos os civis e militares envolvidos nos

⁶² Durante o capítulo 2, os termos “consistência”, “coesão” e “coerência” foram usados como sinônimos com a finalidade de evitar a repetição vocabular, bem como de exprimir a ideia de que o voto tem uma construção interna que se adequa ao modelo de construção argumentativa proposto por Toulmin.

	movimentos revolucionários ocorridos no país; [iii] no decreto 24.297, de 28 de maio de 1934, que concedeu anistia aos participantes do movimento revolucionário de 1932; [iv] no decreto-lei 7.474, de 18 de abril de 1945, que concedeu anistia a todos quantos tenham cometido crimes políticos desde 16 de julho de 1934 até a data de sua publicação, cujo § 2º do artigo 1º considera conexos, para os efeitos desse mesmo preceito, ‘os crimes comuns praticados com fins políticos e que tenham sido julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional’” (BRASIL, 2010, p.26).
Conclusão	“A arguente tem razão: 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. Anistia que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou, veremos logo adiante --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal” (BRASIL, 2010, p.26-27).

Fonte: Elaboração própria

Quanto aos crimes conexos, a *Claim* é que o legislador da lei 6.683/79 beneficiou os agentes estatais que praticaram crimes comuns contra opositores políticos durante a ditadura, estendendo a anistia a eles e excluindo as pessoas que já tinham sentença condenatória transitada em julgado por terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

A *Data* é um fato, qual seja, a existência de uma perspectiva própria de crime conexo na lei de anistia não correspondente à perspectiva hodierna. A *Warrant* buscou o estabelecimento da legitimidade e validade discursivas entre conclusão e dados (*Claim* e *Data*), a proporção em que conferiu um caráter único de transição democrática ao momento histórico da Lei 6.683/79.

Os *Backing* (apoios) ratificadores do entendimento do nascimento da lei de anistia em momento singular e, por isso, passível de possuir uma definição própria de crime conexo, são o entendimento do Ministro Décio Miranda no RHC n. 59.834 e as alusões a inúmeros decretos-lei de anistia.

Nestes termos, o argumento apresenta consistência interna, diante da coerência de sua construção semântica e lógica.

2.2.3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Quadro 3 – Jurisprudência da Suprema Corte

Dado	“Importa em especial considerarmos, no entanto, em relação ao caráter amplo das anistias concedidas entre nós, os julgados que passo a
------	--

	rememorar, inicialmente aos atinentes ao caráter amplo das anistias” (BRASIL, 2010, p.28).
Garantia	“Desta corte coleciono algumas decisões que, de uma forma ou de outra, importam ao quanto estamos, nestes autos, a considerar...” (BRASIL, 2010, p.28)
Apoio	<p>“Para começar, entre os acórdãos mais antigos desta corte, o Habeas Corpus n. 1.386, Relator o Ministro Piza e Almeida, em 4 de julho de 1900, que, ao considerar a anistia concedida pelo Decreto n.310, de 21 de outubro de 1895, interpretou-a de modo a aplicá-la a crimes de morte praticados em 12 de outubro de 1896; diz o acórdão: ‘É consequência do caráter geral da anistia que ela se estenda aos delitos acessórios que se prendem ao crime político’”. (BRASIL, 2010, p.28).</p> <p>“[...] Habeas Corpus n. 34.866... afirmou o caráter amplo do Decreto Legislativo n.27, de 20 de junho de 1956; a anistia nele concedida... não protege apenas a participação em greve, mas também os crimes com ela conexos”. (BRASIL, 2010, p.26-28-29).</p> <p>“[...] No Recurso Criminal n. 1.025, relator o Ministro Hahnemann Guimarães, em 1958 afirmou-se o caráter amplo da anistia concedida aos jornalistas, em relação a delitos de imprensa, pelo Decreto Legislativo n.27”. (BRASIL, 2010, p.29).</p> <p>“A ementa do Recurso de Habeas Corpus n. 59.834, relator para o acórdão o ministro Cordeiro Guerra, em 1982, linhas acima referido, diz: ‘ANISTIA. Interpretação do art. 1º e seu § 1º da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979. Crime de deserção praticado contemporânea ou antecedentemente aos crimes políticos anistiados, [sic] considera-se conexo ou relacionado com os crimes políticos para o reconhecimento da extinção da punibilidade, por força do art. 1º e seu § 1º da Lei 6.683, de 28.8.1979’”. (BRASIL, 2010, p.29).</p>
Conclusão	“Há momentos históricos em que o caráter de um povo se manifesta com plena nitidez. Talvez o nosso, cordial, se desnude na sucessão das frequentes anistias concedidas entre nós”. (BRASIL, 2010, p.30).

Fonte: Elaboração própria

A asserção original (*Claim*), ponto de chegada e partida da argumentação, consiste na ideia de que o caráter cordial do povo brasileiro se manifestar nas sucessivas anistias concedidas ao longo da história no país. Os suportes disso, *Data*, encontram-se nos julgados rememorados, cujas anistias possuíam caráter amplo.

A garantia, *Warrant*, asseguradora da pertinência e legitimidade discursiva entre dados e conclusão é a menção a existência de decisões proferidas pelo STF, onde a anistia possui caráter amplo. Assim, o apoio, *Backing*, são esses julgados, quais sejam, o Habeas Corpus n. 1.386, Relator o Ministro Piza e Almeida, em 4 de julho de 1900; o Habeas Corpus n. 34.866; o Recurso Criminal n. 1.025, relator o Ministro Hahnemann Guimarães e a ementa do Recurso de Habeas Corpus n. 59.834.

Há coerência argumentativa interna no que concerne à ratificação do fato de que, costumeiramente no Brasil, as anistias costumam ser amplas e a jurisprudência da corte confirma isso.

2.2.4 A interpretação do direito e as leis medida

Quadro 4 – Leis medida e interpretação jurídica

Dados	<p>“As leis-medida (<i>Massnahmegesetze</i>) disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial... As leis- medida configuram ato administrativo completável por agente da administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal... lei não-norma”. (BRASIL, 2010, p.31).</p>
Garantia	<p>“[...] necessidade de, no caso de lei medida, interpretar-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual”. (BRASIL, 2010, p.31).</p>
Apoio	<p>“[...] ponderações do ministro Orosimbo Nonato no sentido de que ‘[c]abe ao intérprete, na aplicação da lei, verificar-lhe a finalidade, a mens legis atendendo ao momento histórico em que ela surgiu, e ao escopo que a visa, sem se deixar agrilhoar demasiadamente à sua literalidade’...” (BRASIL, 2010, p.31).</p> <p>“Registro a existência, no Brasil, no período republicano, de mais de trinta atos de anistia, veiculados pelos seguintes decretos ou leis-medidas: Decreto n.8/1891 (oposição ao governo do Marechal Deodoro do Pará); Decreto n. 83/1892 (movimentos revolucionários em Mato Grosso e no Rio Grande do Sul); Decreto n. 174/1893 (acontecimentos políticos em SC e PE); Decreto n.175/1893 (movimentos de 02.03.1893 no Maranhão); Decreto n.176/1893 (movimento ocorrido em Catalão – GO); Decreto n. 305/ 1895 (acontecimentos políticos em Alagoas e Goiás); Decreto 310/ 1895(movimentos revolucionários)... Lei n. 7417/ 1985 (mães de família condenadas a até 5 anos de prisão)... Como deveríamos hoje interpretar esses textos? Tomando-se a realidade político-social do nosso tempo, nos dias de hoje, ou aquelas no bojo das quais cada qual dessas anistias foi concedida?” (BRASIL, 2010, p.32).</p> <p>Nas palavras de Sepúlveda Pertence: “Não se desconhece que a tradição histórica – fonte necessária de identificação conceitual do instituto, onde, como ocorre entre nós, a constituição não o define tem legitimado a anistia parcial, que exclua da sua incidência discriminante determinadas categorias de partícipes do fato anistiado. Mas, para que tais exclusões sejam legítimas, devem elas basear-se em fatos atribuíveis às pessoas excluídas da anistia”. (BRASIL, 2010, p.35).</p>

Conclusão	“A lei n.6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada”. (BRASIL, 2010, p.34).
-----------	--

Fonte: Elaboração própria

In casu, a *Claim* consiste no fato de a lei de Anistia ser uma regra presente de caráter geral e abstrato devendo ser interpretada à luz de seu próprio tempo. O *Data* comprova esse entendimento por, concretamente, a lei-medida dispor de determinados interesses imediatos e concretos, cujos resultados não podem ser alterados.

A *Warrant* garante a consistência argumentativa entre *Data* e *Claim* porque ratifica não haver pertinência em interpretar a lei 6.683/79 conforme a realidade contemporânea ao acórdão. Os trinta exemplos de anistia existentes no país, as ponderações do ministro Orosimbo Nonato e Sepúlveda Pertence asseguram a garantia formando o *Backing*.

O argumento apresenta consistência interna.

2.2.5 A transição para a democracia

Quadro 4 – O introito do período democrático

Dados	“Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos”. (BRASIL, 2010, p.37).
Garantia	“[...] os subversivos a obtiveram, a anistia, à custa dessa amplitude”. (BRASIL, 2010, p.37).
Apoio	“[...] Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver)”. (BRASIL, 2010, p.37).
Conclusão	“[...] Quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos”. (BRASIL, 2010, p.37).

Fonte: Elaboração própria.

A *Claim* se concretiza na ideia que tentar negar, em nome dos subversivos, o acordo político de anistia é infrutífero, já que ele efetivamente existiu. Isso está relacionado ao fato de que, não obstante haja pessoas que se oponham ao fato de a migração da ditadura para a democracia ter sido conciliada, todos foram absolvidos de seus crimes (*Data*).

Argumentar em nome dos subversivos pela inexistência da anistia é infrutífero porque eles a obtiveram justamente pela força de sua amplitude (Warrant), a qual só aconteceu porque eles cederam para sobreviver e não continuar na angústia (*Backing*). Logo, houve anistia por concessões mútuas que asseguraram sua amplitude.

A construção argumentativa se enquadra perfeitamente em Toulmin.

2.2.6 Interpretação e revisão da Lei de Anistia

Quadro 5 – Interpretação e revisão da Lei Anistiadora

Dados	“No Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia” (BRASIL, 2010, p.38).
Garantia	“[...] Menciono, por todos, votos de Pertence no RE n. 125.641, Relator o Ministro Celso de Mello, em 1991, e na Ação Originária n.13, Relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, em 1992. Nem mesmo para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo”. (BRASIL, 2010, p.38).
Apoio	“[...] trecho do voto do Ministro Orosimbo Nonato no Recurso Extraordinário Criminal n. 10.177, julgado em 11 de maio de 1948: ‘Ao poder judiciário cabe apenas o encargo de interpretar a lei que traduz a anistia, sua extensão e alcance quanto aos fatos e às pessoas. No que tange ao mais, nada lhe cumpre fazer. O assunto, escreve Carlos Maximiliano, citando Cobat, de natureza essencialmente política, enquadra-se na competência exclusiva do Congresso cujo veredictum, sobre o caso, não sofre revisão do judiciário’”. (BRASIL, 2010, p.38). “[...] é certo que ao Poder Judiciário não incumbe revê-lo. Dado que esse acordo resultou em um texto de lei, quem poderia revê-lo seria exclusivamente o poder legislativo”. (BRASIL, 2010, p.39). Chile, Argentina e Uruguai são citados como exemplos de alteração interpretativa da lei de Anistia por parte do poder legislativo. (BRASIL, 2010, p.39-41).
Conclusão	“Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias”. (BRASIL, 2010, p.39).

Fonte: Elaboração própria.

Quanto à interpretação e revisão da lei de anistia, a pretensão/conclusão consiste na ideia de que não compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) alterar textos normativos concessivos de Anistia, *Claim*.

Isso porque, fatidicamente, apesar de, no Estado Democrático de Direito, o poder judiciário poder produzir distintas normas a partir de texto normativo, ao Supremo é vedado reescrever Leis de Anistia (*Data*).

A legitimidade e a pertinência (*Warrant*) da incompetência do STF é assegurada, na medida em que, na jurisprudência da corte, sequer para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo. Isso está conforme os votos de Pertence no RE n. 125.641 e na Ação Originária n.13.

Isso é ratificado, ainda, pela disposição de trecho do voto do Ministro Orosimbo Nonato no Recurso Extraordinário Criminal n. 10.177, julgado em 11 de maio de 1948, segundo o qual, no que concerne à lei de anistia, ao poder judiciário cabe apenas o encargo de interpretar extensão e alcance quanto aos fatos e às pessoas. Em suma, um acordo oriundo de lei só pode ser revisto pelo legislativo. Isso, ainda, está conforme as perspectivas chilena, argentina e paraguaia.

2.2.7 A emenda constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985

Quadro 6 – EC 26/85

Dados	“Eis o que se deu: a anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988... estão todos como que [re]anistiados pela emenda, que abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”. (BRASIL, 2010, p.43).
Garantia	“A Emenda Constitucional n.26/85 inaugura a nova ordem constitucional que decairá plenamente no advento da constituição de 5 de outubro de 1988. Consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental.” (BRASIL, 2010, p.43-44).
Apoio	“Retorno ao texto de Nilo Batista, em trecho em que diz da impropriedade de entrever-se autoanistia na lei: ‘Sempre se soube da grande negociação política; hoje se sabe até que houve resistência à lei do ex-presidente General Geisel. Mas se o congresso nacional de 1979 pode ser olhado com certas reservas, o de 1985 ---já após eleições diretas para os governos estaduais, já com o país governado por um presidente civil, entre outros indicadores importantes --- por certo não precisava legislar anistia em causa própria; e na mesma emenda na qual era convocada a Assembleia Nacional Constituinte que resultaria na constituição de 1988, a anistia ascendia à hierarquia constitucional, deixando no degrau de baixo a restrição aos chamados crimes de sangue, que integrara a lei ordinária, e assim tornando-

	<p>se penalmente irrestrita'..." (BRASIL, 2010, p.42-43).</p> <p>"Diz o Professor Tércio que, 'ao promulgar emenda alterando o relato da norma que autoriza os procedimentos a emendar, o receptor (poder constituído) se põe como emissor (poder constituinte). Isto é, já não é a norma que autoriza os procedimentos de emenda que está sendo acionada, mas uma outra, com o mesmo relato, mas com outro emissor e outro receptor. É uma norma nova, uma norma origem... Quando o Congresso Nacional promulga uma emenda (nº 26) conforme os artigos 47 e 48 da Constituição de 67/69, emenda que altera os próprios artigos, não é a norma dos artigos 47 e 48 que está sendo utilizada, mas uma outra, pois o poder constituído já assumiu o papel de constituinte'..." (BRASIL, 2010, p.43).</p>
Conclusão	<p>"[...] Não tem sentido questionar se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela constituição de 1988. Pois a nova constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A norma prevalece, mas o texto --- o mesmo texto --- foi substituído por outro. O texto da lei ordinária de 1979 resultou substituído pelo texto da emenda constitucional". (BRASIL, 2010, p.43-44).</p>
Condição de refutação	<p>"[...] --- estivesse o § 1º desse artigo 4º sendo questionado nesta ADPF, o que não ocorre, já que a inicial o ignora --- somente se a nova constituição a tivesse afastado expressamente poderíamos tê-la como incompatível com o que a Assembleia Nacional Constituinte convocada por essa emenda constitucional produziu, a Constituição de 1988". (BRASIL, 2010, p.44).</p>

Fonte: Elaboração própria.

A *Claim*, introito e desfecho argumentativo, reside no fato de a constituição de 88 haver restaurado a anistia em seu ato originário, qual seja, a Emenda Constitucional 26/85, a qual anistiou a todos, inclusive aos agentes dos crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal (*Data*).

Essa perspectiva é pertinente e legítima pelo fato de a anistia da lei de 1979 não pertencer à ordem decaída, mas estar integrada na nova ordem formando a origem da nova norma fundamental (*Warrant*). Os apoios, *Backing*, são excertos dos pensamentos de Nilo Batista e Tércio.

A *Condition of rebuttal* é uma circunstância de exceção. Esta: somente se a nova constituição tivesse afastado expressamente o § 1º desse artigo 4º sendo questionado nesta ADPF, poderíamos tê-la como incompatível com a manifestação do poder constituinte originário.

2.3 Análise argumentativa interna: Ministra Cármen Lúcia

A ministra Carmen Lúcia acompanha o entendimento do ministro relator e destaca a necessidade de atenção ao referencial interpretativo da Lei 6.683 de 79, ratificando a importância cultural e histórica do contexto.

Quadro 7 – Análise do voto de Carmén Lúcia em Toulmin

Dado	“A opção inicial do intérprete do parágrafo 1º do art. 1º da Lei n. 6.683/79 haverá de ser entre a adoção de elementos de inteligência da norma segundo os parâmetros atuais, incluídos os princípios constitucionais vigentes, desapegando-os do seu momento originário, de seu surgimento, ou, diversamente, acolher como elemento determinante para a sua interpretação o quadro fático histórico no qual veio a ser criada e a finalidade nela patenteada”. (BRASIL, 2010, p. 88).
Garantia	“[...] no direito brasileiro, nem mesmo a revisão criminal – vale dizer, questionamento judicial buscando rever condenação já imposta – pode ser apresentada senão pela defesa e não é admitida quando se cuidar de mudança de interpretação de lei. Atualmente, a anistia decretada nas condições antes explicitadas contraria o sistema constitucional vigente, em especial o seu art. 5º, pelo que seria com ela incompatível... o exame mais aprofundado de todos os elementos que nos autos se contém impõe uma análise que considere mais que apenas a leitura seca da Lei de Anistia e da Constituição da República, e se busque a interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz de todo o sistema constitucional brasileiro, levando-se em consideração o momento político de transição do regime autoritário para o democrático no qual foi promulgada a Lei de Anistia”. (BRASIL, 2010, p. 89-90).
Apoio	“[...]Black, em sua obra sobre interpretação das leis, há que se enfatizar que: ‘Uma lei deve ser interpretada em consonância com seu espírito e razão; as Cortes têm poder para declarar que um caso conformado à letra da lei não é por ela alcançado quando não esteja conformado ao espírito e à razão da lei e da plena intenção legislativa’ (BLACK, Henry Campbell. Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1896. P. 48)” (BRASIL, 2010, p. 90).
Conclusão	“Se considerada uma interpretação normativa completamente alheia a) à história política brasileira na quadra em que ocorreu; b) à plena intenção legislativa então determinante de sua elaboração, o que foi submetido, inclusive, ao crivo da OAB para exame prévio ; e c) ao espírito e à razão da Lei n. 6.683/1979; a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental se converteria numa espécie de ‘revisão criminal às avessas’

	instituída exclusivamente em prejuízo de anistiados, na qual se superaria a realidade histórica e a eficácia de uma lei vigente há mais de trinta anos ao se adotar certa linha exegética inovadora quanto à compreensão da matéria. (BRASIL, 2010, p. 90-91).
--	--

Fonte: Elaboração própria.

A argumentação visa sustentar o posicionamento de que a ADPF se transformaria numa revisão criminal às avessas em prejuízo de anistiados se se adotasse uma linha exegética inovadora na interpretação da matéria, porque seriam ignoradas tanto a história política brasileira, quanto a intenção legislativa determinante, o espírito e a razão da lei (*Claim*).

O fato, *Data*, relacionado à finalidade argumentativa são as possibilidades existentes de interpretação. Estas: adotar elementos de inteligência da norma em conformidade com os parâmetros atuais, incluídos os princípios constitucionais vigentes, desapegando-os do seu momento originário; ou, contrariamente a isso, acolher o quadro fático histórico no qual veio a ser criada e a finalidade nela patenteada como elementos basilares interpretativos.

A relação existente entre *Data* e *Claim*, a *Warrant*, manifesta-se na necessidade de interpretar a lei 6.683/79 além de sua mera disposição textual e da leitura seca da Carta Magna de 88. Nessa senda, há que se buscar uma interpretação constitucional sistêmica levando à sua aplicação efetiva e eficaz. Para lograr isto, há que se considerar o momento político de transição do regime autoritário para o democrático na promulgação da lei.

O apoio, *Backing*, da necessidade de consideração do momento histórico e político na construção argumentativa está na citação de Henry Campbell Black, para o qual a interpretação de uma lei deve estar conforme seu espírito, razão e a plena intenção legislativa.

Nota-se que, no voto, a diagramação, na perspectiva de Toulmin, está concisa e coerente.

2.4 Análise argumentativa interna: Ministra Ellen Gracie

A ministra Ellen Gracie segue o relator em um voto metalinguístico⁶³, centrado na conceituação de Anistia.

Quadro 8 – Análise do voto da Ministra Ellen Gracie em Toulmin

Dado	“[...] Anistia é, em sua acepção grega, esquecimento, obliúvio, desconsideração intencional ou perdão de ofensas passadas. É superação do passado com vistas à reconciliação de uma sociedade. E é, por isso mesmo, necessariamente mútua. É o objetivo de pacificação social e política que confere à anistia seu caráter bilateral...”. (BRASIL, 2010, p. 152).
Garantia	“[...] Plutarco dizia <i>‘uma lei que determina que nenhum homem será interrogado ou perturbado por coisas passadas chamada Anistia, ou lei do Esquecimento’</i> ...” (BRASIL, 2010, p. 152).
Apoio	“[...] outro não foi ao longo da História o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao instituto da anistia e sua bilateralidade”. (BRASIL, 2010, p. 152). “[...] Dalmo de Abreu Dallari afirma: <i>‘Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção, pelo benefício que resultaria aos perseguidos e as suas famílias e pela perspectiva de que teríamos ao nosso lado companheiros de indiscutível vocação democrática e amadurecidos pela experiência’</i> ”. (BRASIL, 2010, p. 153). “[...] ao transcrever as palavras de Orozimbo Nonato: <i>‘No caso dos autos [...] a lei de anistia [a de 1945] resultou de um longo clamor de consciência pública, refletida na imprensa e em comícios. Era o ciclo que se abria, da redemocratização do Brasil [...]’</i> ”. (BRASIL, 2010, p. 152).
Conclusão	“Não se faz transição, ao menos não se faz transição pacífica entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas. Por incômodo que seja reconhecê-lo hoje, quando vivemos outro e mais virtuoso momento histórico, a anistia, inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura, foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização, com eleições livres e a retomada do poder pelos representantes da sociedade civil. Por isso, correto o relator quando afirma que: <i>‘É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na lei 6.683’</i> ...” (BRASIL, 2010, p. 153).

Fonte: Elaboração própria.

O fito da construção argumentativa é ratificar a inexistência de transição pacífica entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões de ambos os lados. Assim, a anistia é o ônus que a sociedade brasileira pagou em prol

⁶³ O termo metalinguagem normalmente é usado para designar o fenômeno do fazer artístico falar dele mesmo, a arte falando da própria arte. Assim é o voto da Ministra Ellen Gracie, onde o Direito trabalha a própria semântica jurídica de Anistia em seu âmbito.

da aceleração do processo de redemocratização, com eleições livres e a retomada do poder pelos representantes da sociedade civil, sem derramamento de sangue. Isso é a *Claim*.

A asserção inicial está conexas ao fato, *Data*, de a Anistia ser necessariamente mútua, pois, desde a Grécia antiga, está relacionada ao esquecimento, ao oblívio, à desconsideração intencional ou perdão de ofensas pretéritas. O ato de superar o passado para reconciliação social e política confere à anistia seu caráter bilateral.

A garantia do voto, *Warrant*, que confere legitimidade e a pertinência entre dados e conclusão é uma citação de Plutarco, para o qual, por força de anistia ou lei do esquecimento, ninguém pode ser interrogado ou perturbado por coisas passadas. Esse entendimento é confirmado através de citação de excertos jurisprudenciais do Supremo, em excertos de Dalmo de Abreu Dallari e Orozimbo Nonato (*Backing*).

2.5 Análise argumentativa interna: Ministro Marco Aurélio

Similarmente à ministra Ellen Gracie, o ministro Marco Aurélio proferiu um voto metalinguístico no concernente à conceituação de Anistia. Quanto à ação, julgou pela sua improcedência.

Quadro 9 – Análise do voto do Ministro Marco Aurélio em Toulmin

Dado	“Continuei dizendo que a anistia é o apagamento do passado em termos de glosa e responsabilidade de quem haja clauditado na arte de proceder. Assentei também que anistia é virada de página definitiva é perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural – e o Ministro Eros Grau ressaltou muito bem que é preciso apreciar a edição da Lei de Anistia, não considerado o texto atual, mas o da época. A anistia é ato abrangente de amor, sempre calcado na busca do convívio pacífico dos cidadãos...” (BRASIL, 2010, p. 155).
Garantia	“[...] Citei Padre Vieira, no Sermão da Quinta-Feira da Quaresma, no que, em 1669, alertou: A cegueira que cega cerrando os olhos, não é a maior cegueira; a que cega deixando os olhos abertos, essa é a mais cega de todas” (BRASIL, 2010, p. 155-156). “[...] não houvesse, claro, a incidência da prescrição, não houvesse esse aspecto, quanto à Lei da Anistia, ligado ao exaurimento de efeitos, porque se trata, segundo Pontes de Miranda, de uma lei penal, em sentido inverso, conforme ressaltou o Ministro Sepúlveda Pertence em parecer

	como conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil – se ele estivesse aqui, seria o décimo voto...” (BRASIL, 2010, p. 155).
Apoio	<p>“Presidente, o que houve? Considerando a lei – e aqui devemos analisar a lei, que é o diploma atacado, porque muito embora não estejamos apegados às causas de pedir, apegados ao pedido –, o que ela dispôs? A Lei já começa com parágrafo abrangente, dos mais abrangentes: Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período (...). Veio uma definição toda própria de conexão – e o critério da especificidade prevalece, não se podendo abrir a lei geral, o Código de Processo Penal, para saber o que é o instituto...” (BRASIL, 2010, p. 156).</p> <p>“Senhor Presidente, colho de Barbalho, comentando a Constituição de 1891, que a atribuição do Congresso Nacional, sob o ângulo da anistia, é política e não se submete, sob o ângulo da oportunidade, da conveniência, da almejada justiça – e tem-se um caleidoscópio quanto a ela –, a qualquer outro poder...” (BRASIL, 2010, p. 154).</p>
Conclusão	<p>“Nesse contexto, Presidente – muito embora me sinta votando sem uma concretude maior quanto à eficácia, quanto à declaração de Constitucionalidade da lei de anistia para mim, para outros, a inconstitucionalidade –, não tenho como assentar, a não ser que me substitua ao Congresso Nacional de então, que esta Lei mostrou-se discrepante da ordem constitucional em vigor. Fizeram injustiça ao ministro Eros Grau apontando que dissera poder o Congresso rever essa Lei de Anistia. Sua Excelência não disse isso. Apenas houve o afastamento da graça, da anistia, quanto à tortura e outros crimes, com a Carta de 1988, ou seja, quando há muito – e, repito, a Lei da Anistia é uma lei penal – já se tinha operado o que apontei no voto da extradição como perdão...” (BRASIL, 2010, p. 156-157).</p>

Fonte: Elaboração própria.

O magistrado reconheceu que a nova constituição afastou a graça e a anistia no que concerne à tortura e a outros crimes. Contudo, asseverou que isso só aconteceu quando, muito tempo antes, em 1979, já se havia operado o perdão da lei de anistia. Essa é a *Claim*.

O fato (*Data*) é o próprio instituto da Anistia, lei penal em sentido inverso, e sua semântica, qual seja, ato abrangente de amor, centrado na busca pela pacificação social. Trata-se de uma virada de página definitiva, um perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural.

A garantia (*Warrant*), asseguradora da coesão e da coerência de raciocínio da relação entre *Claim* e *Data*, consiste nas citações do Sermão da Quinta-Feira da Quaresma de Padre Vieira, Pontes de Miranda e Sepúlveda Pertence. O primeiro faz

um alerta literário de que a maior cegueira é a que nos cega deixando os olhos abertos, os outros salientam que a lei de anistia é uma lei penal em sentido inverso.

A argumentação interna do ministro Marco Aurélio se molda à proposta de Stephen Toulmin. Todavia, algumas críticas podem ser feitas como, por exemplo, a citação do excerto do Sermão da Quinta-Feira da Quaresma de Padre Vieira sem uma contextualização semântica. Em outras palavras, colocou-se a citação de excerto textual sem justificar a conexão existente entre os períodos históricos, conferindo uma carga mais emotiva que técnica ao discurso⁶⁴.

Considerando que ao Supremo Tribunal Federal cumpre precipuamente o papel de guardião da constituição, a interpretação técnica deve estar mais presente que uma interpretação literária ou emotiva da norma. Tratam-se de decisões de efeito, por vezes, vinculante e eficácia *erga omnes*. Por conseguinte, o excesso de subjetivismo por parte dos julgadores deve ser evitado.

2.6 Análise argumentativa interna: Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello, numa retrospectiva histórica, no introito do voto, menciona que intervenções militares costumam ser um retrocesso ao processo desenvolvimentista de consolidação das liberdades fundamentais. Ademais, menciona a impossibilidade de o judiciário, à época do golpe militar, revisar os atos estatais evitando, as práticas de abuso de poder. (BRASIL, 2010, p. 158-160)

Menciona que, no seio do autoritarismo, surgiram instituições de tortura. Subsequentemente, discorre acerca deste ato ratificando o repúdio por essa afronta à dignidade da pessoa humana e à ordem jurídica estabelecida, caracterizada pela abusividade da função estatal.

Destaca-se que o conceito de surgimento da lei de Anistia foi a reconstrução da ordem jurídico democrática. Isso começou com a revogação de atos institucionais contrários à Constituição Federal. Ao final, suas conclusões vão ao encontro das conclusões do relator.

2.6.1 A legitimidade da concessão da anistia

⁶⁴ Aparentemente, não há tecnicismo algum, tampouco uma justificação de pertinência histórica e política nesta escolha. Parece uma mera menção jogada “ao vazio” sem metodologia.

Quadro 10 – Da Concessão Anistiadora

Dado	<p>“É certo, como sabemos que, que o domínio no qual incidem, ordinariamente, as leis concessivas de anistia é o dos ilícitos políticos. Nada obstava, contudo, que essa expressiva manifestação da indulgência soberana do Estado abrangesse, também, como era possível, então, sob a égide da carta federal de 1969, as infrações penais de direito comum” (BRASIL, 2010, p. 170, grifo nosso).</p>
Garantia	<p>“Daí a observação de PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969”, tomo III/ 168-169, item n.9, 2ª ed., 1970, RT):</p> <p>“ANISTIA RELATIVA A CRIMES POLÍTICOS – Só o Presidente da República pode propor a anistia concernente a crimes políticos. Mas, para isso, precisa de parecer do Conselho de Segurança Nacional. Qualquer outra espécie de crime escapa à regra jurídica do art. 57, VI” (grifei)</p> <p>A possibilidade jurídica de extensão da Anistia a outros ilícitos penais (como os crimes de direito comum), além dos delitos de natureza política, é igualmente admitida pela doutrina, que não lhe opõe qualquer restrição, exceto aquelas que somente foram estabelecidas no texto superveniente da constituição promulgada em 1988 (GUILHERME DE SOUSA NUCCI, “Código Penal Comentado”, p. 542, item n.12, 9ª ed., 2008, RT, PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, “Código Penal Comentado”, p. 322, item n. 4, 8ª ed., 2005, DPJ; ROGÉRIO GRECO, “Código Penal Comentado”, p.200/201, 2ª ed., 2009, Impetus; E. MAGALHÃES NORONHA, “Direito Penal”, vol. 1/340, item n. 220, 31 ed., 1995, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código Penal Anotado”, p.322, 11ª ed., 2001, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, “Comentários ao Código Penal”, p. 362, item n. 4.1, 4ª ed., 2007, RT; LUIZ CARLOS BETANHO, “Código Penal e sua interpretação jurisprudencial”... a lição de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (“Comentários ao Código Penal”, vol IV/ 127-130, item n. 4, 5ª ed., 1979, Forense):</p> <p>‘A anistia é reservada, especialmente, para os crimes políticos. Nada impede, porém, a sua decretação para os crimes comuns. No recurso de graça tradicional para os delitos apolíticos é o indulto. Para os políticos ou coletivos, em geral, a anistia. Por exceção é que compreende delitos comuns [...] Omitindo a carta constitucional brasileira e o código qualquer preceito sobre a natureza dos crimes anistiáveis, não há recusar essa qualidade também aos crimes comuns’ (grifei)” (BRASIL, 2010, p. 172).</p>
Apoio	<p>“E foi com esse elevado propósito que se fez inequivocadamente bilateral (e recíproca) a concessão da anistia com a finalidade de favorecer aqueles que, em situação de conflitante polaridade e independentemente de sua posição no arco ideológico, protagonizaram o processo político ao longo do regime militar...” (BRASIL, 2010, p. 174).</p> <p>Ratifica-se a bilateralidade da Anistia por meio do parecer do Ministro, ex-conselheiro da OAB, à época, Sepúlveda Pertence, o qual “constitui clara atestação de que o objetivo da proposta submetida a amplo debate nacional era, sem qualquer dúvida, o de beneficiar tanto os adversários do regime castrense quanto os agentes incumbidos da repressão [...]</p> <p>14. Ora, não há objeção retórica que possa obscurecer que a amplitude, com a qual o mencionado parágrafo 1º definiu, como conexos nos crimes políticos, ‘os crimes de qualquer natureza com eles relacionados’, tem o único sentido de prodigalizar a anistia aos homicídios, violências e arbitrariedades policiais de toda a sorte, perpetrados nos desvãos da repressão política...”. (BRASIL, 2010, p. 175).</p> <p>Ademais, menciona-se o discurso feito em 17 de março de 1981, pelo</p>

	<p>ministro PAULO BROSSARD, um dos opositores ao regime militar, o qual “[...] embora ressaltando o caráter nefasto, odioso, desprezível e inaceitável dos ‘excessos cometidos pelos órgãos de segurança’, que não hesitaram em matar torturar e sequestrar os que combateram o sistema político então imposto à nação, reconheceu, a despeito de todos esses abusos, o caráter bilateral da anistia consubstanciada na lei nº 6.683/79, acentuando que também foram por ela alcançados, em face do que prescreve o parágrafo 1º do art. 1º[...].” (BRASIL, 2010, p. 178).</p> <p>Ainda, há menção a debates parlamentares concernentes, argumentativamente, à bilateralidade da lei de anistia.</p>
Conclusão	<p>“Isso significa que se revestiu de plena legitimidade jurídico-constitucional a opção legislativa do Congresso Nacional que, apoiando-se em razões políticas, culminou por abranger, com a outorga da anistia, não só os delitos políticos, mas, também, os crimes a estes conexos e, ainda, aqueles que, igualmente considerados conexos, estavam relacionados a atos de delinquência política ou cuja prática decorreu de motivação política”. (BRASIL, 2010, p. 173).</p>

Fonte: Elaboração própria.

O ponto de partida e de chegada da argumentação, *Claim*, consiste no fato de que a opção legislativa do Congresso Nacional que abrangeu, na anistia, os crimes políticos, os crimes conexos e os igualmente considerados conexos se revestiu de plena legitimidade constitucional.

O fato relacionado à asserção inicial, *Data*, é o de que o domínio ordinário de incidência da lei de anistia é os ilícitos políticos. Todavia, sob a vigência da Carta Federal de 1969, era plausível que o instituto alcançasse infrações penais de Direito comum.

A pertinência e a legitimidade existente entre os fatos, *Data*, e a pretensão/conclusão do argumento, *Claim*, consiste na citação de excerto constitucional de 1969 e de referências doutrinárias para as quais a concessão de anistia para crimes comuns seria admitida à época.

O apoio *Backing*, que – não obstante não agregar informações novas – ratifica a *Warrant*, concretiza-se no fato de o propósito da anistia ter sido o de, pela bilateralidade e reciprocidade, favorecer a todos que protagonizaram o processo político no período ditatorial. A bilateralidade da anistia é, ainda, confirmada pelo parecer do Ministro Sepúlveda Pertence e pelo discurso feito pelo ministro Paulo Brossard.

Esta parte argumentativa do voto do ministro Celso de Mello apresenta coerência interna, nos termos do diagrama de Stephen Toulmin.

2.6.2 A prescrição penal

Quadro 11 – Prescrição de âmbito criminal

Dado	<p>“Na realidade, a cláusula constitucional inscrita no art. 5º, XL, da constituição – que consagra o princípio da irretroatividade de diplomas normativos mais gravosos – incide, no âmbito de sua aplicabilidade, unicamente, sobre as normas de direito penal material, que, no plano da tipificação, ou no da definição das penas aplicáveis, ou no da disciplinação do seu modo de execução, ou, ainda, no do reconhecimento das causas extintivas da punibilidade (como a imprescritibilidade penal), agravem a situação jurídico- penal do indiciado, do réu ou do condenado... neste julgamento, a pretensão punitiva do Estado, caso acolhida a postulação deduzida pela parte ora arguente, achar-se-ia atingida pela prescrição penal, calculada esta pelo prazo mais longo (20 anos) previsto em nosso ordenamento positivo”. (BRASIL, 2010, p. 189).</p>
Garantia	<p>“Nem se sustente como o faz o conselheiro federal da OAB, que a imprescritibilidade penal, na espécie hora em exame, teria por fundamento a ‘convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade’... mostra-se evidente a inconsistência jurídica de semelhante afirmação, pois, como se sabe, essa convenção das Nações Unidas, adotada em 26/11/1968, muito embora aberta a adesão dos Estados componentes da sociedade internacional, jamais foi subscrita pelo Brasil, que a ela também não aderiu, em momento algum, até a presente data, o que a torna verdadeira ‘res inter alios acta’ em face do Estado brasileiro”. (BRASIL, 2010, p. 189-190).</p>
Apoio	<p>“Ninguém pode ignorar que em matéria penal, prevalece sempre, o princípio da reserva constitucional de lei em sentido formal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público que o Brasil efetivamente aderiu”. (BRASIL, 2010, p. 190-191).</p> <p>“Não se pode também desconhecer, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta da lei formal, que o tema da prescrição subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de parlamento, como adverte autorizado magistério doutrinário...” (BRASIL, 2010, p. 191-192).</p>
Conclusão	<p>“Isso significa, portanto, que somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescindibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental”. (BRASIL, 2010, p. 192).</p>
Condição de refutação	<p>“[...] mantida íntegra a Lei de Anistia de 1979, produziu ela, ‘ministério juris’, todos os efeitos que lhe eram inerentes, de tal modo que, ainda que considerada incompatível com a constituição superveniente, já teria irradiado (e esgotado) toda a sua carga eficaz desde o instante mesmo em que veio a lume”. (BRASIL, 2010, p. 197).</p>

Fonte: Elaboração própria.

A asserção original (*Claim*) é que, salvo cláusulas constitucionais em sentido contrário, somente a lei interna pode se qualificar constitucionalmente como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à prescindibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir.

A pretensão punitiva estatal – mesmo se fosse válida, sem a incidência de anistia – estaria prescrita, uma vez que o prazo mais longo previsto no nosso ordenamento jurídico positivo é de 20 (vinte) anos.

A pertinência desta perspectiva (garantia ou *Warrant*) é a não subscrição pelo Brasil da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. O *Backing* se encontra no fato de, em matéria criminal, existir sempre a prevalência do postulado de reserva constitucional de lei em sentido formal. Isso porque, além de previsto no nosso ordenamento, esse princípio está na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e políticos. Assim, a matéria é reservada ao parlamento.

Há uma condição de refutação, *Condition of rebuttal*, circunstância onde se deixa de lado a autoridade geral da anistia, consistente nisto: mesmo se a lei de anistia fosse considerada incompatível com a ordem constitucional subsequente, no instante da sua promulgação, ela já teria esgotado toda sua eficácia.

O argumento, ora analisado, possui consistência interna.

2.7 Análise argumentativa interna: Ministro Cezar Peluso

O ministro Cezar Peluso menciona que a finalidade da formulação do acórdão é saber se o parágrafo 1º, do art. 1º da lei 6.883/79 seria compatível ou não com a ordem instaurada na constituinte de 1988. Pautou seus argumentos principalmente na acepção de conexão criminal optando, ao fim, pela improcedência da ação.

Quadro 12 – Análise do voto do Ministro Cezar Peluso consoante Toulmin

Dado	“A observação imediata é que essa lei contém uma definição particular, e, eu diria, uma definição operacional, porque se destina a dar interpretação, que o ministro Celso de Mello chamou de autêntica, para efeito de sua
------	---

	própria incidência e aplicação. Noutras palavras, ela própria define o que deva, no seu contexto, ser entendido como crimes conexos” (BRASIL, 2010, p. 204).
Garantia	“Por isso, a tese de que corresponderia ao instituto da conexão, tal como previsto no art. 76, inc. 1, do Código de Processo Penal, é absolutamente inaplicável e inconcebível para a hipótese... Ora, evidentissimamente, o caso não cuida de conexão nesse sentido tradicional e técnico jurídico. A conexão aqui pressuposta tem outro sentido, é o sentido que chamo de meta jurídico...” (BRASIL, 2010, p. 205).
Apoio	<p>“[...] E há, desde logo, dois elementos que corroboram esta afirmação. O primeiro é de que não se trata de uso – diria – inédito da expressão. O eminente Relator demonstrou, longamente, no voto, que é da tradição normativa brasileira, em tema de concessão de anistia, mediante vários decretos, usar precisamente a expressão crimes conexos, até ao tempo em que o Direito Processual era prerrogativa de cada Estado e, portanto, muito antes da Unidade do Direito Processual, que trata da década de 40.</p> <p>O segundo, não fosse esse dado, teríamos para lembrar palavra muito significativa de Drummond de Andrade, uma anistia cambaia. Por que teríamos uma anistia cambaia? Porque, a entender-se aqui conexão como fenômeno puramente processual, ela só se aplicaria aos casos de concurso de crimes e de concurso de pessoas. Ou seja, só valeria para um dos lados das pessoas que se encontravam numa situação sócio política de conflito, isto é, só para um dos lados haveria a anistia, que seria muito mais restrita do que é, perdendo, assim, todo o seu significado histórico na transição para um regime democrático.</p> <p>Depois, quando a lei faz referência à relação de conexão, usa de uma categoria de ordem política, tal como claramente se vê a remissão a crimes políticos e a crimes praticados por motivação política”. (BRASIL, 2010, p. 205-206).</p>
Conclusão	<p>“[...] A amplitude da norma é, portanto, óbvia enquanto transcende o campo dos crimes políticos em sentido estrito ou em sentido figurado, como aqueles praticados com motivação política, ao abranger crimes de qualquer ordem.</p> <p>Foi este o sentido que o parecer, não apenas o parecer, mas também a entrevista do ministro Sepúlveda Pertence – testemunhos insuspeitos de uma vítima dúplice do regime opressivo, cujos crimes foram perdoados – reconheceram em outras palavras, denotando que a norma é destinada a apanhar também crimes dos agentes do regime militar contra os opositores, na luta pelo poder. Este é o sentido da conexão à qual se refere a lei” (BRASIL, 2010, p. 206).</p>

Fonte: Elaboração própria.

O ponto de partida argumentativo do Ministro Cesar Peluso é a clareza da amplitude da lei 6.683/79, ao anistiar crimes de qualquer ordem (*Claim*). Essa asserção está relacionada ao fato (*Data*) de a lei possuir uma definição própria do que é considerado crime conexo. A pertinência e legitimidade do argumento está no fato de não se aplicar o artigo 76, I, do Código de Processo Penal (CPP), cuja semântica de “conexão” é meta jurídica, à lei de anistia.

2.8 Análise argumentativa interna: Ministro Gilmar Ferreira Mendes

O ministro julga pela improcedência da ação

2.8.1 A anistia ampla e geral

Quadro 13 – Da Amplitude da Anistia

Dado	“A anistia ampla e geral, insculpida na lei 6.683/1979, é abrangente o bastante para abarcar todas as posições político-ideológicas existentes na contraposição amigo/inimigo estabelecidas no regime político precedente, não havendo qualquer incompatibilidade da sua amplitude, ínsita ao parágrafo primeiro do artigo primeiro, com a constituição pactuada de 1988” (BRASIL, 2010, p. 243).
Garantia	“E, no que se refere à amplitude da anistia concedida pela Lei 6.683/79, ressalte-se que o próprio arguente sustentou ativamente e zelou pela amplíssima abrangência, à época das discussões legislativas” (BRASIL, 2010, p. 243).
Apoio	<p>“Com efeito, em parecer apresentado pelo então conselheiro federal José Paulo Sepúlveda Pertence, aprovado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na sessão plenária de 24 de julho de 1979, a crítica do arguente ao então projeto de lei procurava estender ainda mais o âmbito da anistia... 14. Ora, não há objeção retórica que possa obscurecer que a amplitude, com a qual o mencionado parágrafo 1º definiu, como conexos nos crimes políticos, os crimes de qualquer natureza com eles relacionados, tem o único sentido de prodigalizar a anistia aos homicídios, violências e arbitrariedades policiais de toda a sorte, perpetrados nos desvãos da repressão política...” (BRASIL, 2010, p. 243-244).</p> <p>“[...] o presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) à época, Dr. Reginaldo de Souza Aguiar, remeteu o parecer de autoria do Dr. Sérgio Tostes, aprovado por unanimidade do plenário do IAB, em 30 de maio de 1979. O resumo final do parecer afirmou:</p> <p>‘A anistia, representando reconciliação da nação consigo mesma, deve ser ampla, deve ser geral e deve ser irrestrita. Deve abranger todos aqueles que de uma forma ou de outra praticaram os atos políticos contrários a uma orientação então prevalecente. Não deve ter limites já que as características do ato político, se variaram de caso a caso tiveram um mesmo fator motivante. Sendo ato de conciliação da nação consigo mesma, não deve ser feita nenhuma gradação ou consideração da natureza do ato político. Significa esquecer o passado e viver o presente, com vistas para o futuro’. Esse entendimento voltou a ser destacado pelo Min. Sepúlveda Pertence em recente entrevista concedida à revista Carta Maior”. (BRASIL, 2010, p. 245-246).</p>
Conclusão	“Ao revés, a amplitude do processo de anistia é ínsita ao conteúdo pactual do próprio texto, não se afigurando incompatível com a ordem constitucional vigente”. (BRASIL, 2010, p. 243).

Fonte: Elaboração própria.

A ideia inicial da argumentação do ministro é o fato de a anistia estar inserida na essência pactual da Carta Magna hodierna e, por conseguinte, ir ao seu

encontro (*Claim*). Essa perspectiva é ratificada pelo fato de (*Data*) a anistia geral e ampla, presente na lei 6.683/1979, abarcar todos os contrastes presentes no regime militar, não havendo, em consequência, incompatibilidades de amplitude, com relação à Constituição pactuada de 1988.

A consistência da relação entre *Data* e *Claim* é assegurada pelo fato de a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no tempo das discussões parlamentares que desaguaram na promulgação da lei de anistia, ter sustentado ativamente e zelado por uma abrangência muito extensiva. Essa é a garantia, *Warrant*.

O apoio, *Backing*, ratificador da garantia e desprovido de informações novas, concretiza-se na menção a: parecer elaborado por José Paulo Sepúlveda Pertence, na época em que era conselheiro Federal da OAB, em prol da maior extensão do âmbito da anistia; bem como à entrevista dada pelo mesmo ministro à revista Carta Maior (2010).

O parecer de Sepúlveda Pertence consistia na ideia de que a lei 6.683/79 era a reconciliação da nação consigo mesma e devia ser ampla, geral e irrestrita, sem qualquer gradação ou consideração da natureza do ato político.

A estrutura argumentativa interna do ministro Gilmar Ferreira Mendes, neste tópico, está adequada e conforme a perspectiva Toulminiana.

2.8.2 A EC n. 26, de 1985

Quadro 13 – Da Emenda Constitucional Nº 26 de 1985

Dados	“[...] Chamo a atenção para outro aspecto – sobre o qual falarei brevemente: parte dessa desejada ampliação da anistia vai se consumir, como foi destacado no voto do Ministro Eros Grau, com a Emenda nº 26/1985” (BRASIL, 2010, p. 251).
Garantia	“Nesse contexto, não se pode olvidar que a EC nº 26, de 1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte e deu início ao processo constituinte, incorporou a anistia, expressamente em seu art. 4º, como um dos pressupostos de possibilidade da construção da nova ordem constitucional...” (BRASIL, 2010, p. 252-253).
Apoio	“[...] Portanto, essas colocações levam a admitir que o princípio da imutabilidade das cláusulas pétreas se estende, fundamentalmente, às suas próprias disposições e ao processo de revisão constitucional... É possível, pois, proceder-se à transição de uma constituição para outra em um processo ordenado e sem quebra de legitimidade”. (BRASIL, 2010, p. 261). “Se se entendesse – o que pareceria bastante razoável – que a revisão total ou a revisão parcial das cláusulas pétreas está implícita na própria constituição, poder-se-ia cogitar – mediante a utilização de um processo

	especial que contasse com a participação do povo – até mesmo de alteração das disposições constitucionais referentes ao processo de emenda constitucional com o escopo de explicitar a ideia de revisão total ou de revisão específica das cláusulas pétreas, permitindo, assim, que se disciplinasse, juridicamente, a alteração das cláusulas pétreas ou mesmo a substituição ou a superação da ordem constitucional vigente por outra”. (BRASIL, 2010, p. 262). Além disso, a garantia também é assegurada por meio de citações doutrinárias de Carl Schmitt, Otto-Brun Bryde, Konrad Hesse e jurisprudência.
Conclusão	“A EC 26/85 muito se aproxima de um modelo de revisão total instaurado pela própria ordem constitucional, sem maiores rupturas do ponto de vista histórico político. Devemos refletir, então, sobre a própria legitimidade constitucional de qualquer ato tendente a revisar ou restringir a anistia incorporada à EC 26/85. Parece certo que estamos, dessa forma, diante de uma hipótese na qual estão em jogo os próprios fundamentos de nossa ordem constitucional. Enfim, a EC nº 26/85 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político institucional pós 1988”. (BRASIL, 2010, p. 264).
Condição de refutação	“Todavia, este Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de que não cabe sequer revisão criminal quando se basear a pretensão em mudança de interpretação da lei, pelo que não haveria consequências para os fins buscados, mesmo que se chegasse à conclusão diversa daquela exposta pelo relator da presente arguição”. (BRASIL, 2010, p. 91).

Fonte: Elaboração própria.

A asserção inicial, *Claim*, é que a lei de anistia não pode ser mudada por haver sido incorporada como fundamento da ordem constitucional, bem como pela sua aproximação de um modelo de revisão constitucional instaurado pelo poder constituinte originário. A Emenda Constitucional (EC) 26/85, além disso, ainda consumou a ampliação da anistia tão desejada, à época, pela OAB, *Data*.

A pertinência e a legitimidade relacional entre *Claim* e *Data*, *Warrant*, reside no fato de a EC nº 26, de 1985 ser a gênese da Assembleia Nacional Constituinte e haver dado início ao seu processo, o qual incorporou expressamente a lei de anistia, no artigo 4º, como um dos pressupostos de possibilidade de geração de um novo sistema constitucional.

Ratifica-se a *Warrant* pelo *Backing* que, *In Casu*, é o princípio da imutabilidade das cláusulas pétreas, estendido às suas próprias disposições e ao processo de revisão constitucional e pela citação dos doutrinadores Carl Schmitt, Otto-Brun Bryde, Konrad Hesse e da jurisprudência da corte.

A condição de refutação existente, *Condition of Rebuttal*, é que, mesmo se o Supremo Tribunal Federal firmasse entendimento no sentido de caber revisão

criminal quando a pretensão buscar mudança de interpretação normativa, mesmo que se permitisse a alteração interpretativa da lei de Anistia, não haveria reflexos na senda concreta.

Desta maneira, conclui-se que a estrutura argumentativa interna deste tópico é adequada, nos termos propostos pelo modelo Toulminiano.

2.9 Análise argumentativa interna: Ministro Ricardo Lewandowski

O introito do voto do ministro é marcante. Profere a crença na inexistência de concordância social, nestes termos:

De fato, a Lei de Anistia, longe de ter sido outorgada dentro de um contexto de concessões mútuas e obedecendo a uma espécie de “acordo tácito”, celebrado não se sabe bem ao certo por quem, ela em verdade foi editada em meio a um clima de crescente insatisfação popular contra o regime autoritário. (BRASIL, 2010, p. 107).

2.9.1 A interpretação do preceito impugnado

Quadro 14 – Da interpretação do preceito impugnado

Dado	<p>“[...] permito-me recordar uma famosa frase de Thomas Hobbes segundo o qual ‘o legislador não é aquele por cuja autoridade as leis pela primeira vez foram feitas, mas aquele por cuja autoridade elas continuam a ser leis’. Essa assertiva, a meu sentir, sinaliza que a magna tarefa de interpretar o preceito legal aqui contestado exige que se ultrapasse a nebulosa indagação acerca da <i>voluntas legislatoris</i> – perdida e um passado remoto, e cuja aferição assume contornos eminentemente subjetivos, porquanto depende da ótica particular dos distintos exegetas – e se passe a examinar a <i>voluntas legis</i>, cuja avaliação se faz a partir de critérios hermenêuticos mais objetivos.</p> <p>Verifico, assim, que a atecnia, proposital ou involuntária – não importa agora – da redação do parágrafo 1º, do art. 1º da Lei 6.683/1979, no ponto em que alude à conexão entre crimes comuns e políticos, para o efeito de estender a anistia aos agentes estatais, vem causando, por sua inegável equivocidade, desde quando veio a lume, considerável perplexidade dentre aqueles que buscaram interpretá-lo” (BRASIL, 2010, p. 110).</p>
Garantia	<p>“Ora, como se sabe, o sistema penal e processual brasileiro somente contempla as seguintes hipóteses de conexão: (i) conexão material: concurso material, formal ou crime continuado (CP, arts. 69, 70, 71); (ii) conexão intersubjetiva por simultaneidade: duas ou mais infrações praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem acordo mútuo de vontades, conhecida como ‘autoria colateral’ (CPP, art. 76, I,</p>

	<p>primeira parte); (iii) conexão intersubjetiva por concurso: duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas em concurso, mediante acordo mútuo, embora diverso o tempo e o local (CPP, art. 76, I, segunda parte); (iv) conexão objetiva: duas ou mais infrações praticadas, quando uma delas busca facilitar ou ocultar a prática da outra (CPP, art. 76, II); (v) conexão probatória: quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração (CPP, art. 76, III); e (vi) conexão intersubjetiva por reciprocidade: duas ou mais infrações praticadas, por várias pessoas, umas contra as outras (CPP, art. 76, I, última parte).</p> <p>Dessas hipóteses de conexão, somente as duas últimas poderiam, em tese, emprestar algum sentido ao conceito, de idêntico <i>nomem iuris</i>, abrigado na Lei de anistia, visto que as demais demandam uma unidade de desígnios e de condutas entre os agentes...” (BRASIL, 2010, p. 110-111).</p>
Apoio	<p>“[...] A simples menção à conexão no texto legal contestado, à toda evidência, não tem o condão de estabelecer um vínculo de caráter material entre os crimes políticos cometidos pelos executores do regime e os delitos comuns atribuídos aos agentes do Estado, para o fim de lhes conferir o mesmo tratamento jurídico”. (BRASIL, 2010, p. 112).</p>
Conclusão	<p>“Destarte, embora o legislador de 1979 tenha pretendido caracterizar, para o efeito da anistia, a conexão material entre ilícitos de natureza distinta praticados por pessoas diferentes e em circunstâncias diversas, com o objetivo de ensejar a absorção das condutas delituosas comuns pelos crimes políticos, não é difícil constatar que tal desiderato, ao menos do ponto de vista técnico- jurídico, não logrou ser bem sucedido. (BRASIL, 2010, p. 112)”.</p>
Condição de refutação	<p>“Todavia, este Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de que não cabe sequer revisão criminal quando se basear a pretensão em mudança de interpretação da lei, pelo que não haveria consequências para os fins buscados, mesmo que se chegasse à conclusão diversa daquela exposta pelo relator da presente arguição” (BRASIL, 2010, p. 91).</p>

Fonte: Elaboração própria.

Por parte do criador da norma, em 1979, houve o desiderato de, para efeito de anistia, caracterizar a conexão material entre ilícitos de natureza diferente, praticados por pessoas diferentes, em circunstâncias diferentes o que, na perspectiva técnico jurídica, não funciona bem. Essa é a *Claim*.

O *Data* está no fato de, na interpretação do preceito legal, exigir-se a superação da busca pela vontade do legislador, de caráter eminentemente subjetivo, passando a manter o foco na própria *voluntas legis*, cuja avaliação se faz por critérios mais objetivos. Nessa senda, quanto à conexão entre crimes comuns e políticos, a atecnia do parágrafo primeiro do artigo 1º da Lei 6.683/79 tem causado inegável perplexidade.

A legitimidade e pertinência da conexão entre *Data* e *Claim* é assegurada pela *Warrant*, a qual, *In Casu*, está ligada ao fato de o sistema penal brasileiro elencar hipóteses taxativas de conexão (material, intersubjetiva por simultaneidade, intersubjetiva por concurso, objetiva, probatória e intersubjetiva por reciprocidade), dentre as quais somente as duas últimas tem aptidão para conferir semântica ao conceito, de idêntico *nomem iuris*, abrigado na Lei de anistia.

Diante de contestação à garantia, assevera-se que a mera disposição expressa de conexão no texto legal contestado não é suficiente no estabelecimento de um liame material entre os crimes políticos cometidos pelos executores do regime e os delitos comuns atribuídos aos agentes do Estado.

A condição de refutação existente, *Condition of Rebuttal*, é que, mesmo se o Supremo Tribunal Federal firmasse entendimento no sentido de caber revisão criminal quando a pretensão buscar mudança de interpretação normativa, mesmo que se permitisse a alteração interpretativa da lei de Anistia, não haveria reflexos na senda concreta.

A estrutura discursiva se enquadra no modelo proposto por Toulmin.

2.9.2 A distinção entre crimes comuns e crimes políticos

Quadro 15 – Diferenças entre crimes comuns e políticos

Dado	“Como se vê, o Supremo Tribunal Federal vem fazendo uma clara distinção entre crimes políticos típicos, identificáveis <i>icto oculi</i> , praticados, <i>verbi gratia</i> , contra integridade territorial de um país, a pessoa de seus governantes, a soberania nacional, o regime representativo e democrático ou o Estado de Direito, e crimes políticos relativos, que a doutrina estrangeira chama de Hard Cases, com relação aos quais, para caracterizá-los ou descartá-los, cumpre fazer uma abordagem caso a caso (<i>case by case approach</i>). Essa abordagem, na jurisprudência da corte, como registrado, deve guiar-se por dois critérios, a saber: (i) o da preponderância e (ii) o da atrocidade dos meios” (BRASIL, 2010, p. 126).
Garantia	O ministro, no tópico 6, “Dos crimes políticos e crimes conexos na jurisprudência do STF”, ressalta a necessidade de revisitar o entendimento da corte no que concerne à distinção entre crimes políticos e crimes comuns. Para isso, revisita julgamentos relativos à extradições (BRASIL, 2010, p. 118). “Começo relembro o voto do ministro Sepúlveda Pertence no HC 73. 451, em que este consignou o quanto segue: ‘Certo é que, tendo em vista o direito positivo brasileiro, a lei 7.170,

de 1983, para que o crime seja considerado político, é necessário, além da motivação e dos objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no art. 1º da referida Lei n. 7.170, de 1983, ex vi do estabelecido no art. 2º desta. É dizer, exige a lei lesão real ou potencial à integridade territorial e à soberania nacional (art. 1º, I), ou ao regime representativo e democrático, à federação e ao Estado de Direito (art. 1º, II), ou à pessoa dos chefes dos poderes da União (art. 1º, III). O tipo objetivo inscreve-se, está-se a ver, no inciso II do art. 2º, enquanto que o tipo subjetivo no inciso I do mesmo art. 2º, certo que a motivação e os objetivos do agente devem estar direcionados na intenção de atingir os bens jurídicos indicados no art. 1º (DJ 6/6/1997)” (BRASIL, 2010, p. 119).

“Já o Min. Celso de Mello, na extradição 855, conhecida como caso *Norambuena*, assim se pronunciou:

‘A **noção** de criminalidade política é ampla. Os autores costumam analisá-la em face de posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a um dualismo conceitual, que distingue, **de um lado**, o crime político absoluto ou puro (é o crime político em sentido próprio) e, **de outro**, o crime político relativo ou misto (é o delito em sentido impróprio). **Aquele**, traduzindo-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe ou afetar-lhe a ordem política ou social (...); **este** – o crime político em sentido impróprio – embora exprimindo uma concreta motivação político social de seu agente, **projeta-se** em comportamentos geradores de uma lesão jurídica **de índole comum** (...) É inegável a delicadeza do tema concernente aos **crimes comuns conexos com os delitos políticos**. Essa questão **resolve-se** pelo critério da preponderância **ou** da prevalência. **Se** os crimes comuns, dentro desse vínculo de conexão, **ostentarem** caráter hegemônico, porque mais eminentes e expressivos ou subordinantes, até, da prática dos ilícitos políticos, **deixará de incidir** qualquer causa política do deferimento da postulação extradicional.

Impende assinalar, bem por isso, **naquelas hipóteses** em que o fato dominante – ainda que **impregnado** de motivação política – constitua, principalmente infração da lei penal comum (...) **que será lícito**, a esta corte, mediante concreta ponderação das situações peculiares de cada caso ocorrente, **reconhecer a preponderância** do delito comum, **para efeito de deferimento** do pedido extradicional’ (grifos no original)”. (BRASIL, 2010, p. 120).

“De sua parte, o min. Cezar Peluso, na Extradição 1.085, conhecida como *Caso Battisti*, ponderou que (...) o Supremo Tribunal Federal, ao tratar de situações em que se cogita da natureza política ou comum dos delitos, para fins de extradição, tem, constantemente, tratado de forma absolutamente diferenciada os crimes violentos, praticados contra a pessoa, especialmente no que respeita ao direito à vida e à liberdade. Ainda que a sua finalidade seja política, ou políticos os motivos, tais delitos, especialmente os chamados ‘delitos de sangue’, vêm sendo, sistematicamente, tratados como comuns, por exacerbarem os limites éticos das lutas pela liberdade e pela democracia.

	<p>É certo que a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, na solução dos casos concretos, nunca prescindiu, na jurisprudência da corte, da análise do contexto político em que praticados os atos criminosos. Além do fato de o conceito de crime político ser relativo a cada ordenamento jurídico, situado historicamente, é importante considerar que o ato de insurgência política poderá ter qualificações completamente distintas se praticado em Estados autoritários ou em Estados democráticos.</p> <p>Ausentes os elementos objetivo e subjetivo, adotados na teoria mista ou eclética, poderá estar descaracterizado o crime político. Presentes, entretanto, o bem jurídico violado e o móvel político do agente, poderão ser estes insuficientes, se abstraídos do contexto em que foi praticada a infração. Havendo Estado de Direito e os elementos que dele decorrem para a garantia dos cidadãos, não haveria justificativa, em princípio para a caracterização do crime como político.</p> <p>Retira-se da jurisprudência do Supremo, dessa forma, a conjugação de alguns critérios que vêm norteando a análise dos sempre difíceis casos referentes aos denominados crimes políticos relativos. Na abordagem caso a caso (case by case approach), o Tribunal tem se valido, especialmente, do sistema da preponderância e do critério da atrocidade dos meios, sem deixar de valorar todas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes na situação, com especial relevo para o contexto histórico, político e jurídico em que praticadas as infrações (grifos meus)". (BRASIL, 2010, p. 121).</p> <p>Mencionou-se também o voto vista do ministro Gilmar Mendes, tanto pela exaustiva pesquisa doutrinária e jurisprudencial, quanto pela erudição do voto. (BRASIL, 2010, p.121- 126).</p>
Apoio	<p>“É que, de acordo com estudiosos do assunto, vários seriam os delitos comuns possivelmente praticados por agentes do Estado, durante o regime autoritário, todos tipificados no Código Penal de 1940, vigente à época, destacando-se entre eles os seguintes: (i) crimes contra a vida e integridade corporal: homicídio (art.121), lesões corporais (art. 129), maus tratos (art. 136), omissão de socorro (art.135); (ii) crimes contra a liberdade individual: privação arbitrária de liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado (art. 148), constrangimento ilegal (art. 146), ameaça (art.147), violação de domicílio (art. 150); (iii) crimes contra o patrimônio: furto (art.155), dano (art.163), apropriação indébita (art. 168); (iv) crimes contra o respeito aos mortos: destruição ou ocultação de cadáver (art. 211); (v) Crimes contra a liberdade sexual: estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214); (vi) Crimes de falsificação: falsificação de documento público (art. 297), atestado falso por médico (art. 302); (vii) Crimes contra a administração pública: concussão (art. 316), violência arbitrária (art. 322), abuso de autoridade (art. 350), condescendência criminosa (art. 320).</p> <p>A tipificação de tais delitos, na maioria dos casos, também estava reproduzida, inclusive quanto às respectivas penas, nos Códigos Penais Militares de 1944 e 1971, que vigoraram durante todo o regime de exceção, e aos quais se sujeitavam todos os militares e pessoas legalmente semelhantes a eles.</p> <p>O mesmo se diga quanto ao delito de tortura. Embora este crime tenha sido formalmente tipificado apenas a partir da lei 9.455/</p>

	<p>1997, a sua prática, evidentemente, jamais foi tolerada pelo ordenamento jurídico republicano, mesmo aquele vigente no regime de exceção. Não bastasse a previsão da lei penal ordinária, que sancionava, dentre outros crimes, as lesões corporais e os maus tratos, a lei 4.898/1965, definia – e ainda define, pois continua em vigor –, em seus artigos 3º e 4º, as hipóteses de abuso de autoridade, arrolando, dentre elas, o atentado à incolumidade física ao indivíduo e de submissão a pessoa sob guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei. E mais: o artigo 5º caracteriza como autoridade aquele que ‘exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração’. Além disso, o art. 6º estabelece que ‘o abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal’.” (BRASIL, 2010, p. 116-117).</p>
Conclusão	<p>“Ora, como a lei de Anistia não cogita de crimes comuns, e emprega, de forma tecnicamente equivocada, o conceito de conexão, segue-se a possibilidade de abertura de persecução penal contra os agentes do Estado que tenham eventualmente cometido os delitos capitulados na legislação penal ordinária, pode, sim, ser desencadeada, desde que se descarte, caso a caso, a prática de um delito de natureza política ou cometido por motivação política, mediante a aplicação dos critérios acima referidos”. (BRASIL, 2010, p. 127).</p>
Condição de refutação	<p>“Por essa razão, inclusive, afigura-se irrelevante que a Lei 6.683/1979, no tocante à conexão entre crimes comuns e crimes políticos, tenha sido, mais tarde, parcialmente reproduzida na EC 26/1985. Primeiro, porque, teoricamente, uma lei de anistia surte efeitos imediatos, colhendo todas as situações injurídicas consolidadas no pretérito. Logo, essa repristinação revelou-se totalmente inócua para os fins pretendidos. Depois, porque os vícios que tisonavam o primeiro diploma legal persistiram integralmente no segundo, ainda que este ostentasse maior hierarquia no ordenamento legal. Por fim, porque a constituição de 1988, embora pudesse fazê-lo, não ratificou a tal anistia, preferindo concedê-la, em outros termos, para beneficiários distintos, no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. (BRASIL, 2010, p. 127).</p>

Fonte: Elaboração própria.

No tópico “a distinção entre crimes comuns e crimes políticos”, a pretensão e, concomitantemente, conclusão buscada pelo construto argumentativo é que é possível abrir a persecução penal contra os agentes estatais porque, além de não cogitar de crimes comuns, e lei de Anistia emprega o conceito de conexão equivocadamente.

O fato conexo a essa asserção, *Data*, é a distinção jurisprudencial que tem sido feita pela Suprema corte no concernente a crimes políticos típicos, identificáveis *icto oculi*; os praticados, *verbi gratia*, contra integridade territorial de um país, a pessoa de seus governantes, a soberania nacional, o regime representativo e

democrático ou o Estado de Direito e, ainda, crimes políticos relativos, que a doutrina estrangeira chama de *Hard Cases*, com relação aos quais, para caracterização ou descarte, cumpre fazer uma abordagem caso a caso.

A garantia, *Warrant*, pauta-se na necessidade de revisitar o entendimento da corte no tocante à distinção entre crimes políticos e crimes comuns.

No Habeas Corpus 73.451, no voto de Sepúlveda Pertence, estabeleceu-se que os requisitos para o crime ser considerado político são estes: quanto ao agente, a motivação e os objetivos políticos, bem como a existência de lesão à integridade territorial; à soberania nacional; ao regime representativo e democrático; à federação e ao Estado de Direito ou à pessoa dos chefes dos poderes da União. Tudo consoante a Lei n. 7.170, de 1983.

Na extradição 855, o ministro Celso de Mello destacou, entre outros aspectos igualmente relevantes, a amplitude da acepção de criminalidade política, bem como as diversas posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a um dualismo conceitual.

Foi feita alusão ao entendimento de Cesar Peluso na extradição 1085⁶⁵ e ao voto vista do ministro Gilmar Ferreira Mendes, pela exaustiva pesquisa doutrinária, jurisprudencial e pela erudição do voto.

O apoio, *Backing*, nesse tópico está pautado principalmente na ideia de que, conforme os estudiosos, haveria muitos delitos comuns praticados por agentes estatais durante o regime autoritário, indo desde previsões do código criminal de 1940 a condutas previstas no Código Criminal Militar e condutas não toleradas, como a tortura.

Identifica-se uma condição de refutação, qual seja, a irrelevância da Lei 6.683/1979, no que concerne à conexão entre crimes comuns e crimes políticos por ter logrado ratificação na Emenda Constitucional 26/1985. Tanto pela lei de anistia produzir efeitos imediatos, quanto pela repristinação ser totalmente inócua para os fins pretendidos.

⁶⁵ Popularmente conhecido como “Caso Cesare Battisti”, onde, para a maioria dos ministros a decisão do ex-presidente Lula de negar a extradição de Battisti para a Itália foi um “ato de soberania nacional” impassível de revisão pelo Supremo. (BRASIL, 2011, p.1).

Na senda de Stephen Toulmin, o voto de Lewandowski no tópico “a distinção entre crimes comuns e crimes políticos” estruturou bem a fisiologia argumentativa.

2.10 Análise argumentativa interna: Ministro Ayres Britto

Quadro 16 – Análise argumentativa do voto do Ministro Ayres Britto

Dado	“E o fato é que, com todas as vênias, mas já agora na linha do voto do ministro Ricardo Lewandowski, eu não consigo enxergar no texto da lei da anistia essa clareza que outros enxergam, com tanta facilidade, no sentido de que ela, Lei da Anistia, sem dúvida, incluiu no seu âmbito pessoal de incidência todas as pessoas que cometeram crimes, não só os singelamente comuns – mas os caracteristicamente hediondos ou assemelhados, desde que sob motivação política ou tipificação política. O ministro Ricardo Lewandowski deixou bem claro que na nossa jurisprudência há uma dicotomia entre crimes políticos propriamente, ou crimes absolutamente políticos, ou puramente políticos, e crimes impropriamente políticos, impuramente políticos, relativamente políticos, que são crimes comuns, porém com alguma inspiração, algum móvel, alguma motivação política...” (BRASIL, 2010, p. 136).
Garantia	“Mas eu entendo que, no caso, as tratativas ou precedentes devem ser considerados secundariamente, porque o chamado ‘método histórico de interpretação’, em rigor não é um método. É um parâmetro de interpretação jurídica, porque a ele só se deve recorrer quando subsiste alguma dúvida de intelecção quanto à vontade normativa do texto interpretado. Vontade normativa não revelada pelos quatro métodos tradicionais a que o operador jurídico recorre: o método literal, o lógico, o teleológico e o sistemático. Ou seja, o método histórico não é para afastar a priori qualquer dúvida; não é para antecipadamente afastar dúvida de interpretação. É para tirar dúvida por acaso remanescente da aplicação dos outros métodos de interpretação. E, nesse caso da Lei de Anistia, eu não tenho nenhuma dúvida de que os crimes hediondos e equiparados não foram incluídos no chamado relato ou núcleo deontico da lei”. (BRASIL, 2010, p. 137).
Apoio	“[...] O que interessa é a vontade objetiva da lei, não é a vontade subjetiva do legislador [...] Então, vou ler a lei [...]. [...] o parâmetro, o centro de referibilidade inafastável é o crime político. O conexo é secundário[...]; no plano da principalidade está o político, que tem que ser o crime praticado com essa motivação [...] O que, a priori, excluiria todo tipo de crime de sangue com resultado morte, crime de lesa-humanidade , praticado por uma antipessoa”. (BRASIL, 2010, p. 141-144).
Conclusão	“Então, peço vênias aos que pensam diferentemente, e digo, com todo o respeito: eu não consigo enxergar, na vontade objetiva desses dispositivos conjugados, o caráter amplo, geral e irrestrito que se busca emprestar à Lei de Anistia”. (BRASIL, 2010, p. 144).

Fonte: Elaboração própria.

A asserção original (*Claim*) do voto do ministro Ayres Brito é no sentido de que a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, inclusive pela análise da vontade

objetiva dos dispositivos a ela relacionados, não possuiria caráter amplo geral e irrestrito. Ele admite não ver isso com clareza similar à de outros ministros que teriam votado nesse sentido.

Os aspectos concretos relacionados a isso (*Data*) são o fato de ele não conseguir ver na lei de anistia com clareza a inclusão, no seu âmbito de incidência, de todos os agentes de crimes singelamente comuns; hediondos ou assemelhados, desde que sob motivação política. Ademais, a ponderação do ministro Ricardo Lewandowski acerca da dicotomia jurisprudencial existente entre crimes políticos propriamente, ou crimes absolutamente políticos, ou puramente políticos e crimes impropriamente políticos.

A conexão entre *Claim* e *Data, Warrant*, consiste no fato de o método histórico de interpretação ser um parâmetro de interpretação jurídica, porque a ele só se deve recorrer quando subsiste alguma dúvida de interpretação quanto à vontade normativa do texto interpretado. É para tirar dúvida por acaso remanescente da aplicação dos outros métodos de interpretação. E, nesse caso, ele entende que a Lei de Anistia não incluiu os crimes hediondos e os equiparados em seu núcleo deôntico.

O *Backing* ratifica a garantia ao asseverar que é mais importante captar a vontade objetiva da lei que a vontade subjetiva do legislador. Assim, o parâmetro central é o crime político. Tal fato, pelo menos inicialmente, excluiria todo tipo de crime de sangue com resultado morte.

Nos termos da proposta de Toulmin, o voto do Ministro Ayres Brito está coeso e coerente.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA JURISDIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADFP 153/2010 BUSCANDO A CONCRETIZAÇÃO DO IDEAL DEMOCRÁTICO E UMA REAL ABERTURA DISCURSIVA NA CORTE

No primeiro capítulo, analisou-se a mudança de perspectiva teórica da argumentação jurídica no decurso temporal na semântica de que a mera subsunção não atende às necessidades sociais. Posteriormente, usou-se o modelo de Stephen E. Toulmin para auferir de modo sistêmico a construção argumentativa no Supremo Tribunal Federal (STF) na ADFP 153 de 2010. Agora, com base no capítulo 2, analisar-se-á criticamente a jurisdição do STF na busca de uma real abertura discursiva na corte, com o fito de concretizar uma jurisdição mais democrática.

3.1 Análise crítico-argumentativa dos votos dos ministros

O diagrama proposto por Stephen E. Toulmin, apesar das críticas mencionadas no primeiro capítulo⁶⁶, por um modelo simples, propõe uma fisiologia argumentativa capaz de contribuir para a análise da qualidade dos raciocínios construídos nos votos dos ministros desta forma: quanto maior a adequação do raciocínio aos conceitos propostos, mais bem construído o argumento.

Consoante visto no capítulo 2, no que tange à coerência interna, em cada um dos votos, ela está presente. Todavia, como a finalidade do terceiro capítulo é a análise da jurisdição constitucional, a partir dos quadros argumentativos do capítulo anterior, analisar-se-á o produto da atuação conjunta dos magistrados.

Para isso, desenvolve-se uma tabela com três variáveis. Estas: ideia principal, fundamento e conclusão.

Quadro 17 – Quadro comparativo global

Ministro	Ideia principal	Fundamento	Conclusão do julgamento
Eros Grau	A lei de Anistia é um acordo político de transição democrática de caráter amplo	Menção a Dalmo de Abreu Dallari, ao RHC n. 59.834 do ministro Décio Miranda, exemplos históricos de Anistia,	Improcedente

⁶⁶ Destaca-se que a análise das críticas a cada um dos autores mencionados foi sutil, pois, além deste não ser o foco do trabalho, isso foi feito simplesmente para ratificar e demonstrar o reconhecimento de que nenhum modelo argumentativo ou teoria doutrinária é infalível, uma vez que não há verdade absoluta.

	ratificado pelo poder constituinte originário de 1988.	a jurisprudência da corte na matéria, menção a Orosimbo Nonato, Sepúlveda Pertence, EC 26/1985	
Cármem Lúcia	A mudança interpretativa tornaria a ADPF uma revisão criminal às avessas.	Excerto da obra <i>Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws</i> de Henry Campbell Black.	Improcedente
Ellen Gracie	A lei bilateral de anistia foi necessária ao processo de redemocratização	A acepção grega de Anistia, menções a Plutarco, Dalmo de Abreu Dallari, Orosimbo Nonato e ao próprio entendimento do STF.	Improcedente
Marco Aurélio	A lei de Anistia é penal e constitucional.	Menções a Eros Grau, ao sermão da “Quinta-Feira da Quaresma” de Padre Vieira e comentários de Barbalho da Constituição de 1891.	Improcedente
Celso de Mello	A Lei de Anistia já esgotou sua eficácia e normalmente abarca ilícitos políticos, mas – por exceção – pode abarcar os comuns.	Menção a Pontes de Miranda, Nucci, Paulo José da Costa Junior, Rogério Greco, Magalhães Noronha, Damásio E. de Jesus, Luiz Regis Prado, Luiz Carlos Betanho, Aloysio de Carvalho Filho e a Paulo Brossard. Art. 5º, XXXIX da CF, Convenção Americana de Direitos humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.	Improcedente
Gilmar Mendes	A anistia ampla é oriunda do conteúdo pactual do próprio texto e é ratificada pela EC 26/1985.	Art. 4º da EC 26/85; menção a Sepúlveda Pertence, a Reginaldo de Sousa Aguiar, Sergio Tostes e Eros Grau.	Improcedente
Ricardo Lewandowski	A Lei de Anistia não abarca crimes comuns, mas tão somente os políticos.	Thomas Hobbes, Art. 69, 70 e 71 do CP, Art. 76, I e II do CPP, jurisprudência do STF, voto de Sepúlveda Pertence no HC 73.451, menção a Celso de Mello no caso Norambuena, menção a Cesar Peluzo no Caso Battisti, Art. 121, 129, 136, 135, 148, 146, 147, 150, 155, 163, 168, 211, 213, 214, 297, 302, 316, 322, 350, 320 do CP, Lei n. 9.455/1965 e Lei n. 4.898/1965 e EC 26/1985.	Procedente
Ayres Britto	A lei de Anistia não possui caráter amplo, geral e irrestrito.	Referência aos métodos de interpretação jurídica existentes e referência ao ministro Ricardo Lewandowsky	Procedente

Cezar Peluso	Os crimes conexos da Lei 6.883/79 abrangem os crimes dos agentes do regime militar contra os opositores.	Art. 76, I, Código de Processo Penal e menção a Drummond de Andrade.	Improcedente
--------------	--	--	--------------

Fonte: Elaboração própria.

Nos termos da tabela supra, nota-se que, em termos de ideia principal, enquanto Eros Grau e Gilmar Mendes fazem menção ao poder constituinte originário e à Emenda Constitucional 26/85, Ellen Gracie e Marco Aurélio se aproximam pela metalinguagem ao tentar definir “Anistia”, Ayres Britto e Cesar Peluso trata da amplitude da Lei de Anistia, Lewandowski e Celso de Mello discorrem acerca de crimes políticos e comuns ao passo que Carmen Lúcia, isoladamente, discorre acerca da possibilidade de uma “revisão criminal às avessas”.

O ponto de partida hermenêutico, para alguns ministros, pode até se assemelhar. Porém, só de ideias principais, a um primeiro olhar já se vê cinco possibilidades distintas.

Quanto à fundamentação decisional, esta é de fulcral importância e varia nos nove votos do *Leading Case*. Ao considerar que, no novo Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), a fundamentação faz coisa julgada, o uso correto da ADPF 153/2010 como precedente passa a englobar e pressupor a compreensão de todas as fundamentações, pois, não obstante não constarem na ementa, são parte da coisa julgada e da razão de decidir.

Ademais, tanto a aceitação das decisões pelos demais poderes, quanto pela opinião pública são caras à legitimidade da justiça constitucional. Por isso, todos os pronunciamentos devem ser fundamentados e públicos. Caso contrário, “as decisões que contrariam o consenso geral simplesmente acabam não perdurando” (ABRAHAM, 1978, p.99).

Outra importância da fundamentação é facilitar a fiscalização porque a comunidade deve ter “condições de verificar se juiz e por consequência a própria justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. É através da motivação que se avalia o exercício da função jurisdicional” (FERNANDES, 1999, p.117).

Alexandre de Moraes (2013, p. 63) assevera que, historicamente, o estilo das decisões das diversas cortes constitucionais foi alterado em prol de maior detalhamento motivacional e acesso popular aos elementos básicos de sua fundamentação, pela publicidade de seus acórdãos.

Porém, nem todas as funções supramencionadas da argumentação, dentre as quais, facilitar a fiscalização pela comunidade e lograr legitimidade popular, são alcançadas. Isso porque, além de muito extensos, os votos costumeiramente possuem uma linguagem jurídica rebuscada inacessível à comunidade como um todo, principalmente aos leigos do “juridiquês”⁶⁷.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153/2010, por exemplo, possui ao todo 266 (duzentos e sessenta e seis) laudas, distribuídas desta maneira:

Quadro 18 - Análise do acórdão pela distribuição de páginas

Parte	Páginas Processuais	Número de laudas por voto
Ementa e acórdão	1 - 4	—
Relatório	5 – 10	—
Voto do Ministro Eros Grau	12 – 46	35
Voto da Ministra Cármen Lúcia	78 - 98	21
Voto do Ministro Ricardo Lewandowski	99 – 130	32
Voto do Ministro Ayres Britto	134 – 146	13
Voto da Ministra Ellen Gracie	151 – 153	3
Voto do Ministro Marco Aurélio	154 – 157	4
Voto do Ministro Celso de Mello	158 – 203	46
Voto do Ministro Cezar Peluso	204 – 214	11
Voto do Ministro Gilmar Mendes	215 – 264	50

Fonte: Elaboração própria.

Através de uma média aritmética simples, estabelece-se este cálculo: soma do número de laudas ÷ soma do número de ministros = $215 \div 9 = 23,88$ laudas por ministro. Aparentemente, o *quantum* por julgador pode parecer singelo, mas, atentando-se ao que fato de que – entre as duzentos e quinze páginas – está

⁶⁷ Termo empregado, por vezes, para reforçar a ideia negativa do excessivo tecnicismo linguístico na seara do Direito.

distribuída toda a fundamentação, que deve ser observada e fiscalizada, a vasta extensão argumentativa por parte de alguns julgadores pode ser considerada de impacto negativo.

Outro ponto de relevante destaque é a ausência de padronização na extensão dos votos, pois, enquanto os Ministros Ellen Gracie e Marco Aurélio proferem os seus votos em, respectivamente, 3 (três) e 4 (quatro) laudas, Gilmar Mendes e Eros grau fizeram-no em, respectivamente, 50 (cinquenta) e 35 (trinta e cinco) laudas.

A vasta extensão das peças escritas nos julgamentos colegiados termina por desestimular a sociedade civil a acompanhá-los, bem como fiscalizá-los. Além de um grande tecnicismo linguístico, a fundamentação e a ideia principal de cada um dos julgadores podem se mesclar na interpretação do leitor. Em outras palavras, durante a montagem das tabelas do capítulo 2, já é notório que diferentes leitores podem ter diferentes interpretações do que é principal e acessório dentro de um voto.

Quanto à conclusão, houve 7 (sete) improcedências e 2 (duas) procedências. A ADPF é julgada improcedente pelo mero somatório de conclusões sem a análise da fundamentação de cada uma delas. Isso é preocupante porque sendo o julgado a construção de um discurso, se as partes não dialogam entre si, gera-se uma lacuna. Em outras palavras, a mera soma de conclusões para formar o acórdão sem o diálogo das fundamentações faz um discurso fisiologicamente falho. Isso fica claro na Ementa⁶⁸.

Apesar da ausência de cuidado na construção da ementa, no decorrer do julgado, há que se reconhecer “intervalos de diálogo”. Nas páginas 147 a 150, por exemplo, intitulada “esclarecimento”, onde há transcrição das falas dos ministros, ilustrando:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Excelência comentei a Emenda 26/85.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Eu estou dizendo nas discussões alimentadas pelos arguentes *amicus curiae*.

⁶⁸ A ementa anexa ao final deste trabalho demonstra a incoerência argumentativa existente consistente num “copia e cola” aleatório da ideia principal de cada ministro sem uniformização contextual.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Até é uma curiosidade. No projeto originário que ia até o artigo 3º, oriundo do poder executivo, não se falava em anistia, foi lá no Congresso Nacional que o tema foi incluído.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Exatamente, foi lá no Congresso. Mas, estou dizendo que essa Emenda, com essas balizas, é que criou o marco institucional do processo constituinte que resultou na Constituição de 1988.

Já houve tantos embates! A Ministra Cármen Lúcia chamava a atenção para a participação de parlamentares não eleitos, os tais biônicos, e tudo mais; parlamentares eleitos no processo anterior; foi objeto talvez da primeira questão de ordem, quando a assembleia ainda estava presidida pelo Presidente Moreira Alves.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – A primeira foi a do Amaral Neto, se ele jurava uma Constituição que era para ele derrubar – a primeira questão de ordem foi esta –, a segunda foi essa. (BRASIL, 2010, p. 149).

Na leitura supra, é notório que há comentários e interação entre os julgadores, mas essas interações não resultam em alterações no julgado, tampouco auxiliam num diálogo uniformizador de fundamentações ou mesmo na formulação de uma ementa mais concisa. Todavia, para quem tem tempo de estudar ou se propõe a fazer a análise minuciosa de uma decisão colegiada, tais excertos são interessantes até para entender a fisiologia argumentativa dos votos singularmente.

Nesta senda de construção do acórdão a partir dos votos dos ministros, retorna-se a perspectiva de Neil MacCormick do primeiro capítulo, consoante a qual, na construção de uma decisão, deve-se fazer uma interpretação linguística, por exemplo, objetivando entender “crimes conexos” dentro da *utterance*, *In Casu*, da própria lei⁶⁹.

Para o referido doutrinador, em caso da ausência de regras claras, a jurisdição tem que observar os princípios regentes do sistema. Em todas as categorias argumentativas por ele propostas na obra *Retórica e Estado de Direito* (2008) há um papel preponderante do contexto na interpretação⁷⁰.

⁶⁹ Na análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/2010, nos termos da exordial, o foco da discussão jurídica é a lei de Anistia se estender ou não aos crimes comuns praticados pelos agentes públicos no período da ditadura militar, de 1964 a 1985, contra opositores políticos.

⁷⁰ Relembrando, as três categorias linguísticas mencionadas são: linguística (onde se analisa o sentido claro das palavras na linguagem cotidiana); sistêmica (dá um valor ao texto pelo contexto) e teleológico avaliativa (dá ao texto um sentido melhor à partir de sua finalidade).

Identifica-se no julgado, a existência de dez contextos linguísticos: 9 (nove) micro contextos, traduzidos nos votos de cada julgador como um universo de raciocínio singular e um macro contexto, concretizado no acórdão como produto junção de todos os votos traduzido sinteticamente na ementa.

Abaixo, no micro contexto de cada voto, por meio de modificações feitas na primeira tabela, mostra-se a predominância das categorias argumentativas existentes com base em MacCormick (2008):

Quadro 19 – Os Micro contextos em cada voto com base em MacCormick

Ministro	Ideia principal	Fundamento	Categoria argumentativa em Neil MacCormick
Eros Grau	A lei de Anistia é um acordo político de transição democrática de caráter amplo ratificado pelo poder constituinte originário de 1988.	Menção a Dalmo de Abreu Dallari, ao RHC n. 59.834 do ministro Décio Miranda, exemplos históricos de Anistia, a jurisprudência da corte na matéria, menção a Orosimbo Nonato, Sepúlveda Pertence, EC 26/1985	Predominância de argumentos sistêmicos a partir da história e argumentos sistêmicos a partir de precedentes.
Cármem Lúcia	A mudança interpretativa tornaria a ADPF uma revisão criminal às avessas.	Excerto da obra <i>Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws</i> de Henry Campbell Black.	Argumentos sistêmicos por harmonização contextual e lógicos.
Ellen Gracie	A lei bilateral de anistia foi necessária ao processo de redemocratização	A acepção grega de Anistia, menções a Plutarco, Dalmo de Abreu Dallari, Orosimbo Nonato e ao próprio entendimento do STF.	Argumentos linguísticos, argumentos sistêmicos à partir de precedentes e à partir da história.
Marco Aurélio	A lei de Anistia é penal e constitucional.	Menções a Eros Grau, ao sermão da “Quinta-Feira da Quaresma” de Padre Vieira e comentários de Barbalho da Constituição de 1891.	Argumentos linguísticos, argumentos sistêmicos conceituais.
Celso de Mello	A Lei de Anistia já esgotou sua eficácia e normalmente abarca ilícitos políticos, mas – por exceção – pode abarcar os comuns.	Menção a Pontes de Miranda, Nucci, Paulo José da Costa Junior, Rogério Greco, Magalhães Noronha, Damásio E. de Jesus, Luiz Regis Prado, Luiz Carlos Betanho, Aloysio de Carvalho Filho e a Paulo Brossard. Art. 5º, XXXIX da CF, Convenção	Argumentos sistêmicos lógicos e de harmonização contextual.

		Americana de Direitos humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.	
Gilmar Mendes	A anistia ampla é oriunda do conteúdo pactual do próprio texto e é ratificada pela EC 26/1985.	Art. 4º da EC 26/85; menção a Sepúlveda Pertence, a Reginaldo de Sousa Aguiar, Sergio Tostes e Eros Grau.	Argumentos sistêmicos de harmonização contextual e a partir da história.
Ricardo Lewandowski	A Lei de Anistia não abarca crimes comuns, mas tão somente os políticos.	Thomas Hobbes, Art. 69, 70 e 71 do CP, Art. 76, I e II do CPP, jurisprudência do STF, voto de Sepúlveda Pertence no HC 73.451, menção a Celso de Mello no caso Norambuena, menção a Cesar Peluso no Caso Battisti, Art.121, 129, 136, 135, 148, 146, 147, 150, 155, 163, 168, 211, 213, 214, 297, 302, 316, 322, 350, 320 do CP, Lei n. 9.455/1965 e Lei n. 4.898/1965 e EC 26/1985.	Argumentos sistêmicos lógicos, à partir da história, de harmonização contextual e à partir de precedentes.
Ayres Britto	A lei de Anistia não possui caráter amplo, geral e irrestrito.	Referência aos métodos de interpretação jurídica existentes e referência ao ministro Ricardo Lewandowsky	Argumentos sistêmicos à partir de precedentes, conceituais e de harmonização contextual.
Cezar Peluso	Os crimes conexos da Lei 6.883/79 abrangem os crimes dos agentes do regime militar contra os opositores.	Art. 76, I, Código de Processo Penal e menção a Drummond de Andrade.	Argumentos sistêmicos de harmonização contextual e conceituais.

Fonte: própria

Na construção do acórdão, apesar da repetição de categorias argumentativas, não houve uniformização contextual – uma vez que a perspectiva de análise de cada ministro variou bastante. Por conseguinte, em termos globais, a decisão colegiada não é bem construída, pois, não há um contexto ou ideia principal definidos fora de cada voto, tanto o diagrama de Toulmin, quanto a perspectiva de MacCormick não dão conta de uma análise genérica do julgamento colegiado, mas tão somente singular no universo cognitivo de cada julgador.

Diante das análises objetivas realizadas até o presente momento, principalmente pelas tabelas construídas, é perceptível que a corte não dialoga, a improcedência da ADPF analisada não foi um produto dialético, mas tão somente a soma das conclusões dos julgadores sem comparar ou contrastar suas fundamentações.

3.2 Algumas possibilidades de jurisdição constitucional e diálogo democrático

Hodiernamente, considerando que a distinção entre o jurídico e o político está cada vez mais tênue e cada vez mais o poder judiciário é chamado a se manifestar acerca de decisões políticas. A lei e o direito se tornam incertos até em decorrência do cenário que os envolve.

A relação entre as variáveis direito, ética, lei e política se tornou problemática e a relação jurisdição constitucional e democracia, inversamente proporcional. Por conseguinte, na dicção jurídica acerca da revisão ou não da lei de Anistia, há que se analisar o binômio jurisdição constitucional e diálogo democrático.

Não obstante a democracia pressupor a manifestação da vontade da maioria, nem sempre essa é justa sendo necessário que a corte exerça um papel contra majoritário.

E é aí que está a tensão entre democracia e constitucionalismo, na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo, que, por sua vez, não podem elaborar leis que afrontem os direitos fundamentais das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição (BARBOZA, 2007, p.24).

O cenário é mais complexo do que se imagina. A constituição limita a atuação, as decisões dos representantes populares, que, entre outras coisas, não podem afrontar os direitos das minorias ou mesmo os próprios princípios constitucionais, cujos limites e níveis de “plasticidade”⁷¹ são determinados pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Nessa senda, tem-se a impressão de que a vontade do povo (semidireta) se exaure na atuação do Congresso Nacional e que o supremo dá uma palavra final

⁷¹ Usa-se o termo “plasticidade” em decorrência do maior grau de abstração e pela flexibilidade interpretativa que os princípios possuem, quando comparados às regras.

sem o aval da população. Por isso, é interessante discorrer acerca do renascimento republicano nos Estados Unidos, onde autores buscaram aprimorar a jurisdição pela proposta da participação popular.

Acerca disso, Daniel Barcelos Vargas (2005), em sua dissertação de mestrado na Universidade de Brasília (UnB), tratou, entre outros temas, do papel da corte na visão de autores como Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sunstein, os quais discorreram acerca da possibilidade de abertura discursiva.

Na perspectiva de Bruce Ackerman, existem dois tipos de momentos políticos: momentos de forte mobilização popular, onde as pessoas focam suas atenções em questões de interesse público concretizando o princípio de autogoverno republicano, já que a autoridade do direito se une à vontade popular e momentos de política ordinária, marcada pelo liberalismo e pela prevalência de interesses privados (VARGAS, 2005, p.104-105).

Nessa seara, a preservação da identidade coletiva do povo e sua respectiva representação durante os momentos de política ordinária são os papéis da Suprema Corte. Isso porque há prevalência de interesses privados em instituições como câmara e senado. Assim, em consequência, os julgadores devem dizer o direito consoante uma interpretação abrangente ou holística da história pautada numa conversação Inter geracional. (VARGAS, 2005, p. 117-118).

Frank Michelman crê que as instituições existentes no Estado não falam pelo povo e, ainda, impedem-no de expressar sua vontade. Nessa senda, a Suprema corte é o símbolo do autogoverno popular, por ser o modelo de comunidade discursiva onde a liberdade efetivamente se realiza no governo constitucional. Em suma, pelo exemplo, a corte é a potencialidade do autogoverno (VARGAS, 2005, 130-131).

A decisão judicial e o povo interagem mutuamente pela *jurisgenesis* e pela recoletagem. A primeira consiste num dialogo popular, onde as pessoas deliberam acerca de como se deve viver e, nesse contexto, o papel do judiciário é o do auxílio na manutenção do diálogo garantindo, entre outras coisas, a escuta da voz

minoritária. A segunda, no fato de que a decisão judicial tem que estar em conformidade com a *jurisgenesis*.⁷²

Na perspectiva de Cass Sunstein o judiciário deve tomar as medidas cabíveis para que o parlamento mantenha o devido processo legislativo. Em outras palavras, no constitucionalismo de Sunstein, a suprema corte possui apenas um papel indireto. O foco central do pensamento desse autor é o próprio poder legislativo, já que no congresso, teoricamente, os distintos grupos sociais têm a possibilidade de dialogar.

A busca dos intelectuais supramencionados foi por um critério de legitimidade social para o *jus dicere*, a autoridade jurisdicional buscando a conciliação entre constitucionalismo e democracia. Trata-se de uma discussão de fundamental relevância que, no decorrer deste trabalho, também está presente na ADPF 153 de 2010.

Afinal, em que medida a lei de anistia, lei medida feita pelo poder legislativo, possuidor de legitimidade popular poderia ser revisada e alterada pelo poder judiciário? Além de uma questão de competência, há, ainda, um questionamento de âmbito discursivo plausível de ser estendido a outros casos.

É fato notório que, após a segunda guerra mundial, houve o surgimento das cortes constitucionais com o fito de evitar a repetição dos atos nazistas, atentatórios a direitos humanos. Assim, no Brasil, além do apelo global à tutela humana, o garantismo pós-ditadura militar fomentou uma elevada possibilidade constitucional interpretativa, principalmente no que tange à tutela humana.

Considerando isso, há que se pensar se, holisticamente, é interessante para a nação alterar uma interpretação pretérita na perspectiva de tutela humana. Isso sem sequer considerar que, em termos de submissão à jurisdição internacional, o Brasil aderiu, posteriormente a 1979, à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos humanos.

⁷² A recoletagem, em outras palavras, significa que a decisão do magistrado fica subordinada a um “fundo de referência normativa” partilhado pela sociedade acerca de como se deve viver.

CONCLUSÃO

O Direito é um fenômeno social, fruto do contratualismo, que se materializa por instrumento do discurso e rege a vida em sociedade. Assim, tem-se na lei apenas o seu ponto de partida – uma vez que a produção de efeitos e as consequências do texto normativo são oriundas da jurisdição, que é um produto interpretativo.

Neste contexto de pesos e contrapesos, onde a lei é feita e, em sua interpretação judicial, ganha força ou nova identidade, deve-se ater à interpretação e, em especial, à análise argumentativa porque somente assim se pode criticar, aprimorar e compreender a razão da decisão.

A advocacia de massa e a velocidade dos litígios, da jurisprudência, fomentados pela facilidade tecnológica informacional, fizeram com que o “copia e cola” jurisprudencial virasse algo comum. Logo, por vezes, a decisão em si mesma, sua motivação, fundamentos e pertinência contextual não estão totalmente esclarecidos ao público civil e jurídico. Nesta senda, é mister que a comunidade acadêmica seja presente e forte na análise dos pronunciamentos dos julgadores, principalmente nos tribunais – cujas decisões possuem caráter vinculante.

Independentemente de quaisquer ideologias ou valores pessoais, ao analisar a construção argumentativa da ADPF 153 de 2010, vê-se caos e cosmos. No que tange a análise interna de cada voto, há um cosmos, uma ordem e sequencia clara de raciocínio e ideias. Todavia, as ideias dos julgadores não dialogam entre si e, ao final, ao se ler a ementa, tem-se uma construção e um amontoado de palavras, aparentemente aleatório – que não resume bem o julgado, pois, por vezes, sequer há conectores gramaticais de coesão ou coerência entre as sentenças.

Outro ponto interessante de se mencionar na corte brasileira é que, não obstante o vasto conhecimento e expertise dos julgadores e de seus assessores, às vezes, há citações mal explicadas como, por exemplo, uma referência feita ao sermão de Padre Antônio Vieira falando sobre cegueira sem uma explicação histórica ou uma justificativa da pertinência da referida citação. Em outros acórdãos, isso costuma acontecer, por exemplo, com o Direito comparado, onde há menção a

institutos e conseguinte incorporação sem menção ou profunda adaptação contextual ou mesmo cultural.

É fato que o poder judiciário, em todas as suas esferas, cotidianamente, profere decisões que impactam diretamente a vida das pessoas. Contudo, as instâncias superiores e, principalmente, a Suprema Corte tem um papel de destaque – uma vez que sua jurisdição possui força vinculante, tendo o condão de formar um paradigma a ser seguido pelos tribunais e órgãos singulares.

Nessa senda, há que se ter uma jurisdição bem construída e coesa. Principalmente agora que os precedentes ganharão maior força com o novo CPC, deve-se compreender bem a fundamentação e o dispositivo das decisões judiciais, pois, o uso do precedente pressupõe tanto um contexto fático, quanto um contexto jurídico similares.

Juristas em diferentes épocas demonstraram a insuficiência da mera aplicação da lei ao caso concreto. Isto fez Viehweg, Perelman, Toulmin, Atienza, Neil MacCormick, dentre outros. Isso é notado também na ADPF 153/2010, onde os ministros constantemente fazem menção a jurisprudências pretéritas, história e mesmo semânticas vocabulares. Há uma grande gama e liberdade interpretativa.

A fuga a subsunção simplista acabou por abrir um grande leque hermenêutico, onde as referências de fundamentação variam muito e, por vezes, parecem ter um emprego aleatório. Por isso, considerando a importância da corte e o papel de crítica e reflexão da academia, a análise objetiva da argumentação desenvolvida se torna essencial ao aprimoramento institucional, à boa implementação dos julgados e à existência de legitimidade social.

Consoante demonstrado pela tabela desenvolvida no tópico 3.1, a ideia principal de cada um dos ministros é diferente, a análise muda muito fazendo com que o mesmo *Leading Case* ganhe diferentes fundamentações. Além de dificultar a aplicação e o enquadramento do precedente⁷³, a forma que a jurisdição é construída se torna antidemocrática por dificultar com que tanto os juristas quanto os leigos entendam com objetividade a dicção do Direito.

⁷³ Isso considerando que para aplica-lo, deve-se ter uma cuidadosa análise fática e outra cuidadosa análise jurídica.

Por outro lado, se a análise do acórdão no capítulo 3 demonstrou falhas, a análise isolada do universo de cada voto dos ministros feita no capítulo 2 seguindo o modelo de construção argumentativa de Toulmin demonstrou coerência interna. Mas, cumpre ressaltar que a vasta extensão dos votos, por vezes, dificulta a identificação das variáveis: dado, garantia, apoio, conclusão, condição de refutação.

No introito desta pesquisa, a finalidade era analisar objetivamente o julgado da ADPF 153 de 2010 avaliando a qualidade da jurisdição constitucional no país. Contudo, isso parece inverossímil, pois, ao desenvolver o segundo capítulo, evidencia-se que a depender do leitor, o entendimento dos conceitos propostos por Toulmin, pode variar. Ademais, a redação dos votos é tão extensa que extrair as ideias principais, por vezes é uma missão hercúlea, bem como incerta⁷⁴.

Contudo, esse estudo contribui nestes aspectos: mostra que a extensão exagerada dos votos dificulta o seu entendimento, que as perspectivas de análise de um *Leading Case* variam muito e, principalmente, que não há um real diálogo na Suprema Corte Brasileira. Cada voto é uma ilha que, ao final é fragmentada e tem alguma(s) de sua(s) parte(s) colada(s) numa ementa incapaz de comportar a densidade, a fundamentação, tampouco as ideias principais dos magistrados.

Espera-se que pesquisas posteriores possam agregar em termos de análise metodológica de construção de ementas, votos e critérios de fundamentação (aparentemente com elevado grau de subjetividade). Isso porque ao mesmo tempo em que a constituição de 88 é garantista e os magistrados possuem a livre convicção, é interessante respeitar parâmetros jurisdicionais e tornar a linguagem e as decisões jurídicas acessíveis à comunidade como um todo, tanto para entendimento, quanto para fiscalização.

O modelo proposto por Toulmin não é perfeito, pois, as possibilidades linguísticas de construção de raciocínios é muito grande e ilimitada, assim como o entendimento do que seja ideia principal, apoio, conclusão, dado ou garantia pode variar no tempo, conforme a pessoa ou o contexto. Mas, destaca-se que o uso dessa fisiologia argumentativa permite sim uma análise lógica, a construção de uma

⁷⁴ Porque o que um jurista considera importante, outro pode não considerar.

cadeia de fundamentos apta a simplificar uma posterior análise global de julgados (acórdão).⁷⁵

⁷⁵ Isso foi feito nos capítulos 2 e 3 deste trabalho, respectivamente, a análise introspectiva de cada voto para lograr posterior avaliação macro da ementa e do acórdão como conjunto de votos, majoritariamente, sem conexão de ideias principais entre si.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Henry. A Corte Suprema no evolutivo processo político. In: HARMON, M. Judd. **Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 89-108.

ACKERMAN, Bruce. **Nós o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ARAÚJO, Natália Medina. **Aprender para o futuro memória e liberdade republicana no Direito Internacional dos Direitos Humanos: um estudo caso do Chile**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira. A lei de anistia brasileira: os crimes conexos, a dupla via e tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.103, p.593-628, jan/dez. 2008.

BAUMANN, Alexis; BRAUDO, Serge. **Dictionnaire du Droit Privé**. Paris. 1996. Disponível em: <<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/jurisprudence.php>>. Acesso em: 10 maio 2016.

BERGAMINI, Fraya. **Lutas democráticas: a campanha pela anistia nos jornais alternativos Coojornal (1978 - 1980) e o Rio Grande (1979)**. 2008. 83f. Monografia (Licenciatura em História) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/16060/000692406.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 5 jan. 2015.

BRASIL. **Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Brasília, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF n. 153/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília,

29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF concede liberdade à Cesare Battisti**. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181559>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF é contra revisão da Lei de Anistia por sete votos a dois**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=12551>>. Acesso em: 9 maio 2016.

CAMPAGNACCI, Rodrigo Messias Teixeira. Direito como uma ordem normativa institucional. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior Vianna Sapiens**, Juiz de Fora, v.5. n. 2, jul./dez 2014. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/files/uploads/20150317_153004.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

CARTA MAIOR. **PNDH 3 é fiel à Constituição, diz Sepúlveda Pertence**. 2010. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/PNDH-3-e-fiel-a-Constituicao-diz-Sepulveda-Pertence/4/15254>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório N°33/01: caso n. 11.552: Guerrilha do Araguaia, Julia Gomes Lund e outros**. 2000. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/11552.htm>>. Acesso em: 17 maio 2016.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **A CNV**. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/institucional-acesso-informacao/a-cnv.html>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder; MONTEIRO, Maurício Gentil. **Peça exordial de arguição de descumprimento de preceito fundamental feita em 21 de outubro de 2008**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil**. 2010. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-araguaia-24.11.10-1>>. Acesso em: 14 maio 2016.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. **Stephen Edelston Toulmin**: British philosopher. Disponível em: <<http://www.britannica.com/biography/Stephen-Edelston-Toulmin>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ, Lucas; MOTTA, Severino. **OAB ingressará com nova ação no Supremo para rever Lei da Anistia**. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/10/1359065-oab-ingressara-com-nova-acao-no-supremo-para-rever-lei-da-anistia.shtml>>. Acesso em: 10 maio 2016.

FERREIRA, Túlio Sérgio Henriques. A ruína do consenso: a política exterior no Brasil no governo Figueiredo (de 1979 a 1985). **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v.49, p.119-136, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v49n2/a07v49n2>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tópic jurídica**. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1988.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e Literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; PONTES, Kassius Diniz da Silva. **O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea**: tópica e retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chaim Perelman. São Paulo: Carthago Editorial, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINS, Roberto Ribeiro; MARTINS, Paulo Ribeiro; PALMEIRA, Luís Antônio. **Liberdade para os brasileiros**: anistia ontem e hoje. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

MENDONÇA, Paula. **Direito Trabalhista e Literatura**: uma reflexão sobre as condições trabalhistas nas minas de carvão com base na obra *Germinal* de Émile Zola. Monografia (Especialização) – Pós-graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, Disponível em:
<<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/62/browse?value=Condi%C3%A7%C3%B5es+de+Trabalho%2C+Minas+de+Carv%C3%A3o&type=subject>> .
Acesso em: 2 jan. 2015

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: Garantia Suprema da Constituição. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Deu no O Globo**: OAB prepara nova contestação, no STF, à Lei da Anistia. 2014. Disponível em:
<<http://www.oab.org.br/noticia/26853/deu-no-o-globo-oab-prepara-nova-contestacao-no-stf-a-lei-da-anistia>>. Acesso em: 9 jan. 2015.

PAULA, Rodrigo Uchoa de. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil (2010). In: SALES, Giorgi Augustus Nogueira Peixe; CORREIA, Theresa Rachel Couto (Orgs.). **Corte Interamericana de Direitos Humanos**: resumo das sentenças. Curitiba: CRV, 2013. v. 1, p. 569-572.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Lisboa: Editora Piaget, 1990.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica**: técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROESLER, C. R.; SENRA, L. C. M. Lei de Anistia e justiça de transição: a releitura da ADPF 153 sob o viés argumentativo e principiológico. **Sequência**, Santa Catarina, v. 64, p. 131-160, 2012.

ROESLER, Claudia R.; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. O julgamento da ADI n.3510 sob a perspectiva argumentativa. **Novos Estudos Jurídicos**, Vale do Itajaí, v.19, n.3, p. 663-694. set./dez. 2014.

ROESLER, Claudia Rosane. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v.2, n.1, p.79-95, jan./abr. 2016.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SOHNGEN, Clarice B. et al. **Encontros entre direito e literatura: pensar a arte**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2008.

SZYNWELSKI, Cristiane. Tópica jurídica: solução ou problema?. **Revista CEJ**, Brasília, v.12, n.41, p.67-73, abr./jun. 2008.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TV JUSTIÇA. **Conheça a TV Justiça**. Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/index/conheca>>. Acesso em: 12 maio 2016.

UNITED KINGDOM. **Employment Rights Act 1996**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/123>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

VARGAS, Daniel Barcelos. **O renascimento republicano no constitucionalismo contemporâneo e os limites da comunidade: uma análise das teorias constitucionais de Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sustein**. 2005. 184f. Dissertação (mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: UnB, 1979.

ANEXO A - EMENTA DA ADPF 153/2010

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.

1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.

2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera.

3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] não de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] não de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sancionado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

4. A lei estendeu 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, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual,

como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria,

todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.

10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.